

UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II)

DROIT – ÉCONOMIE – SCIENCES SOCIALES

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT PRIVÉ

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR EN DROIT PRIVÉ DE L'UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II)

Discipline : Droit privé

Présentée et soutenue publiquement le vendredi 16 novembre 2018 par

Madame Alice MANNES

LA CONSCIENCE EN DROIT SOCIAL



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Directeur de thèse

Monsieur Jean-Michel OLIVIER

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury

Madame Dominique FENOUILLET

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Jean-Michel OLIVIER

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Yannick PAGNERRE

Professeur à l'Université d'Évry-Val d'Essonne, Rapporteur

Monsieur Jean-Emmanuel RAY

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris I)

Monsieur Pierre-Yves VERKINDT

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris I), Rapporteur

Avertissement

L'Université Panthéon-Assas (Paris II) Droit – Économie – Sciences sociales n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à son auteur.

À Clément

À Jimmy

À mes parents

À Inès

Remerciements

Mes plus sincères remerciements vont :

à Monsieur le Professeur Olivier, pour m'avoir fait prendre conscience de ce à quoi j'aspire et pour m'avoir guidée avec enthousiasme, patience et bienveillance,

aux membres du jury qui ont accepté d'évaluer mon travail,

à mes courageux et consciencieux relecteurs : Maman, Jimmy, Inès, Dominique, Anne-Marie, Pauline et Coralie,

aux personnes qui ont accepté de répondre à mes questions et m'ont ainsi aidée dans mes recherches : Maître Éric Carlier, Monsieur le Professeur Denis Nadeau, Monsieur Denis Martin, Maître Emmanuel Daoud et le bureau RT1 de la DGT,

à mes amis et collègues chargés de travaux dirigés, sur qui j'ai pu compter pour avancer dans mon étude : Myriam, Samuel, Simon, François et Flavien,

à mes parents, ma sœur, ma grand-mère, ma belle-mère et mes amis, de droit et d'ailleurs, qui m'ont toujours soutenue, malgré mon manque de disponibilité à leur égard ces derniers temps,

à mon mari, Jimmy, qui m'a donné la force de mener à bien cette thèse.

Résumé : La conscience se définit comme la connaissance que chacun a de son existence et de celle du monde extérieur. Par extension, elle correspond à la représentation mentale claire qu'un individu peut se faire de la réalité d'une situation ainsi qu'à l'aptitude de ce dernier à juger de la moralité de cette situation. Lorsque le monde extérieur prend les traits de l'environnement de travail et que les situations à appréhender sont professionnelles, quelle peut être l'influence de la conscience ? Existe-t-il des limites quant à sa compatibilité avec l'accomplissement du travail ou avec le bon déroulement des relations sociales ? Cette thèse a pour objectif l'étude des différents « *cas de conscience* » au sein de l'entreprise au sens large, à travers le point de vue des différents acteurs concernés – comprenant les employeurs, les autorités administratives, les travailleurs, les organisations syndicales ou encore les représentants du personnel – afin de savoir quand la conscience, sous sa forme individuelle et collective, peut avoir une incidence juridique. Il convient de s'interroger sur l'appréhension – ou la non-appréhension – de ces manifestations de la conscience par le droit social interne, international et comparé. Si les contours de certaines occurrences de la conscience sont *a priori* déjà cernés, à l'image notamment des droits d'alerte ou des clauses de conscience, l'encadrement d'autres déclinaisons demeure encore à construire.

Descripteurs : Conscience – Entreprise – Administration – Travail – Religion – Convictions – Droits et libertés fondamentales – Santé et sécurité – Alerte – Représentation du personnel – Économie sociale et solidaire – Société – Responsabilité sociale et environnementale – Éthique

Title and Abstract: Consciousness can be defined as the knowledge of one's existence and the outer world. By extension, it is someone's clear mental picture of an actual situation and the ability of judging the morality of such a situation is called conscience. When the outer world is the work environment and when the actual situations to deal with are work-related, what could be the role of consciousness and conscience? Could they interfere with work duties or the conduct of good industrial relations? The purpose of this thesis is to study the “*issues of conscience*” within the corporation, in a broad sense, through the relevant stakeholders' perspectives – including employers, administrative authorities, workers, trade unions, or even staff representatives – in order to know when individual and collective consciousness and conscience can have a legal impact. One should ask oneself about the existence of a statutory regime for those “*issues of conscience*” in domestic, comparative and international laws. Some manifestations of consciousness and conscience are already well known, such as whistleblowing or conscience clauses, but some others still need to be provided with a legal framework.

Keywords: Conscience – Firm – Public administration – Labour – Religion – Beliefs – Fundamental rights and freedoms at work – Health and safety – Whistleblowing - Staff representation – Social and solidarity economy – Corporations - Corporate social responsibility – Ethics

Principales abréviations

aff.	affaire
al.	alinéa
anc.	ancien
art.	article
AJCT	Actualité Juridique des Collectivités Territoriales
AJDA	Actualité Juridique du Droit Administratif
ATILF	Laboratoire d'analyse et traitement informatique de la langue française
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. A. P.	Bulletin des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ. ch. mixte	Bulletin des arrêts de la chambre mixte de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. Joly Sociétés	Bulletin Joly Société
c/	contre
CA	Cour d'appel
Cah. DRH	Les Cahiers du DRH
Cah. prud'h.	Cahiers prudhommaux
CASF	Code de l'action sociale et des familles
Cass. Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. civ. 1 ^e	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 2 ^e	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
CESE	Conseil économique, social et environnemental
CESDH	Convention européenne de sauvegarde de libertés des droits de l'homme
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
<i>cf.</i>	confer
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CHSCT	Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'Homme

CNIL	Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
CNRTL	Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales
COJ	Code de l'organisation judiciaire
comm.	commentaire
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'Homme
concl.	conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
C. pén.	Code pénal
C. proc. civ.	Code de la procédure civile
C. proc. pén.	Code de la procédure pénale
C. propr. intell.	Code de propriété intellectuelle
CSBP	Cahiers sociaux du Barreau de Paris
CSP	Code de santé publique
CSS	Code de la sécurité sociale
C. trav.	Code du travail
D.	Recueil Dalloz
DC	décision constitutionnelle
délib.	délibération
DGT	Direction Générale du Travail
dir.	sous la direction de
Dr. ouvr.	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
DRT	Direction des Relations de Travail
éd.	édition

ex.	exemple
fasc.	fascicule
GADT	Les grands arrêts du droit du travail
GAJA	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GDCC	Les grandes décisions du Conseil constitutionnel
HALDE	Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	ci-dessous
JCl.	JurisClasseur
JCP	Semaine Juridique
JCP E	Semaine Juridique édition entreprises et affaires
JCP G	Semaine Juridique édition générale
JCP S	Semaine juridique édition sociale
JOAN	Journal officiel de l'Assemblée nationale
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
Lexbase hebdo éd. soc.	Lexbase hebdo édition sociale
LPA	Les Petites Affiches
LSQ	Liaisons sociales quotidien
n°	numéro
not.	notamment
obs.	Observations
OIT	Organisation Internationale du Travail

<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> , ouvrage précité
ord.	ordonnance
ord. réf.	ordonnance de référé
p.	Page
préc.	Précité
préf.	Préface
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RDT	Revue de droit du travail
Rec.	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat
Rec. CJCE	Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes
Rép. min.	Réponse ministérielle
Rép.	Répertoire Dalloz
req.	requête
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLCT	Revue Lamy des Collectivités Territoriales
RLDA	Revue Lamy de Droit des Affaires
RPDS	Revue pratique de droit social
RRJ	Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ. S.	Revue trimestrielle de droit civil Recueil Sirey
s.	suivants
spéc.	spécialement
SSL	Semaine sociale Lamy

<i>supra</i>	ci-dessus
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
TLFi	Trésor de la Langue Française informatisé
TPS	Travail et protection sociale
trad.	Traduction
Trib. civ.	Tribunal civil
Trib. corr.	Tribunal correctionnel
vol.	volume

Sommaire

<i>Introduction</i>	13
<i>Partie I : La conscience individuelle du travailleur</i>	48
<i>Titre I : La conscience personnelle</i>	49
Chapitre 1 : L’encadrement de la conscience par la tendance de l’entreprise	52
Chapitre 2 : L’encadrement de la conscience dans l’entreprise sans tendance	128
Conclusion du Titre I.....	215
<i>Titre II : La conscience professionnelle</i>	217
Chapitre 1 : La promotion de la conscience professionnelle.....	221
Chapitre 2 : La protection de la conscience professionnelle	280
Conclusion du Titre II	313
<i>Conclusion de la Partie I</i>	315
<i>Partie II : La conscience collective de l’entreprise</i>	318
<i>Titre I : La conscience des collectifs de travail</i>	325
Chapitre 1 : Le devoir de conscience des dirigeants	326
Chapitre 2 : Le droit à la prise de conscience des travailleurs	370
Conclusion du Titre I.....	429
<i>Titre II : La conscience de la collectivité de travail</i>	430
Chapitre 1 : La conscience, fondement de l’entreprise sociale	432
Chapitre 2 : La conscience, enjeu de l’entreprise classique	477
<i>Conclusion du Titre II</i>	542
<i>Conclusion de la Partie II</i>	543
<i>Conclusion générale</i>	544
<i>Bibliographie</i>	546
<i>Index</i>	661
<i>Table des matières</i>	673

Introduction

1. Détour historique. Le « *travail en conscience* », et par ellipse la « *conscience* », désignait, à partir du 18^{ème} siècle, dans le langage technique de l'imprimerie, un travail particulièrement délicat, qui nécessitait de s'en remettre à la conscience professionnelle¹ de l'ouvrier spécialisé, appelé typographe. Il pouvait s'agir par exemple de la correction des épreuves ou de la mise en page d'ornements. Ce souci de la minutie avait une contrepartie puisque les typographes étaient alors rémunérés au temps passé, à la journée ou à l'heure², au lieu d'être payés à la pièce, c'est-à-dire en fonction de la quantité fournie³. Par extension, la « *conscience* » désignait également le local où était effectué le « *travail en conscience* » mais aussi les « *hommes de conscience* » ou « *gens de conscience* », qui formaient « *l'équipe de conscience* ». La « *conscience* » avait pour responsable un « *chef de conscience* », appelé aussi « *sous-prote* » à Paris sous l'Ancien Régime⁴. Jusqu'au 19^{ème} siècle, la conscience constituait ainsi une sorte d'élite au sein de l'atelier. Ce travail s'est généralisé au cours du 20^{ème} siècle avec la mise en place des conventions collectives visant à diminuer la précarité des ouvriers et le terme a disparu au lendemain de la Seconde Guerre mondiale⁵. Pourtant, encore aujourd'hui, la conscience continue d'imprégner le monde de l'imprimerie, dont la convention collective nationale en vigueur précise en son article 3 : « *1. Le traitement ou salaire rétribue un travail qui doit être effectué en toute conscience, aussi bien du point de vue qualité qu'au point de vue quantité, l'horaire de travail s'entendant ainsi pour du travail effectif* »⁶.

¹ Aussi, « *les emplois dans la terminologie professionnelle de l'imprimerie se rattachent à l'acception « sens moral appliqué aux obligations religieuses et professionnelles, conscience professionnelle »* : J.-D. MELLOTT et A. MARSHALL, *Conscience*, in *Dictionnaire encyclopédique du Livre*, partie A-D, dir. P. FOUCHÉ, D. PÉCHOIN et Ph. SCHUWER, Éditions du Cercle de la Librairie, 2002, entrée « *conscience* », p. 620.

² En outre, ces ouvriers avaient le privilège d'être rémunérés qu'ils soient ou non occupés : A.-F. MOMORO, *Traité élémentaire de l'imprimerie ou le manuel de l'imprimeur*, A.-F. Momoro Imprimeur-Libraire, 1793, p. 255, consultable sur Gallica ; cité par J.-D. MELLOTT et A. MARSHALL, *art. préc.*, p. 620.

³ « *Il y a dans l'imprimerie des ouvriers aux pièces et en conscience. Les premiers sont ceux avec lesquels on fait prix à tant par feuille de composition ou de tirage ; les seconds sont ceux que l'on paye à la journée* » : L.-J.-F. de P. BERTRAND-QUINQUET, *Traité de l'Imprimerie*, Bertrand-Quintet Imprimeur 1799, p. 242.

⁴ A.-F. MOMORO, *op. cit.*, p. 117 ; cité par J.-D. MELLOTT et A. MARSHALL, *art. préc.*, p. 620.

⁵ J.-D. MELLOTT et A. MARSHALL, *art. précit.*, p. 620.

⁶ Convention collective nationale de travail du personnel des imprimeries de laur et des industries graphiques, en vigueur le 1^{er} juin 1956, étendue par arrêté du 22 novembre 1956 (JONC 15 décembre 1956).

2. Questions actuelles. Cette utilisation du terme « *conscience* » constitue une illustration historique de la conscience professionnelle, cette « *scrupuleuse honnêteté que l'on apporte à l'exécution de son travail* » et qui est « *inspirée par le sens des exigences de sa profession accompagné de la volonté de s'en acquitter au mieux, quelles que soient les difficultés* »⁷. En période de marasme économique et social, la pertinence de cette conscience est susceptible d'être remise en cause, allant jusqu'à entraîner le questionnement philosophique suivant : la conscience est-elle un gage de réussite, à la fois économique et social, et d'accomplissement professionnel ? Autrement dit, est-elle toujours récompensée, à l'image des typographes scrupuleux du 18^{ème} siècle ? Plus généralement, la conscience a-t-elle encore du sens dans le monde du travail ? Et si tel est le cas, quels sont les sens susceptibles de lui être prêtés ? Pour introduire l'éclairage juridique pouvant être apporté à ces questions, il est d'abord nécessaire de revenir sur les différents sens du mot « *conscience* », d'abord en général (I), puis en droit (II) et, enfin, en droit social (III).

I – La conscience

3. Significations. Ainsi que l'affirme la version du « *Vocabulaire juridique* » de 1930, « *l'étymologie est presque toujours la meilleure définition ; c'est elle qui fait sentir le suc des mots, qui révèle l'image voilée par l'habitude ou les déformations linguistiques, ou encore qui laisse apercevoir comment des sens nouveaux ont pu découler du sens primitif* »⁸. Il faut donc commencer par l'étude étymologique et historique du mot « *conscience* » (A), avant de s'intéresser aux différents sens apparus au cours du temps, à savoir la conscience morale (B), la conscience psychologique (C) et la conscience collective (D).

A - Étude étymologique et historique

4. Étymologie latine. Le terme français « *conscience* » est apparu vers 1165 et provenait du terme latin « *conscientia* », dont les différentes traductions font apparaître le sens à la fois psychologique et moral de la conscience⁹. Ce mot était lui-même formé à partir du nom

⁷ Cette définition est issue du Trésor de la langue française informatisé (ci-après TLFi), diffusé par le laboratoire d'analyse et traitement informatique de la langue française (ATILF) et disponible sur le site du Centre National de Ressources textuelles et lexicales (CNRTL) : <http://www.cnrtl.fr/definition/conscience>.

⁸ Cette affirmation figure dans la Préface de : *Vocabulaire juridique*, dir. H. CAPITANT, Les PUF, 1930, p. 5.

⁹ Les traductions du nom latin « *conscientia* » reflètent son double sens : 1) connaissance de quelque chose partagée avec quelqu'un ; 2) claire connaissance qu'on a au fond de soi-même, sentiment intime ; 3) (sens moral) sentiment intime de

« *scientia* », qui signifiait *connaissance* et était issu du verbe « *scire* » ou *savoir*, et d'un dérivé de la préposition latine « *cum* », qui voulait dire « *avec* ». Le mot « *conscientia* » peut donc se traduire littéralement par l'expression « *avec connaissance* » ou « *avec savoir* », mais pourrait aussi être interprété de façon plus littéraire comme « *le fait d'être accompagné d'un savoir* ». Ainsi, une idée de partage de la connaissance se dégage de « *conscientia* », représentant le savoir en commun avec autrui¹⁰. En réalité, l'idée d'une discussion interne à l'homme, mêlée à celle de l'échange des connaissances avec l'autre, apparaissait déjà en Grèce. Dans son dialogue intitulé « *Le Charmide* », Platon mentionne le précepte « *Gnothi seauton* » ou « *Apprends à te connaître toi-même* »¹¹, qui était inscrit sur le fronton du temple de Delphes et dont Socrate aurait fait sa devise¹². Une trace de ce précepte est aussi présente dans un autre dialogue de Platon, intitulé « *Le Philèbe* », dans lequel est aussi posée la question de savoir que serait un plaisir qui ne serait pas conscient¹³. La conscience est demeurée très proche de la connaissance¹⁴, originaire quant à elle d'un verbe du latin populaire du 12^{ème} siècle, « *connoscere* », déviant lui-même du latin classique « *cognoscere* », qui pouvait signifier notamment « *comprendre* », « *reconnaître* » ou encore « *apprendre à connaître* ». Toutefois, la conscience serait « *plus riche de signification* » car elle engloberait à la fois « *la connaissance des choses* » et « *l'expérience vécue* »¹⁵.

quelque chose ; 4) sentiment, conscience avec idée de bien, de mal : *Le Grand Gaffiot, Dictionnaire latin-français*, dir. P. FLOBERT, Hachette-Livre, 2000, entrée « *conscientia* », p. 402.

¹⁰ *Dictionnaire historique de la langue française*, Tome I A-L, dir. A. REY, Dictionnaires Le Robert, 2016, entrée « *conscience* », p. 539.

¹¹ « *Le sens de cette injonction doit être comprise en relation avec la nécessité de ne pas outrepasser les limites d'un savoir humain (...). Platon oppose cette devise socratique à la prétention sophistique au savoir total. Mais l'interprétation introspective (la conscience de soi), anachronique, l'a emporté.* » : C. GODIN, *Dictionnaire de philosophie*, Fayard / Éditions du temps, 2004, entrée « *Connais-toi toi-même* », p. 243. « *Il ne s'agit donc pas d'une maxime invitant à une introspection individuelle (traits de caractère) mais d'une élucidation philosophique de ce qui est universellement humain* » : L.-M. MORFAUX et J. LEFRANC, *Nouveau vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, Armand Colin, 2005, entrée « *Connais-toi toi-même* », p. 96.

¹² « *Et ce qui caractérise l'état du sage, la sagesse, et la connaissance de soi, c'est précisément cela : connaître ce qu'on sait et ce qu'on ne sait pas.* » : PLATON, *Le souci du bien, Charmide*, trad. M. GONDICAS, Arléa, 1997, p. 96 et s., spéc. p. 101.

¹³ A. SIMHA, *La conscience du corps au sujet*, Armand Colin, 2004, p. 23.

¹⁴ *Dictionnaire des synonymes, nuances et contraires*, dir. D. LE FUR, Dictionnaires Le Robert, 2011, entrée « *conscience* », p. 199.

¹⁵ F. TERRÉ et A. SAYAG, *Conscience et connaissance du droit*, in *Travaux du Colloque de sociologie juridique franco-soviétique*, Paris, Éditions du CNRS, 1977, p. 139 et s.

5. Étymologie grecque. La racine grecque indirecte de la conscience, à l'origine de son sens philosophique et moral, mérite aussi d'être examinée. En effet, « *conscientia* » a été utilisée pour traduire le terme grec « *suneidêsis* » (συνειδησις), dont les traductions révèlent à nouveau un sens psychologique et un sens moral¹⁶. Comme le terme latin, le terme grec se compose du préfixe « *sun* », qui connote l'idée de liaison, et du radical « *oida* » comprenant l'idée de savoir¹⁷. Ce terme est utilisé pour la première fois dans l'œuvre de Démocrite¹⁸. À l'origine, le terme ne renvoyait pas à l'idée de se connaître soi-même de façon introspective mais à celle de se prendre soi-même à témoin¹⁹. Il s'agit de « *la conscience de la mauvaieseté d'une vie* »²⁰. Plus tard, dans la pensée théologique médiévale²¹, est apparu le terme « *synteresis* », directement issu de « *suneidêsis* » et côtoyant étroitement la conscience. Jérôme de Stridon, appelé aussi Saint Jérôme, et Saint Thomas d'Aquin ont contribué à développer le concept de « *syndérèse* », qui est le fondement ultime de la connaissance morale²² et permet à l'homme de reconnaître de manière infaillible le bien²³. Le caractère infaillible de la syndérèse permet de la distinguer de la conscience qui, à l'inverse, peut se tromper sur le bien et le mal, en appliquant mal les principes²⁴.

6. Double définition. L'étude étymologique du terme « *conscience* » laisse donc apparaître son ambivalence. Il s'agit en effet d'une expression équivoque, dotée d'un sens psychologique et d'un sens moral. Ce double sens a toujours été inhérent à un même mot en

¹⁶ Le terme signifie, d'un part, « *sentiment intime* » ou « *conscience de ses propres pensées, de ses propres actes* » et, d'autre part, « *conscience du bien et du mal* » : Le Grand Bailly, *Dictionnaire grec-français*, dir. L. SÉCHAN et P. CHANTRAINE, Hachette, 2000, entrée « *συνειδησις* », p. 1848. Dans un dictionnaire français-grec du début du 19^{ème} siècle, pour illustrer le terme « *conscience* », traduit par « *suneidêsis* », se trouve la phrase « *Quand vous échapperiez aux regards, vous ne pourriez vous dérober à votre conscience* » : PLANCHE, ALEXANDRE, DEFAUCONPRET, *Dictionnaire français-grec composé sur le plan des meilleurs dictionnaires français-latins*, Librairie Classique-Élémentaire, 1824, entrée « *conscience* », p. 200.

¹⁷ *Encyclopédie de la philosophie*, La Pochotèque, 2002, entrée « *conscience* », p. 314 et s.

¹⁸ J. WEBSTER, *Conscience*, in *Dictionnaire critique de la théologie*, dir. J.-Y. LACOSTE, p. 308.

¹⁹ *Encyclopédie de la philosophie, op. cit.*, p. 314 et s.

²⁰ B. CASSIN, *Le grec pour « conscience » : rétroversions*, in *Vocabulaire européen des philosophes*, dir. B. CASSIN, Seuil, Le Robert, 2004, entrée « *conscience* », p. 262.

²¹ À propos des apparitions de la conscience dans la Bible : « *Il n'y a pas de terme pour « conscience » dans l'Ancien Testament, mais on y voit décrit le trouble du remords et la paix de la conscience pure. (...) La notion d'une conscience qui ait un rôle de délibération et de guide n'apparaît pourtant pas. Pour l'Ancien Testament, prendre la moindre distance vis-à-vis de Dieu peut être une désobéissance cachée. (...) La conscience n'est pas un concept essentiel dans le Nouveau Testament. Le terme ne se trouve pas dans les évangiles, où c'est le cœur qui est toujours le centre de la connaissance et de la volonté morale. (...) En général, le Nouveau Testament ne s'intéresse guère à l'introspection, et il ne justifie ni n'explique la conduite par rapport à une quelconque « voix intérieure » attribuée à Dieu.* » : J. WEBSTER, *art. préc.*, p. 309.

²² J. WEBSTER, *art. préc.*, p. 310.

²³ *Encyclopédie de la philosophie, op. cit.*, p. 314 et s.

²⁴ J. WEBSTER, *art. préc.*, p. 310.

latin, en grec, et dans les langues qui en ont découlé²⁵. En revanche, les langues d'origine germanique établissent une distinction plus claire entre les deux sens, en ayant recours à deux mots distincts. La langue anglaise, qui s'est pour l'occasion directement inspirée du latin, a dénommé différemment les deux consciences, sans qu'il soit besoin de leur adjoindre un adjectif. La conscience morale se traduit par « *conscience* », tandis que la conscience psychologique devient « *consciousness* ». *L'Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, éditée sous la direction de Diderot et D'Alembert, expliquait déjà qu'il n'est possible de rendre ce mot anglais « *en François qu'en le périphrasant* » comme « *l'opinion ou le sentiment intérieur que nous avons nous-mêmes de ce que nous faisons* »²⁶. La conscience professionnelle possède également son propre vocable sous l'expression de « *conscientiousness* »²⁷. La langue allemande possède également un mot pour chaque pan de la conscience. La conscience psychologique est appelée « *Bewusstsein* », terme présent dans la traduction de l'expression « *conscience de classe* » soit « *klassenbewusstsein* ». Quant à la conscience morale, elle se traduit par « *Gewißen* », qui veut aussi dire « *connaissance* », tandis que la conscience professionnelle correspond à « *berufsehere* »²⁸. En néerlandais, la même dichotomie se retrouve entre « *bewustzijn* », qui correspond à la lucidité, et « *geweten* » synonyme de jugement moral²⁹.

²⁵ Par exemple, à l'instar du français, l'espagnol n'utilise que « *conciencia* » : *Grand dictionnaire français-espagnol*, Larousse, 2014, entrée « *conscience* », p. 253. Tel est également le cas du portugais qui n'emploie que le terme de « *consciência* » : *Dictionnaire Larousse Français-Portugais*, Larousse, 2008, entrée « *conscience* », p. 62. L'italien se contente lui aussi de « *coscienza* » : R. BOCH, *Le Robert & Zanichelli, Il Boch : dictionnaire français italien*, Zanichelli Le Robert, 2014, entrée « *conscience* », p. 259. Cependant, si l'italien ne sépare pas la conscience morale de la conscience psychologique, il possède une expression différente pour signifier la conscience professionnelle, le scrupule : « *coscienziosita* ». L'italien rejoint ainsi l'anglais, comme il sera vu ci-après.

²⁶ M. DIDEROT et M. D'ALEMBERT, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par une société de gens de lettres*, Tome Troisième, chez Briasson, David, Le Breton et Durand, 1751-1772, entrée « *conscience (Phil. Log. Métaph.)* », volume III, p. 902, numérisée et consultable en ligne sur le site de l'Académie des sciences : <http://enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/>

²⁷ L. SINCLAIR-KNIGHT et P. VARROD, *Le Robert & Collins super senior : grand dictionnaire français-anglais*, Dictionnaires Le Robert Harper Collins, 2005.

²⁸ *Harrap's Universal : dictionnaire français-allemand*, dir. B. KRUGER, Harrap's, 2004, entrée « *conscience* », p. 141.

²⁹ *Le Robert & Van Dale Dictionnaire, français-néerlandais*, Dictionnaires Le Robert, 2007, entrée « *conscience* », p. 128.

B – La conscience morale

7. Premier sens historique. De façon *a priori* paradoxale, le sens moral est apparu le premier et a été le seul utilisé jusqu'au 17^{ème} siècle. En 1690, année de la première publication du *Dictionnaire universel* d'Antoine Furetière, la définition de la conscience au sens moral était la seule à apparaître. Elle était décrite comme le « *témoignage ou jugement secret de l'âme raisonnable, qui donne l'approbation aux actions qu'elle fait qui sont naturellement bonnes et qui lui fait reproche ou qui lui donne un repentir des mauvaises* ». Cet ouvrage mentionnait un synonyme à présent méconnu de la conscience qu'était l'estomac car, selon l'auteur, la conscience « *se prend quelquefois pour l'estomac, parce qu'on le frappe dans le repentir, dans le remords de la conscience* »³⁰. Au siècle suivant, l'Encyclopédie de Diderot et D'Alembert faisait état des deux consciences, et en particulier des différentes déclinaisons de la conscience morale qui peut être « *décisive, douteuse, droite, mauvaise, probable, erronée, irrésolue* » ou « *scrupuleuse* »³¹.

8. Connaissance et jugement. Dans son acception morale, la conscience est envisagée comme la connaissance³² intuitive du bien et du mal par l'être humain³³. Elle est alors synonyme de moralité – et même de « *sens moral* » en tant que tel – ou de scrupule, laissant présager la conscience professionnelle. En termes d'éthique, la conscience est appréhendée comme une « *autocompréhension* » de l'homme par laquelle il se sait soumis à l'exigence inconditionnelle de faire le bien³⁴. Mais c'est un savoir actif, auquel l'individu doit conformer sa conduite et qui le pousse à porter des jugements de valeur morale sur ses propres actes.

³⁰ L'auteur mentionne l'expression « *mettez ce verre de vin sur votre conscience* » : A. FURETIÈRE, *Le Dictionnaire universel d'Antoine Furetière*, Tome I, préf. P. BAYLE, 1984, Les Dictionnaires Robert, entrée « *conscience* ». Elle est aussi présente dans : E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Tome Premier A-C, Librairie Hachette et C^{ie}, 1873, entrée « *conscience* », p. 745.

³¹ La conscience morale est définie comme l'« *acte de l'entendement, qui indique ce qui est bon ou mauvais dans les actions morales, & qui prononce sur les choses qu'on a faites ou omises, d'où il naît en nous - mêmes une douce tranquillité ou une inquiétude importune, la joie & la sérénité, ou ces remords cruels si bien figurés par le vautour de la fable, qui déchirait sans cesse le cœur de Prométhée* » : M. DIDEROT et M. D'ALEMBERT, *op. cit.*, entrée « *conscience (Droit. nat. Mor.)* », volume III, p. 902.

³² Les deux termes étant encore une fois indissociables : cf. *supra* n° 4.

³³ « *Le problème moral est posé aux êtres humains lorsque leurs décisions les conduisent à choisir entre des manières d'agir qui diffèrent selon le critère du bien et du mal (...) Le problème moral naît-il de la conscience, c'est-à-dire étymologiquement de la connaissance, souvent intuitive que le sujet a de lui-même (...) ? (...) le sens moral de la personne se forme de manière individuelle* » : A. BOYER et I. ARNAUD, *L'éthique au service de la stratégie de l'entreprise*, in *L'impossible éthique des entreprises*, dir. A. BOYER, Éditions d'Organisation, 2002, p. 21.

³⁴ A. SCHÖPF, *Conscience morale*, in *Petit dictionnaire de l'Éthique*, dir. O. HOFFE, Éditions Universitaires Fribourg et Éditions du Cerf, 2^{ème} éd., 1993, p. 48.

L'idée de jugement suggère l'idée d'approbation ou de condamnation par un certain public, et le public renvoie à l'idée de partage. Dans l'Antiquité, Cicéron, Sénèque, Tacite et Tite-Live envisagent la conscience comme un guide moral intérieur, qui approuve ou désapprouve la conduite³⁵. Dans le même ordre d'idées, Rousseau évoque la conscience comme « *un juge infaillible du bien et du mal* » dans « *L'Émile* »³⁶ et Kant la décrit comme un tribunal où l'être humain est à la fois juge et partie, dans sa « *Critique de la raison pratique* »³⁷, tandis que le Professeur Dominique Fenouillet la dépeint comme le « *siège de la morale* », ou comme une « *magistrature morale* »³⁸. En cas de jugement défavorable, la sanction première prend la forme de la « *mauvaise conscience* », particulièrement bien illustrée par le Raskolnikov de Dostoïevski dans « *Crime et châtiment* »³⁹, ou le Caïn de Victor Hugo dans « *La Légende des siècles* », personnage déjà évoqué plus haut. À l'inverse, la « *bonne conscience* » viendra conforter l'individu dans le choix de sa décision, lui procurant une sensation de bien-être⁴⁰.

9. Universalité et humanité. Il est permis de s'interroger sur l'universalité de la conscience morale : ses commandements et interdictions évoluent-ils selon l'époque et la société qui les formule, à l'instar des – *bonnes*⁴¹ – mœurs ? Il semble que ne pas tenir sa

³⁵ Cicéron écrit dans « *Les Tusculanes* » qu'il n'y a « *pas de théâtre plus grandiose pour la vertu, que la conscience* » et Sénèque estime, dans ses « *Lettres à Lucilius* », que « *la bonne conscience demande à se produire au vu de tous* » : J. WEBSTER, *Conscience*, in *Dictionnaire critique de la théologie*, dir. J.-Y. LACOSTE, p. 309.

³⁶ *Encyclopédie de la philosophie, op. cit.*, p. 314 et s.

³⁷ Ph. CABESTAN, *La conscience*, Ellipses Éditions, 2003, p. 6.

³⁸ D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, préf. G. CORNU, LGDJ, 1993, p. 2, n° 3 et p. 5, n° 7.

³⁹ Ph. CABESTAN, *La conscience*, Ellipses Éditions, 2003, p. 6.

⁴⁰ L'expression « *bonne conscience* » a toutefois évolué. Auparavant, du 16^{ème} au 19^{ème} siècle, celle-ci était synonyme de « *loyauté* » et avoir « *bonne conscience* » signifiait « *avoir une conscience pure* », ou n'avoir rien à se reprocher. Mais, aujourd'hui, « *bonne conscience* » est-il presque toujours péjoratif et « *mauvaise conscience* » désigne-t-il une inquiétude morale qui est plutôt à l'honneur de celui qui l'éprouve » : A. REY et S. CHANTREAU, *Dictionnaire des expressions et locutions*, Dictionnaires Le Robert, 2003, entrée « *conscience* », p. 234.

⁴¹ Dans sa thèse, Madame Estelle Fragu constate la disparition des bonnes mœurs au profit de l'éthique personnelle et la substitution du contrôle de l'individu à celui du juge : « *les bonnes mœurs constituaient l'instrument juridique assurant une zone de confluence entre la morale et le droit. Reflet d'une morale encore homogène et partagée, les bonnes mœurs structuraient le droit de la famille en son entier. (...) Véritable facteur de résistance, refusant de consacrer en droit ce qui tend à devenir courant, elles permettaient au juge d'exercer toute sa prudence. (...) Cependant, il a progressivement douté de sa légitimité dans le contrôle des conduites humaines en droit de la famille, jusqu'à repousser les bonnes mœurs aux confins du système juridique pour ne plus avoir à en user. Cette notion de sanction a ainsi perdu inexorablement de son efficacité au fil des jurisprudences de la Cour de cassation pour tout à fait disparaître le 29 octobre 2004* » (il s'agit plus précisément de l'arrêt dans est affirmé dans un attendu de principe que « *n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère* » : Cass. Ass. plén., 29 octobre 2004, n° 03-11.238, Bull. A. P., n° 12. Pour une critique de cet arrêt : D. FENOUILLET, *La loi, le juge, les mœurs : la Cour de cassation aurait-elle emménagé rive gauche ?*, RDC 2005, n° 4, p. 1284). Le problème avec les bonnes mœurs « *dont le respect était assuré par la recherche de la cause immorale* », était que celles-ci

promesse soit universellement répréhensible mais il en va autrement avec d'autres questions, susceptibles d'être appréhendées différemment selon l'avancée de la science et les changements sociétaux. Par ailleurs, la conscience morale peut aussi être pervertie, à l'image de ceux qui obéissent aux ordres dans un État criminel, comme l'a révélé Hannah Arendt dans son ouvrage « *Eichmann à Jérusalem* »⁴². De nombreux philosophes s'accordent néanmoins pour voir dans la conscience morale un attribut qui élève l'homme au-dessus des autres êtres vivants. Certains voient même dans la conscience morale une faculté divine, à l'image de Pascal et de son « *roseau pensant* » décrit dans les « *Pensées* »⁴³. La conscience morale serait ainsi l'outil qui permet à l'être humain de dépasser ses instincts primitifs pour faire des choix basés, non plus sur la survie à court terme, mais sur des intérêts à plus long terme⁴⁴. Mais, pour exister et permettre la liberté humaine, cette conscience morale suppose la conscience psychologique.

« *contraignaient les juges à sonder l'âme humaine* ». Le contrôle juridictionnel du motif psychologique de l'acte a été fustigé car « *ce dernier demeure en dehors de l'acte, en dehors du droit, et dépend de la conscience de chacun* » : E. FRAGU, *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle, Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, dir. Y. LEQUETTE, thèse dactylographiée Université Paris II, 2015, 113 et 114. Cette disparition se confirme, en partie, dans la réforme du droit des obligations, issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, dans la mesure où est abandonnée « *la référence sociétale aux « bonnes mœurs » qui était attachée à la cause (art. 1133), au profit d'une unique référence, transversale et au ton plus « neutre » (mais pas forcément plus objective), à l'ordre public (nouvel art. 1162 - l'art. 6 c. civ. est néanmoins inchangé)* » : B. MALLET-BRICOUT, 2016, *ou l'année de la réforme du droit des contrats*, RTD civ. 2016, p. 463. Cependant, « *le droit des contrats ne devrait pas pour autant sombrer dans l'immoralité car l'article 6 du Code civil – qui dispose qu'on « ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » – demeure inchangé* » : R. de MOUSTIER, *Ordonnance portant réforme du droit des contrats : observations générales du point de vue publiciste*, JCP A 2016, 2054.

⁴² Elle écrit que « *l'attitude sans compromis adoptée par Eichmann dans les dernières années de la guerre lui étaient probablement dictée non par son fanatisme mais par sa conscience même* », considérant ainsi que « *ce fonctionnaire zélé participa au massacre de millions d'hommes en obéissant à sa conscience* » : Ph. CABESTAN, *La conscience*, Ellipses Éditions, 2003, p. 13. Dans cet ouvrage, Hannah Arendt a développé le concept de « *banalité du mal* », selon lequel l'homme devient objet du système, aveuglé par son serment d'obéissance. Toutefois, la théorie selon laquelle la soumission à l'autorité suffit à transformer un homme en bourreau a été remise en cause par des publications récentes, démontrant qu'Eichmann était un antisémite notoire, prenant des initiatives allant au-delà des ordres, et que, de façon plus générale, l'idéologie doit être ajoutée à l'obéissance : J.-F. DORTIER, *La « banalité du mal » revisitée*, Sciences humaines, n° 192, avril 2008.

⁴³ « *L'homme n'est qu'un roseau, le plus faible de la nature ; mais c'est un roseau pensant. Il ne faut pas que l'univers entier s'arme pour l'écraser: une vapeur, une goutte d'eau, suffit pour le tuer. Mais, quand l'univers l'écraserait, l'homme serait encore plus noble que ce qui le tue, parce qu'il sait qu'il meurt, et l'avantage que l'univers a sur lui, l'univers n'en sait rien. Toute notre dignité consiste donc en la pensée. C'est de là qu'il faut nous relever et non de l'espace et de la durée, que nous ne saurions remplir. Travaillons donc à bien penser : voilà le principe de la morale.* » : B. PASCAL, *Pensées*, fragment 347 de l'édition de Brunschvicg.

⁴⁴ Le Professeur Philippe Le Tourneau poursuit plus loin en indiquant que « *la conscience morale n'est pas un oracle, mais un organe (...) dans la mesure où elle est une réalité de notre essence d'homme. Elle est le lieu (...) D'où nous avons tous dans notre capital ce que les Anciens appelaient la semina virtutum, les semences de la vertu. A cet égard, la conscience doit être formée et éduquée pour que ces semences donnent des fruits appétissants* » : Ph. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle, Essai*, Dalloz, Dunod, 2000, p. 18.

C – La conscience psychologique

10. Un prérequis proprement humain. Certes, avant de porter un jugement moral, l'individu doit avoir le savoir immédiat de son existence⁴⁵ et du monde qui l'entoure. Ce sens psychologique a une nouvelle fois pour synonyme le plus proche la connaissance, celle qui permet de prendre conscience et d'être conscient. Pour certains, l'accès à cette connaissance peut résulter d'une activité psychique apparaissant chez plusieurs êtres vivants. Telle est la thèse d'Henri Bergson dans son ouvrage « *La conscience et la vie* », dans lequel il développe l'idée que la conscience est coextensive à la vie et se rencontre dans tout le règne animal, dès que se manifeste la faculté de choisir⁴⁶. À l'inverse, pour d'autres auteurs, l'accès à cette connaissance est le propre de l'homme car il est le seul capable de la performance selon laquelle il « *se sait être* » aujourd'hui et demain⁴⁷. À l'avenir, une telle affirmation sera-t-elle toujours prononcée ? Les progrès vertigineux de l'intelligence artificielle – désormais capable de participer au processus de recrutement afin de sélectionner les candidats avec des compétences professionnelles et une personnalité correspondant au mieux à l'esprit de l'entreprise⁴⁸ – peuvent rendre perplexe⁴⁹. Toutefois, le choix de l'expression « *intelligence artificielle* », plutôt que celui de « *conscience artificielle* », rappelle que si la machine peut réaliser des tâches que l'homme accomplit en utilisant son intelligence, elle ne possède pas d'intentionnalité, elle n'a pas de conscience⁵⁰.

⁴⁵ Ph. CABESTAN, *La conscience*, Ellipses Éditions, 2003, p. 6.

⁴⁶ « Choisir signifie « répondre à une excitation déterminée par des mouvements plus ou moins imprévus ». Il ne s'agit alors ni d'un acte mécaniquement pur ni d'une conduite instinctive accomplie de manière somnambulique mais d'une réponse parmi d'autres possibles, dont l'élection suppose une conscience qui n'a pas tout oublié de son passé et qui est capable de prédire l'avenir » : Ph. CABESTAN, *op. cit.*, p. 15-16.

⁴⁷ A. JACQUARD, *Petite philosophie à l'usage des non-philosophes*, Calmann-Lévy, 1997, p. 32 et p. 35. Dans un ouvrage plus récent, le même auteur écrit : « *L'homme, un objet devenu parole, une parole devenue conscience* » : A. JACQUARD, *Nouvelle petite philosophie*, Éditions Stock, 2005, entrée « Humain », p. 109.

⁴⁸ C. CHARLOT, *Au secours, mon directeur est un algorithme !*, Trends, 1^{er} juin 2017, p. 28.

⁴⁹ « *L'IA faible d'aujourd'hui peut certes croiser en une seconde des millions de données, ce qu'est bien incapable de faire un cerveau humain. Mais programmée pour dupliquer le passé tiré de ses milliards de données, elle est intrinsèquement incapable de prédire l'avenir, et a fortiori de « penser autrement* ». En matière de recrutement par exemple, même si elle peut faire d'astucieux rapprochements auxquels l'homme n'aurait jamais pensé, elle peut aussi inciter à la discrimination voire décourager tout recrutement en dehors des clous. Qui va appliquer aux logiciels notre article L. 1131-2 relatif à « une formation à la non-discrimination à l'embauche » ? » : J.-E. RAY, *Intelligence artificielle et droit du travail : une nouvelle Odyssée de l'Espèce ?*, SSL 2018, n° 1806, p. 4.

⁵⁰ Encyclopédie Larousse en ligne : http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/intelligence_artificielle/187257. Certains chercheurs en informatique laissent néanmoins ouverte la question d'une possible modélisation de la conscience, de sa traduction en algorithmes. Dans son ouvrage dédié à ce sujet, Alain Cardon admet néanmoins qu'il existe des différences entre l'intelligence des humains et celle des machines : « *L'intelligence artificielle (...) a réussi à désincarner l'intelligence. (...) Le raisonnement artificiel est symbolique, fondé sur des logiques complexes, et même très complexes. Mais personne, nulle part dans le vivant, ne pense comme cela. On pense*

11. Contenant de la conscience. La conscience et le cerveau ne seraient donc pas des synonymes, de sorte que les connexions entre les neurones ne suffiraient pas à expliquer le fonctionnement de notre conscience. Dans ce cas, convient-il de séparer le corps et l'âme, à l'image de Descartes dans « *Les Principes de la philosophie* »⁵¹ ? Mais la conscience ne peut pas non plus être assimilée à l'âme, dans la mesure où il existe une dimension religieuse supplémentaire dans la notion d'âme, tandis que la conscience paraît empreinte d'une plus grande neutralité scientifique. Cette différence est d'ailleurs révélée par l'expression en « *en mon âme et conscience* », utilisée pour faire savoir à autrui que les sentiments de justice et d'honnêteté sont les seuls à guider notre action. Cette distinction entre la conscience et le corps est toujours débattue juridiquement pour savoir si l'être humain est sujet de droit dans son entièreté ou si seule sa conscience peut l'être⁵².

12. Conscience et philosophie. Pour rompre avec les philosophes sceptiques qui l'ont précédé, René Descartes, dans ses « *Méditations métaphysiques* » parue en 1641, a voulu atteindre une première certitude absolue, sur laquelle asseoir l'ensemble des connaissances scientifiques. Il a donc mis au point le postulat du « *cogito ergo sum* » ou du « *moi pensant* », permettant de distinguer conscience et connaissance. Selon Descartes, s'il doutait et pensait, il

parce qu'on ne peut pas faire autrement et l'on pense en général à des choses très banales ». Il conclut en rappelant qu'il a défini un modèle mais que « *définir un modèle et concevoir un système n'est en effet pas le réaliser* » : A. CARDON, *Modéliser et concevoir une machine pensante : approche de la conscience artificielle*, Vuibert, 2004, p. 56 et 418. Serge Abiteboul, informaticien et directeur de recherche à l'Inria et à l'ENS Paris, a indiqué ne plus avoir aucune certitude sur la définition de la conscience humaine et sur l'existence de caractéristiques telles qu'elles empêcheraient, dans le futur, son imitation par un robot. Il confirme cependant que la machine n'a pas d'intention propre et que tout comportement a pour origine une programmation réalisée par un humain : propos tenus lors du séminaire « *Intelligences artificielles et robots : des choses et/ou des personnes ?* », qui s'est tenu le 14 mai 2018 à l'Université Paris II, dans le cadre des séminaires du Laboratoire de sociologie juridique « *Flexibles notions - La personne* ».

⁵¹ Pour Descartes, l'âme est le siège de nos pensées. Cette définition s'inscrit dans une conception dualiste de l'homme, selon laquelle il est composé de deux substances, l'âme et le corps. Cette opposition cartésienne permet « *de ne plus confondre le cerveau, réalité corporelle, et la pensée ou conscience. De fait, lorsqu'une idée quelconque me traverse l'esprit, il s'agit pour moi d'une pensée, d'un vécu de conscience et non d'une connexion de neurones dont, du reste, j'ignore tout – au point de ne pas savoir à quoi ressemble ce genre de cellules* » : Ph. CABESTAN, *La conscience*, Ellipses Éditions, 2003, p. 21.

⁵² Par exemple, selon Christophe Grzegorzczak, « *seul le sujet est doté de la conscience, il est la res cogitans, comme opposé à la res extensa qui constitue l'objet, dépourvu de la pensée et seulement doté de propriétés physiques (...)* L'opposition entre le sujet et l'objet est donc celle entre la conscience et la machine ces deux dernières s'excluant mutuellement. Seuls les êtres vivants possèdent une conscience, encore qu'il faille distinguer chez l'homme entre sa pensée et son corps. L'homme est véritablement humain par sa conscience, tandis que son corps n'est que machine. Cette distinction détruit l'unité de la personne humaine, qui est sujet seulement dans sa dimension de la pensée et de la connaissance mais reste objet par sa corporalité » : Ch. GRZEGORCZYK, *Le sujet de droit : trois hypostases*, in *Le sujet de droit*, dir. F. TERRÉ, Archives de philosophie du droit, tome 34, Sirey, 1989, p. 9.

existait. Sa philosophie est souvent présentée comme la « *philosophie de la conscience* », selon laquelle l'acte de connaissance serait constitué de deux pôles, comprenant, d'un côté, le sujet avec sa conscience et sa pensée, et, de l'autre, l'objet, contenu saisi par la connaissance. Pourtant, Descartes n'utilise que très rarement le mot de conscience et, quand c'était le cas, il s'agissait de son sens moral⁵³. Cette vision cartésienne de la conscience a ensuite été largement critiquée car elle isolerait le sujet pensant de la réalité et serait ainsi trop intériorisée⁵⁴. Dans sa « *Critique de la raison pure* », Kant a voulu distinguer la « *conscience empirique* », différente en chaque homme, de la « *conscience en général* », ou la forme même de la conscience qui est identique pour un sujet fini. Cette dernière est une pure fonction de connaissance, qui est universelle et structurellement identique chez tous les hommes⁵⁵. Au début du 19^{ème} siècle, dans la « *Phénoménologie⁵⁶ de l'esprit* », Hegel a développé l'idée d'extériorisation de la conscience. Pour lui, chaque conscience, même conçue comme conscience de soi, implique le rapport de la conscience avec quelque chose qui est toujours différent d'elle-même⁵⁷. La conscience humaine s'extérioriserait à travers, entre autres, la religion, l'art, les sciences mais aussi dans les lois qui reflètent l'idée de justice au départ intérieure à l'homme. Pour Nietzsche, dire « *je pense* » repose sur des préjugés, puisque cela revenait à affirmer une connaissance parfaite de la signification de « *je* », du verbe « *penser* » et de la causalité⁵⁸. Quant à Husserl et Sartre, chacun à leur manière, ils ont considéré que la conscience était intentionnelle, c'est-à-dire qu'il n'y aurait pas de conscience isolée – et isolable – et qu'elle aurait nécessairement besoin d'un objet pour exister⁵⁹.

⁵³ *Encyclopédie de la philosophie, op. cit.*, p. 314 et s.

⁵⁴ Ce que Descartes « *peut tenir pour certain est l'existence de cette pensée, non pas nécessairement l'existence du je qui pense* » et ce « *je* » doit être entendu comme « *l'ensemble des liens que je tisse avec les autres* » : A. JACQUARD, *Petite philosophie à l'usage des non-philosophes*, Calmann-Lévy, 1997, p. 32 et p. 35.

⁵⁵ *Encyclopédie de la philosophie, op. cit.*, p. 314 et s.

⁵⁶ Le concept de phénoménologie désigne la science des phénomènes ou des vécus de la conscience, c'est-à-dire des choses telles qu'elles apparaissent à la conscience. Ainsi, la démarche phénoménologique dénomme le fait d'être conscient du monde et d'avoir conscience de soi-même.

⁵⁷ *Encyclopédie de la philosophie, op. cit.*, p. 314 et s.

⁵⁸ « *Quand je dis « je pense », non seulement il n'est pas certain que cela soit moi qui pense mais il n'est pas non plus certain que la pensée soit une activité qui suppose un quelconque sujet.* » : Ph. CABESTAN, *La conscience*, Ellipses Éditions, 2003, p. 38 ; commentant F. NIETZSCHE, *La volonté de puissance*, trad. G. BIANQUIS, t. 1, livre 1, Gallimard, 1947, §98, p. 65.

⁵⁹ L'aspect par lequel la conscience est toujours conscience de quelque chose est défini par Husserl, dans « *Les Recherches logiques* », comme son « *intentionnalité* ». Pour Jean-Paul Sartre dans « *L'Être et le Néant* », la conscience se définit comme le « *non-être* », tourné vers l'avenir, ou « *l'être par lequel le néant vient au monde* » : *Encyclopédie de la philosophie, op. cit.*, p. 314 et s.

13. Conscience et inconscient. Si conscience et présence se côtoient, l'inconscience, appelée aussi perte de conscience, rime en revanche avec l'absence. L'inconscience – qui se décline sous l'adjectif « *inconscient* » – ne doit cependant pas être confondue avec « *l'inconscient* »⁶⁰, tel qu'étudié en psychanalyse par Freud à la fin du 19^{ème} siècle dans ses « *Études sur l'hystérie* » ou dans « *L'interprétation des rêves* ». L'inconscient est ce dont le sujet humain n'a pas conscience mais qui appartient néanmoins à son psychisme. Selon cette hypothèse, l'essentiel du psychisme se compose d'un système dont le contenu est refoulé dans l'inconscient et échappe ainsi à la conscience, à cause de la pression sociale. À l'inverse, toujours au sens psychanalytique, le conscient désigne l'ensemble des phénomènes psychiques dont le sujet a une conscience claire⁶¹. Freud compare l'âme humaine à un iceberg, dans la mesure où seulement un dixième de ce qu'y se passe parvient à la conscience du sujet⁶². Cette vision de l'inconscient a été critiquée, notamment par Sartre, qui considérait que le système de l'inconscient fonctionnait exactement comme une conscience⁶³. Cette similitude de fonctionnement – voire de fonction puisque les deux visent à diriger l'être humain – a été résumée par le Professeur Maurice Hauriou qui considère qu'« *il y a, de toute évidence, en nous, un gouvernement conscient et un gouvernement subconscient ; le gouvernement conscient nous dirige avec tout le fracas de la publicité dans l'état de veille, le gouvernement inconscient nous dirige sans bruit pendant notre sommeil et, d'une façon souterraine, dans l'état de veille lui-même* »⁶⁴.

⁶⁰ En 1870, le psychologue Thomas Ribot a développé la théorie du « *préconscient* » comme ce qui n'a pas atteint le niveau de conscience. Cette théorie sera reprise par la psychanalyse au début de la Grande Guerre pour donner un nom au système psychique séparé de l'inconscient par la censure. Cela constituait en réalité la première théorie de Freud qui séparait l'inconscient – il avait d'abord utilisé le terme de « *subconscient* » mais l'a ensuite rejeté – et le préconscient au sein du psychisme, considérant que le préconscient enveloppe ce dont l'individu n'a actuellement pas conscience mais dont il peut avoir conscience à l'avenir car il ne s'agirait pas d'un sentiment refoulé : Ph. CABESTAN, *La conscience*, Ellipses Éditions, 2003, p. 27.

⁶¹ La pensée de Freud peut être résumée dans la formule « *le moi n'est pas maître dans sa propre maison* », issue de son *Introduction à la psychanalyse*. Mais, selon le généticien et essayiste Albert Jacquard, l'inconscient n'est pas un acteur mais seulement « *un facteur explicatif, parmi d'autres des réactions d'une personne* » : A. JACQUARD, *Petite philosophie à l'usage des non-philosophes*, Calmann-Lévy, 1997, p. 37.

⁶² Ph. CABESTAN, *La conscience*, Ellipses Éditions, 2003, p. 25.

⁶³ C'est par exemple le cas quand le patient refuse l'interprétation faite par le psychanalyste. « *Or, comme le remarque Sartre, « comment donc l'inconscient pourrait-il être informé des progrès de l'enquête psychanalytique, à moins d'être précisément une conscience ? »* : Ph. CABESTAN, *La conscience*, Ellipses Éditions, 2003, p. 29 ; citant J.-P. SARTRE, *L'être et le néant*, Gallimard, 1987, p. 88 et p. 531.

⁶⁴ Il précise également que « *notre gouvernement conscient est celui de la personne morale, il est délibérant et majoritaire, il admet de la liberté politique interne (...) Ce pouvoir subconscient qu'il s'agit de contrôler n'est pas d'ordre inférieur, ce n'est pas celui de l'instinct ; c'est au contraire, un pouvoir supérieur et très noble, d'une très grande compétence et d'une très haute raison ; c'est le pouvoir minoritaire des meilleurs éléments psychiques de l'organisme, seulement ce conseil des Dix doit être contrôlé par la grande publicité de la conscience délibérante, parce que la raison elle-même a besoin d'être contrôlée (...)* » : M. HAURIOU, *La*

D - La conscience collective

14. Partage avec autrui. Dans les deux sens précités, la conscience désigne un « lieu » intérieur, ce for sans « t » mais dans lequel l'être humain trouve néanmoins un refuge pour abriter sa réflexion, dans le silence. Mais c'est un faux silence dans la mesure où l'homme entre en dialogue avec lui-même, voire, concernant la conscience au sens moral, avec la « voix » de sa conscience⁶⁵. Conscience et apprentissage du langage seraient intimement liés. Par exemple, ce sont dans les impératifs formulés verbalement que l'enfant va apprendre à reconnaître les devoirs et les interdits. En effet, le domaine de l'éducation illustre bien ce point – ce lieu – commun aux deux consciences. Le Code de l'éducation constitue d'ailleurs la codification dans laquelle le terme « conscience » possède le plus d'occurrences, tant au sens moral que psychologique⁶⁶. Dans *Les chemins du silence*, Michel Hubaut, moine franciscain et conférencier, s'attache à démontrer que le silence est une composante de l'identité de l'homme et qu'il ne doit pas être réservé qu'à la méditation⁶⁷. Malgré cette intériorité certaine de la conscience, il ne faut pas perdre de vue une autre de ses caractéristiques, abordée déjà à quelques reprises : la dimension du partage avec autrui. Le discours dans le cadre d'un « réseau collectif est donc le point de départ de la conscience individuelle »⁶⁸. Si, comme l'avaient déjà pressenti Cicéron et Sénèque, la conscience du sujet doit pouvoir être observée par un public, en tant qu'objet de jugement, elle peut également se révéler commune à plusieurs sujets. Il ne s'agit plus alors de conscience individuelle mais bien de conscience collective.

théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social), La Cité moderne et les Transformations du Droit, Cahiers de la nouvelle journée 4, Librairie Bloud & Gay, 1925, p. 27.

⁶⁵ Selon le Professeur Philippe Le Tourneau, « la morale ne se décrète pas : elle est le fruit d'un dialogue intime, d'une éducation de la conscience, d'une tension vers un idéal » : Ph. LE TOURNEAU, *Existe-t-il une morale des affaires*, in *La morale et le droit des affaires*, LGDJ, 1996, p. 13 ; cité par : S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, préf. B. TEYSSIÉ, LGDJ, 2000, p. 26.

⁶⁶ Pour quelques exemples : cf. *infra* note n° 91.

⁶⁷ « Dans le silence de sa conscience, s'instaure un débat intérieur à plusieurs voix d'où jaillira son choix, ses décisions. Lieu privilégié où s'exerce sa liberté. Débat entre le meilleur et le moins bon de lui-même, avec les valeurs auxquelles il adhère ou qu'il refuse. Lieu où il essaye de déchiffrer son propre mystère, sa véritable identité, son destin » : M. HUBAUT, *Les chemins du silence*, Desclée De Brouwer, 2^{ème} éd., 2003, p. 56.

⁶⁸ Le généticien et essayiste Albert Jacquard résume cette idée par la phrase suivante : « Je dis je parce que d'autres m'ont dit tu » : A. JACQUARD, *Petite philosophie à l'usage des non-philosophes*, Calmann-Lévy, 1997, p. 33.

15. Appréhension par les sociologues. Ce concept, qui dépasse la façon d'aborder la conscience en fonction de l'individu, est apparu pour la première fois en sociologie⁶⁹. Durkheim a défini la conscience collective comme « *l'ensemble des croyances et des sentiments communs à la moyenne des membres d'une société* » qui « *forme un système déterminé qui a sa vie propre* »⁷⁰. Conscience psychologique et conscience morale se côtoient ici, dans la mesure où cette conscience collective regroupe à la fois un ensemble de faits psychiques communs aux membres d'une société – se manifestant par les rites et traditions – mais aussi d'attitudes morales, à la base de l'intégration des individus dans la société. Marx a quant à lui abordé la question de la « *conscience de classe* » qui décrit la « *connaissance claire qu'ont les membres d'une même classe sociale du statut qu'occupe leur classe dans l'échelle de la société différenciée dont elle fait partie, et les sentiments que suscite cette connaissance* »⁷¹. En 1859, dans la « *Critiques de l'économie politique* », il expliquait que c'est un produit résultant des conditions naturelles, économiques et sociales dans lesquelles évoluent les sociétés : « *ce n'est pas la conscience des hommes qui détermine leur existence,*

⁶⁹ Il faut néanmoins noter qu'en psychanalyse, Jung, psychiatre et psychologue suisse, a quant à lui développé le concept d'inconscient collectif : « *fonds commun de toute l'humanité, celui-ci est structuré par des archétypes, schèmes éternels de l'expérience humaine, qui s'expriment dans les images symboliques collectives (mythes, religions, folklore, contes populaires), ainsi que dans les œuvres d'art, les rêves individuels et les symptômes névrotiques* » : A. REY (dir.), *Le Robert encyclopédique des noms propres*, Dictionnaires Le Robert, 2008, entrée « Jung », p. 1196. Plus tard, Michel Pinton, ancien maire et fondateur du parti politique de l'Union pour la démocratie française (UDF), a écrit sur la « *conscience des peuples* », expliquant qu'un peuple ne peut être défini uniquement par un État et un territoire mais doit l'être aussi par sa conscience, entendue à la fois comme conscience du bien et du mal et comme conscience de soi. Il a pris comme exemple l'histoire du peuple juif qui, après avoir perdu son État et son territoire, a continué de vivre pendant deux mille ans, sa conscience le guidant dans les choix difficiles et le soutenant dans les épreuves. Il insiste sur le fait que si cette conscience peut parfois s'exprimer par le sentiment populaire, elle ne doit toutefois pas être confondue avec celui-ci lorsqu'il dérive vers des contrées dangereuses. Aussi, pendant la Seconde Guerre mondiale, il considère que la conscience de la France n'était pas celle de l'Occupation mais celle des exilés : M. PINTON, *Conscience des peuples et laïcité, Réflexions pour un nouveau contrat social*, François-Xavier de Guibert, 2005, p. 15-16.

⁷⁰ Y. ALPE, A. BEITONE, C. DOLLO, J.-R. LAMBERT et S. PARAYRE, *Lexique de sociologie*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2013, p. 26. Ce concept désigne chez Durkheim cet « *état représentatif, cognitif et émotionnel qui embrasse, outre la personne elle-même, tous les individus du groupe, de même que les intérêts et les valeurs culturelles* » : G. FERRÉOL, Ph. CAUCHE, J.-M. DUPREZ, N. GADREY et M. SIMON, *Dictionnaire de sociologie*, Armand Colin, 4^{ème} éd., 2011, p. 57. Cette définition perdure encore au 21^{ème} siècle : « *Au plan collectif, le concept de « conscience collective », est l'ensemble des idéaux fédératifs érigés en l'état de valeurs. Elles correspondent aux valeurs individuelles partagées, sinon par la totalité, du moins par une partie substantielle des membres de la société de référence* » : A. BOYER et I. ARNAUD, *L'éthique au service de la stratégie de l'entreprise*, in *L'impossible éthique des entreprises*, dir. A. BOYER, Éditions d'Organisation, 2002, p. 21.

⁷¹ Cette définition est issue du TLFi, diffusé par l'ATILF, et est disponible sur le site du CNRTL : <http://www.cnrtl.fr/definition/conscience>. Dans l'analyse marxiste, il s'agit de la « *conscience qu'ont les membres d'une classe sociale de partager la même condition* », étant précisé que « *le concept de classe sociale se définit à partir des rapports de production et d'échange. Les individus appartiennent alors à une classe en fonction de leur place dans le système de production. (...) Il existe deux classes sociales fondamentales : la classe des prolétaires, disposant de leur seule force de travail, subit l'exploitation de la classe des capitalistes, propriétaires des moyens de production* » : Y. ALPE, A. BEITONE, C. DOLLO, J.-R. LAMBERT et S. PARAYRE, *Lexique de sociologie*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2013, p. 38, 47 et 62.

c'est au contraire leur existence sociale qui détermine leur conscience »⁷². Dans le langage marxiste, il s'agit d'une « *fausse conscience* », par référence à une conscience vraie, où il n'y aurait plus d'aliénation. Pour Georg Lukàcs, ainsi qu'il l'a écrit dans son « *Histoire et conscience de classe* », en 1923, la conscience de classe désigne le fait que chaque classe sociale possède une certaine conscience de ce qu'elle peut accomplir⁷³.

16. Appréhension par les juristes. Dans sa thèse intitulée « *la conscience* », le Professeur Dominique Fenouillet a rapproché la notion de conscience collective de celle de bonnes mœurs et l'a décrite comme une sorte de « *sous-conscience* » ou de morale affaiblie⁷⁴ car insuffisamment intransigeante⁷⁵. Dans une autre thèse plus ancienne, Louis Célestin Tanon, alors Président de la Cour de cassation, mettait en garde son lecteur contre l'amalgame qui peut facilement être opéré entre la conscience individuelle et la conscience collective. Il rappelait que cette dernière n'est pas « *un grand être social psychologique doué à la manière de l'individu, d'une conscience, que l'on distingue seulement de la première en l'appelant collective* » et la décrit au contraire comme un « *ensemble de forces idéales qui, représentées dans les consciences individuelles, en ce qu'elles ont de commun, agissent au sein des sociétés, pour l'évolution de la vie sociale* »⁷⁶. Cette idée de lien entre les consciences individuelles, d'une valeur supérieure à la notion de conscience collective, se retrouve également dans les travaux du Professeur Maurice Hauriou pour qui le mouvement de communion – symbolisé par les grands mouvements populaires – « *c'est l'idée qui se réfracte en des concepts similaires en des milliers de consciences et y provoque des tendances à l'action. L'idée passe momentanément à l'état subjectif en des milliers de consciences*

⁷² K. MARX, *Critique de l'Économie politique*, Avant-propos, trad. Rubel et Evrard, La Pléiade, Œuvres, t. 1, p. 272.

⁷³ G. LUKÀCS, *Histoire de conscience de classe*, Éditions de Minuit, 1984.

⁷⁴ S'inspirant de l'expression du Professeur Jean Carbonnier, c'est aussi ce qu'explique Stéphane Darmaisin dans sa thèse quand il écrit que « *la notion de bonnes mœurs dans la conception populaire renvoie à une morale de faible degré* », et quand il renvoie à la citation suivante « *les bonnes mœurs ne doivent pas être identifiées avec la morale. C'est quelque chose de moins pur, de plus terre à terre. Les bonnes mœurs ne sont au fond que les coutumes des honnêtes gens, spécialement en matière sexuelle, pour un lieu ou un temps donné* » : S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, préf. B. TEYSSIÉ, LGDJ, 2000, p. 58 ; citant : J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 9^e édition, 1998, p. 94 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, t. IV, Les obligations*, PUF, 22^e édition, 2000, n° 71, p. 137.

⁷⁵ D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, préf. G. CORNU, LGDJ, 1993, p. 67, n° 107 et 108.

⁷⁶ Il écrit aussi que la conscience collective est constituée d'idées, de croyances et de sentiments collectifs qui « *sont, dans le cours des temps, la création lente et progressive des consciences individuelles ; mais, après s'y être réfléchis, ils s'en détachent pour leur survivre et s'imposent aux générations nouvelles* » : L.C. TANON, *L'évolution du droit et la conscience sociale*, thèse, Félix Alcan Editeur, 3^{ème} éd., 1911, p. 91 et 92.

individuelles qui s'unissent en elles ; les consciences individuelles invoquent son nom et elle descend au milieu d'elles, appropriée par elles à l'état subjectif »⁷⁷.

II – La conscience et le droit⁷⁸

17. Traductions juridiques. Le droit, en tant que « *Droit objectif* », est l' « *ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société* »⁷⁹. Il a pu être écrit que seule la conscience morale concerne le droit car « *la conscience psychologique est sans aucune incidence sur le monde, ce n'est pas son objet ; elle ne peut donc entrer en contact avec le droit* »⁸⁰. À l'inverse, le Professeur Maurice Hauriou estimait que la conscience psychologique permettrait de distinguer le droit subjectif du droit objectif, puisque « *les juristes entendent par droit subjectif tout ce qui, dans le droit, se maintient par la volonté consciente de sujets déterminés, par exemples, les situations contractuelles* »⁸¹. En effet, au-delà de cette théorie, même si elle ne concurrence pas le droit, contrairement à la conscience morale (**B**), la conscience psychologique possède des traductions juridiques (**A**).

⁷⁷ Selon Maurice Hauriou, « *analyser le phénomène en l'apparition d'une conscience collective, ainsi que le fait l'école de Durkheim, c'est rabaisser cette réalité, car la conscience collective serait liée à la formation d'une opinion moyenne dans le milieu social, c'est-à-dire dans la masse des esprits. Au contraire, la réfaction d'une même idée directrice dans une pluralité de consciences individuelles réserve le rôle dirigeant des consciences les plus hautes dans les conséquences à tirer pour l'action. Entre les deux analyses, il y a la différence qui sépare l'explication des progrès de la civilisation par l'action des élites et l'explication par la seule évolution du milieu.* » : M. HAURIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social)*, La Cité moderne et les Transformations du Droit, Cahiers de la nouvelle journée 4, Librairie Bloud & Gay, 1925, p. 20-21.

⁷⁸ La présentation de la conscience en droit qui suit, bien que générale et non exhaustive, puisque tel n'est pas l'objet de cette étude, n'en est pas moins nécessaire avant d'aborder, la branche particulière du droit social.

⁷⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^{ème} éd., 2018, entrée « *droit* », p. 376

⁸⁰ D. HIEZ, *La clause de conscience ou la conscience source du droit ?*, in *Libres propos sur les sources du droit : Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 209, spéc. p. 210.

⁸¹ En revanche, les juristes « *entendent, au contraire, par droit objectif tout ce qui, dans le droit, se maintient sans le secours de la volonté consciente de sujets déterminés et qui, ainsi, semble se maintenir par soi-même, par exemple une règle de droit coutumière* ». En réalité, le Professeur Maurice Hauriou fait même appel à la notion de subconscient pour clarifier cette distinction : « *Si l'on va au fond des choses, les situations juridiques qui semblent se maintenir par elles-mêmes sont, en réalité, liées à des idées qui persistent d'une façon subconsciente dans les esprits d'un nombre indéterminé d'individus. Les idées subconscientes sont celles qui vivent dans le cadre de notre mémoire sans être actuellement, pour nous, des volontés conscientes ; ce sont des idées que nous avons perçues, que nous avons emmagasinées, puis que nous avons perdues de vue ; elles vivent cependant en nous et même elles influent à notre insu sur nos jugements et sur nos actes (...). Ainsi, le subjectif se maintient par nos idées conscientes et l'objectif par nos idées subconscientes* » : M. HAURIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social)*, in *La Cité moderne et les Transformations du Droit*, Cahiers de la nouvelle journée 4, Librairie Bloud & Gay, 1925, p. 3-4.

A – La conscience psychologique et le droit

18. Conscience et consentement en droit civil. Selon le « *Vocabulaire juridique* » du Professeur Gérard Cornu, la conscience est d’abord l’aptitude de l’individu – sujet de droit – à comprendre ce qu’il fait et à être présent en esprit à un acte⁸². Prise en ce sens, elle entre directement dans la définition du consentement, qui est l’accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droit⁸³ et qui appartient, selon le Code civil, aux « *conditions essentielles pour la validité d’une convention* »⁸⁴. Mais, au-delà de poser solennellement son appartenance à de telles conditions, l’ouvrage de Portalis ne définit pas la notion de consentement. En matière contractuelle, selon les Professeurs François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, le terme « *consentement* » a deux sens. Il y a d’une part son sens individualiste, en tant que la manifestation de volonté de chacune des parties, qui se retrouve dans l’expression « *échange des consentements* », et, d’autre part son sens collectif d’accord des parties ou du concours de leurs deux volontés. C’est de ce « *courant de confiance qui passe entre les parties* » que naît le contrat, la volonté devenant source de droits en application du principe de l’autonomie de la volonté, apparu à la fin du dix-huitième siècle en même temps que celui de la liberté de l’individu. Le consentement serait donc avant tout une « *opération mentale* », une disposition intérieure, car ce n’est qu’après avoir délibéré en elle-même, pesé le pour et le contre – à l’image de la voix de la conscience –, que chaque partie va décider ou non de s’engager. Le consentement apparaît alors comme une « *volition précédée d’une réflexion* »⁸⁵. Il convient de penser son choix, via la volonté interne, avant d’exprimer sa volonté de s’engager. Ainsi, le consentement requiert l’aptitude à comprendre la portée d’un acte et l’aptitude à décider qui, jointes, constituent la définition de la volonté. Or, la volonté, qui constitue notamment le consentement et participe ainsi à la validité de l’acte juridique en général, est elle-même constitutive de l’intention en tant que résolution intime d’agir dans un certain sens. Conscience, consentement, volonté et intention se côtoient mais sans constituer des synonymes exacts pour autant.

⁸² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^{ème} éd., 2018, entrée « *conscience* », p. 239.

⁸³ G. CORNU, *op. cit.*, entrée « *consentement* », p. 245.

⁸⁴ C. civ. anc. art. 1108, devenu C. civ. art. 1128 par l’article 2 de l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

⁸⁵ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, p. 111, §93.

19. Absence de consentement et nullité de l'acte. À défaut de cette forme de conscience, il est possible d'annuler l'acte accompli par celui qui en est dépourvu, à l'image du contrat dont l'un des cocontractants est victime d'un vice du consentement⁸⁶, du mariage contracté sans le consentement libre de l'un des époux ou des deux⁸⁷ ou de l'acte passé par une personne atteinte de trouble mental⁸⁸. Le trouble apporté à la santé mentale de la personne – ou à sa pleine conscience – peut être seulement passager, dans les cas d'ivresse ou d'usage de drogue, ou plus durable, en cas de troubles psychiques ou d'état de faiblesse corporelle engendrant un ralentissement des facultés mentales. À ce titre, certaines catégories de personnes physiques ne sont pas reconnues capables de consentir. C'est le cas des majeurs qui deviennent « *protégés* »⁸⁹ et des mineurs non émancipés, dont les parents administrent les biens⁹⁰. Le Code de l'action sociale et des familles, et plus précisément son « *Guide-barème* » permettant d'évaluer les déficiences du psychisme de l'adulte, définit les troubles de la conscience. Ceux-ci se présentent sous différentes formes plus ou moins graves car ils peuvent soit n'entraîner qu'une gêne notable à la vie socioprofessionnelle, tout en permettant le maintien d'une vie quotidienne relativement satisfaisante, soit aller jusqu'à l'« *état crépusculaire prolongé* », entravant alors la vie quotidienne et socioprofessionnelle⁹¹.

20. Conscience et discernement en droit de la responsabilité civile. En matière de responsabilité civile délictuelle, l'emblématique article 1382 du Code civil, devenu l'article 1240 par l'ordonnance de réforme du droit des obligations du 10 février 2016⁹², ne semble *a priori* pas faire mention d'une quelconque volonté, mais parle du dommage causé par le fait

⁸⁶ C. civ. art. 1130 et 1131.

⁸⁷ C. civ. art. 180.

⁸⁸ L'article 414-1 du Code civil généralise la règle de son article 901 qui concerne uniquement les libéralités.

⁸⁹ C. civ. art. 425.

⁹⁰ C. civ. art. 382 et s.

⁹¹ Le Guide-barème apporte également un autre éclairage quant à la définition de la conscience psychologique. La conscience de soi y est effectivement décrite à plusieurs reprises comme la « *capacité à construire ou à maintenir une représentation de l'identité du corps ainsi que sa continuité dans le temps* » : CASF, art. Annexe 2-4 « *Guide-barème pour l'évaluation des déficiences et incapacités des personnes handicapées* ». Il est intéressant de constater que cette définition est présente dans des sections consacrées aux déficiences intellectuelles et psychiques de l'enfant et de l'adolescent. Cette définition de la conscience est d'ailleurs similaire à celle qui apparaît à l'article D. 321-1 du Code de l'éducation qui énonce que l'un des objectifs de l'école maternelle est d'épanouir la personnalité des enfants, notamment « *par la conscience de leur corps* », alors que l'école élémentaire doit permettre à l'élève d'étendre sa conscience « *du temps, de l'espace, des objets du monde moderne et de son propre corps* ». Selon l'article Annexe du Livre I du Code de l'Éducation, intitulé « *Principes généraux de l'éducation* », il y est également question de développement de la « *conscience des implications éthiques* » et des changements à travers l'apprentissage des sciences, ou de la « *conscience que les expériences humaines ont quelque chose d'universel* » dans l'inculcation de la culture humaniste.

⁹² Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le passage de l'article 1382 à l'article 1240 a eu lieu le 1^{er} octobre 2016.

de l'homme, son imprudence ou sa négligence⁹³. Il n'empêche que la faute civile comporte pourtant un élément moral dans le sens où « *le comportement anormal peut être reproché à son auteur car il était conscient de ce qu'il faisait* » et qu'« *usant de son libre arbitre, il aurait pu décider autrement* »⁹⁴. Conscience et discernement ont longtemps été confondus et utilisés par la jurisprudence pour se prononcer dans le sens de l'irresponsabilité. Par exemple, concernant les enfants dits « *en bas âge* », la Cour de cassation regardait s'il était possible ou non de démontrer la capacité du mineur à discerner les conséquences de ses actes. Dans le même ordre d'idées, les juges du droit considéraient que les aliénés et déments ne pouvaient engager leur responsabilité. Depuis une loi du 3 janvier 1968, le Code civil tend à distinguer la responsabilité de l'auteur de l'acte – qu'elle soit contractuelle ou délictuelle – du droit à réparation de la victime, dans la mesure où il prévoit que celui qui a causé un dommage à autrui, alors même qu'il était sous l'empire d'un « *trouble mental* », n'en est pas moins obligé à réparation⁹⁵. Cela signifie que toutes les personnes, mineures ou majeures, mêmes celles privées de raison temporairement ou non, peuvent être tenues de réparer les conséquences des faits dommageables dont elles sont à l'origine, sans être forcément responsables.

21. Conscience, intention et volonté en droit pénal. En droit pénal, si au moment des faits, la personne est atteinte d'un « *trouble psychique ou neuropsychique* », « *ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes* », elle ne pourra pas être jugée pénalement responsable. Mais si le trouble précité ne fait qu'altérer son discernement ou entraver le contrôle de ses actes, la personne demeure punissable, bien que le juge doive prendre en considération cette circonstance lors de la détermination de la peine⁹⁶. En droit pénal, selon le Professeur Yves Mayaud, intention et conscience ne doivent pas être confondues car « *la conscience est la manifestation du discernement, du libre arbitre, sans lequel il n'est pas de*

⁹³ Dans sa thèse de 1920 intitulée « *La Responsabilité. Étude de sociologie* », le sociologue Paul Fauconnet définit la faute ou la négligence « *comme une insuffisance de tension morale : la personne fautive a renoncé ou a oublié de s'engager dans la situation, d'effectuer l'acte appelé par les objets dépositaires de l'exigence morale qui doit surgir à la conscience* » ; cité par. F. CHATEAURAYNAUD et D. TORNY, *Les sombres précurseurs, Une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2013, p. 59.

⁹⁴ ÉÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*

⁹⁵ Cette règle de la loi n°68-5 du 3 janvier 1968 figurait au sein de l'ancien article 489-2 du Code civil, qui a été abrogé par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007. Cette même loi a réinséré la règle à l'article 414-3 du même Code.

⁹⁶ C. pén. art. 122-1.

responsabilité, faute d'imputabilité »⁹⁷. La conscience n'est donc pas une simple composante de l'intention, mais elle est un préalable essentiel à toute infraction, commise avec ou sans intention. L'intention peut quant à elle être définie comme « *une connaissance doublée de volonté* »⁹⁸. Encore une fois, cette connaissance ne doit pas se confondre avec la conscience car un individu « *peut être conscient, c'est-à-dire avoir son libre arbitre, mais être malgré tout dans l'erreur, faute d'une connaissance suffisante* »⁹⁹. La connaissance dont il est ici question englobe la connaissance du droit et la connaissance des faits, à l'image de la connaissance de la minorité de la victime quand elle est une donnée de l'infraction¹⁰⁰. Quant à la volonté, elle désigne en droit pénal « *la volonté d'agir en opposition aux interdits de la société* », qui revient non seulement à « *vouloir le comportement pour ce qu'il représente d'illicite en soi, mais encore vouloir le résultat redouté à travers ce comportement* »¹⁰¹.

22. Conscience et connaissance du droit. L'étude de la conscience en droit pénal fait apparaître un autre pan de la conscience du sujet de droit : la conscience que ce sujet a du droit. Il s'agit d'un objectif que tout sujet devrait idéalement atteindre afin de pouvoir respecter l'adage « *Nemo censetur ignorare legem* » ou « *Nul n'est censé ignorer la loi* », étant donné qu'il n'est de toute façon pas possible d'échapper à l'application de la loi en démontrant son ignorance¹⁰². Il existe des cas où la conscience de la règle de droit peut être considérée comme innée et est facilement connaissable par l'individu car son contenu s'inspire directement des pratiques sociales et idées morales qui régissent la conduite de la personne concernée. Toutefois, l'exigence de connaissance de la règle de droit n'en est pas

⁹⁷ « *La responsabilité pénale a un fondement éthique, et c'est l'imputabilité qui en rend compte. Elle repose sur le discernement et le libre arbitre, en dehors desquels les poursuites n'ont plus de sens* » : Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 2015, 5^{ème} éd., p. 265, n° 221.

⁹⁸ Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 269, n° 225.

⁹⁹ Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 269, n° 225.

¹⁰⁰ C'est le cas dans les infractions de mise en péril des mineurs : CP, art. 227-15 et s. ; Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 270, n° 227.

¹⁰¹ Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 271-271, n° 228 et 230.

¹⁰² « *À ce propos, l'adage est entendu comme un des postulats élémentaires de l'ordre social : il n'est pas concevable, certes, qu'un particulier puisse échapper à l'application de la règle en prétextant son ignorance et même en rapportant la preuve de celle-ci. (...) L'on s'accorde (...) à admettre que la règle de droit, même si l'effectivité ne lui est pas inhérente, doit être reçue par le milieu social et que cette réception doit être consciente et éclairée* » : F. TERRÉ, *Le rôle actuel de la maxime « nul n'est censé ignorer la loi »*, in *Études de droit contemporain, Travaux et recherche de l'Institut de droit comparé*, t. XXX, 1966, p. 91 et s., spéc. p. 106-107. Le Professeur Yves Mayaud précise toutefois que, en droit pénal, la présomption, qui était absolue avant la réforme du Code pénal, est à présent susceptible de la preuve contraire, comme le révèle l'article L. 122-3 dudit code : Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 270, n° 226.

pour autant amoindrie lorsqu'il s'agit d'une réglementation très spécialisée¹⁰³, alors même que le « *bon citoyen curieux se trouve dans l'impossibilité de s'informer* »¹⁰⁴ face à la « *surabondance* »¹⁰⁵ des lois¹⁰⁶.

B – La conscience morale et le droit

23. Une source du droit. Par ailleurs, la conscience est aussi définie par le « *Vocabulaire juridique* » du Professeur Gérard Cornu comme le « *for interne* » à toute personne, comme l'« *aptitude à se connaître, à se juger et à se déterminer soi-même, soit par adhésion aux devoirs d'une morale, d'une religion, etc., soit sous l'inspiration des devoirs que chacun se fait (impératif de conscience, éthique personnelle)* »¹⁰⁷. Lorsqu'elle est prise en ce sens, la conscience est au cœur du processus législatif puisque les auteurs de la loi « *se sont préalablement interrogés sur ce qu'il convient de faire* » puis, « *en discutant des textes, procèdent à des arbitrages ou des concessions dont le but est de parvenir à la meilleure solution possible, à tout le moins à la moins mauvaise* ». Enfin, « *quand il s'agit de passer au vote, chacun se déterminera en conscience* »¹⁰⁸. En outre, dans la mesure où les règles de droit s'inspirent parfois de la morale¹⁰⁹, il est permis de considérer la conscience comme une source médiate du droit¹¹⁰. En principe, les violations de la morale sont sanctionnées dans un cadre interne, celui de la conscience, alors que les sanctions des violations des règles de droit auraient une origine externe et seraient reliées à l'autorité des pouvoirs publics¹¹¹. Toutefois,

¹⁰³ F. TERRÉ et A. SAYAG, *art. préc.*, p. 139 et s.

¹⁰⁴ Ph. Le TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Essai, Dalloz, Dunod, 2000, p. 38.

¹⁰⁵ Selon Jean Carbonnier, les lois « *s'étouffent mutuellement par leur surabondance* » : J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 111.

¹⁰⁶ Dans sa thèse, Anne-Marie Leroyer écrit qu'« *il est inutile de prétendre que la loi est connue de tous parce qu'elle est l'expression de la volonté générale. La règle pourrait être tout simplement formulée par l'idée selon laquelle « nul ne peut se prévaloir de l'ignorance d'une loi qui peut être connue. La règle sanctionne en effet un manquement à l'obligation de renseignement.* ». La formulation ainsi proposée permettrait alors d'exclure la fiction : A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, dir. M. GOBERT, thèse soutenue en 1995 au sein de l'Université Paris II, n° 459, p. 506.

¹⁰⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^{ème} éd., 2018, entrée « *conscience* », p. 239.

¹⁰⁸ « *Telle devrait être, du moins, la réalité de chacun quand le législateur est vraiment libre de ses choix* » : J.-B. D'ONORIO, *Droit sans conscience ?*, in *La conscience et le droit*, Actes du XVIII^e colloque national de la Confédération des Juristes Catholiques de France, Pierre Téqui éditeur, 2002, p. 15.

¹⁰⁹ « *Le droit a toujours sa source primordiale dans la conscience. Quand il s'écarte manifestement des données de la loi naturelle, c'est que cette conscience est elle-même déformée par les préjugés ou étouffée par la passion. Il en arriva ainsi à Rome.* » : R. BARREAU, *Les obligations de conscience en droit civil*, thèse, 1915, p. 15.

¹¹⁰ F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2015, 10^{ème} éd., p. 11, n° 13.

¹¹¹ Au sujet de la différence entre le droit et la morale, Paul Roubier a écrit que « *l'appréciation des actions d'une personne, du point de vue de la morale, est donnée en se plaçant du côté de cette personne elle-même ;*

il existerait des obligations dites de conscience, dérivant « *d'une loi naturelle (morale individuelle et sociale) ou d'une loi divine positive* » et qui « *nous sont connues immédiatement, pour la plupart, grâce au guide et au juge intérieur qu'est la conscience morale, lumière divine qui éclaire tout homme venant en ce monde* »¹¹². En réalité, les obligations juridiques s'imposeraient d'autant plus facilement aux sujets de droit qu'elles sont considérées comme protégeant légitimement une valeur morale connue¹¹³, si bien que les tribunaux « *savent en tout cas que la règle juridique n'est respectée que si elle est approuvée par la conscience* »¹¹⁴.

24. Devoir de conscience et obligation naturelle. Il faut mentionner le cas particulier de l'obligation naturelle, décrite par le Professeur Robert-Joseph Pothier dans son « *Traité des obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur* », paru pour la

(...) au contraire, l'appréciation juridique des actions d'une personne est faite en se plaçant du côté des autres personnes : on recherche quelle est la valeur de ses actes par rapport à autrui » : P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Réimpression de la 2^e édition de 1951, Dalloz, 2005, p. 47 ; cité par : S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, préf. B. TEYSSIE, LGDJ, 2000, p. 26. Selon Jean Carbonnier, en 1962, « *le droit a pour but le maintien de l'ordre social ; la morale, le perfectionnement intérieur de l'homme. Le droit a une liste de devoirs envers le prochain bien plus courte que la morale (...). Dans l'appréciation des mérites des actions, le droit s'en tient, en principe, aux attitudes extérieures ; la morale prétend pénétrer les cœurs (...). Enfin, ici encore la sanction est très différente : non pas seulement parce que celle du droit est étatique, alors que celle de la morale est essentiellement intérieure (la voix de la conscience), mais, plus profondément, selon les formules de Kant, parce que le droit est hétéronome (nul ne peut y être à la fois juge et partie), alors que la morale est autonome (chacun y est son premier et propre juge).* » : J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome premier, Introduction à l'étude du droit et Droit des personnes*, PUF, 1962, 4^{ème} éd., n° 3, p. 14. Ces développements sont présents à l'identique dans la 27^{ème} édition de son ouvrage, parue en 2002, avec, en plus, des développements sur la « *forte demande éthique* » qui conduit « *à la construction de morales professionnelles, qui exigent du professionnel quelque chose de plus que la stricte exécution de ses engagements juridiques. Le droit n'ignore pas ces morales : parfois il les codifie et il pourra toujours en tenir compte dans l'appréciation de la responsabilité professionnelle, disciplinaire ou civile* » : J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, 27^{ème} éd., 2002, n° 16, p. 51. Cf. *infra* note n° 168.

¹¹² « *Les obligations de conscience (...) ont dans la syndérèse, ou remords de conscience, une sanction morale s'exerçant naturellement chez le sujet dont la conscience n'a pas été faussée ni affaiblie par l'intérêt ou la passion, mais au contraire régulièrement instruite* » : R. BARREAU, *op. cit.*, p.1.

¹¹³ « *L'obligation qui s'attache aux règles de droit doit, pour avoir sa pleine efficacité, être pourvue de deux sanctions : la contrainte sous toutes ses formes ; l'assentiment moral. La contrainte seule ne suffit pas.* » : L. C. TANON, *L'évolution du droit et la conscience sociale*, thèse, Félix Alcan Éditeur, 3^{ème} éd., 1911, p. 170. Selon Arnaud Teissier, « *tout système, aussi répressif soit-il, ne sera doté d'une quelconque efficacité qu'à la condition d'être approuvé par la conscience. Il est alors indispensable que l'appareil législatif et jurisprudentiel visant à introduire une exigence morale dans le cœur contractuel soit plutôt incitatif, suggestif. En effet, un système trop rigoureux risque de ne pas être adopté, de ne pas être accepté par les partenaires contractuels.* » : A. TEISSIER, *La loyauté dans les relations de travail*, dir. B. TEYSSIE, thèse soutenue le 28 juin 1997 au sein de l'Université Paris II, p. 19-20.

¹¹⁴ L'auteur commence par rappeler que « *« Le droit ne saurait dans la rigidité de ses formules et la généralité de ses règles abstraites donner à l'activité humaine une règle de conduite qui soit respectée sans être justifiée. Les tribunaux savent bien que l'appel à la loi morale peut lui servir à renforcer, atténuer ou affiner la règle juridique* », G. RIPERT, *La règle, morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1949, p. 8, n° 4.

première fois en 1761, comme « *celle qui, dans le for de l'honneur et de la conscience, oblige celui qui l'a contractée à l'accomplissement de ce qui y est contenu* »¹¹⁵. Au tout début du 20^{ème} siècle, le Professeur Marcel Planiol enseignait que l'obligation naturelle se distingue de l'obligation civile « *en ce que le créancier naturel n'a aucun moyen pour contraindre son débiteur* »¹¹⁶. Pour le Professeur Georges Ripert, « *l'obligation naturelle est un devoir moral qui monte à la vie civile* »¹¹⁷. Le Professeur Jean Carbonnier expliquait que, dans le mécanisme de l'obligation naturelle, la loi intervient « *pour m'interdire un retour en arrière, le regret d'avoir obéi à ma conscience* »¹¹⁸. Quant au Professeur Philippe Le Tourneau, il se demande « *qu'est-elle, dans sa pureté, sinon un devoir subjectif de conscience ?* »¹¹⁹. La Cour de cassation enjoint quant à elle, de façon constante, aux juges du fond de rechercher si l'individu, en s'engageant, n'a pas « *voulu exécuter un devoir de conscience* »¹²⁰ et « *ainsi transformer une obligation naturelle en une obligation civile* »¹²¹. En effet, de telles obligations peuvent produire des effets juridiques dès l'instant où le débiteur s'exécute volontairement¹²², à l'image du paiement délibéré d'une dette prescrite ou de la « *dette d'un failli qui a obtenu son concordat* » et est revenu « *à meilleure fortune* »¹²³.

¹¹⁵ Cité par : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, Tome deuxième, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 5^e éd., 1909, p. 121, n°337.

¹¹⁶ Ainsi, le créancier naturel ne peut espérer le paiement de l'obligation naturelle que de la libre volonté du débiteur car « *toutes les voies d'exécution, directes ou indirectes, lui sont absolument refusées. L'obligation naturelle peut ainsi être définie : une obligation reconnue par la loi mais seulement au cas où le débiteur consent à l'exécuter.* » : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, Tome deuxième, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 5^e éd., 1909, p. 121, n°337.

¹¹⁷ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, LGDJ, n° 192, p. 374

¹¹⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome premier, Introduction à l'étude du droit et Droit des personnes*, PUF, 1962, 4^{ème} éd., n°16, p. 52

¹¹⁹ « *Tant qu'elle n'est pas exécutée, elle est naturelle, en ce sens qu'elle ne relève que de la nature, pouvant s'entendre ici comme un sursaut instinctif de la conscience, et point du droit (aucune exécution forcée n'est possible). Mais une fois que cette obligation morale est volontairement accomplie, elle se mue en obligation juridique de par la loi, du moins quant à un effet important : la validité du paiement* » : Ph. Le TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Essai, Dalloz, Dunod, 2000, p. 67.

¹²⁰ Le Professeur François Terré nuance la place du devoir de conscience dans l'origine de l'obligation naturelle : « *Pourquoi ici une obligation naturelle, et pas là, alors que les deux situations sont très voisines, sinon identiques ? (...) on peut être troublé en observant qu'il peut exister des obligations naturelles là où ne se pose pas vraiment une question de conscience individuelle, et vice versa. En revanche, l'existence et le régime de l'obligation naturelle se comprennent beaucoup mieux si l'on se réfère à l'intérêt social.* » : F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2015, 10^{ème} éd., p. 19-20, n° 22 ; citant M. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, thèse Paris, éd. 1957, p. 15 et s.

¹²¹ Cass. civ. 1^e, 17 novembre 1999, n° 97-17541, inédit (à propos de l'offre, qui aurait été retirée avant d'avoir été acceptée, faite par un individu de laisser un immeuble à la disposition de son ancienne concubine, qui a obtenu la garde des enfants) ; Cass. civ. 1^e, 3 octobre 2006, n° 04-14.388, Bull. civ. I, n° 428 (à propos d'un individu qui, après s'être désisté de son action en recherche de paternité naturelle, s'est engagé à lui verser, à titre de subsides, une somme mensuelle jusqu'à la fin de ses études aux termes d'un accord formalisé).

¹²² L'alinéa 2 de l'ancien article 1235 du Code civil, abrogé par l'ordonnance n° 2016-131, disposait que « *la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées* ».

¹²³ Il s'agit de l'un des exemples donnés par Marcel Planiol dans son *Traité*.

25. Le droit à la liberté de conscience morale. Dès lors qu'il est question de conscience morale, le lien avec la liberté¹²⁴ qui lui est chère ne tarde pas à être établi. La liberté de conscience est synonyme d'« *autonomie morale* » et peut être décrite comme le « *droit fondamental de se déterminer dans ses convictions philosophiques, religieuses, idéologiques, politiques, etc.* »¹²⁵, les convictions étant entendues comme des principes qu'un individu tient pour fondamentaux car il est convaincu par leur véracité ou par la justice de la cause qu'ils servent. Comme l'expliquait Portalis, cette liberté est le propre de l'homme : « *Voulons-nous former des hommes ou des esclaves ? Des esclaves ? Rendez beaucoup de lois qui gênent les opinions, qui compriment la pensée et qui, par la contrainte, façonnent les hommes à la servitude. Des hommes ? Laissez-leur la liberté, et surtout celle de leur conscience* »¹²⁶. Le Professeur Jean Rivero parlait plus largement de « *liberté de pensée* » définie comme « *la possibilité pour l'homme de choisir ou d'élaborer lui-même les réponses qu'il entend donner à toutes les questions que lui pose la conduite de sa vie personnelle et sociale, de conformer à ces réponses ses attitudes et ses actes, et de communiquer aux autres ce qu'il tient pour vrai* »¹²⁷. Cette liberté est d'ailleurs étroitement proche de la liberté d'expression, bien qu'elle ne recouvre que les facettes externes de la liberté de conscience. Certes, que reste-t-il de la conscience morale d'un homme qui ne peut ni l'exprimer ni, plus généralement, agir selon les préceptes de cette dernière ?¹²⁸ Il ne reste qu'un secret profondément enfoui, une petite voix interne qui sera tue sous peine de sanction inique.

¹²⁴ À propos de la liberté de conscience : « *Elle seule permet de parler de sujet moral, d'individu si vous préférez, ayant une conscience, et de responsabilité* » : Ph. Le TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Essai, Dalloz, Dunod, 2000, p. 43.

¹²⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^{ème} éd., 2018, entrée « *conscience* », p. 239.

¹²⁶ PORTALIS, *Discours*, Séance du 11 frimaire, l'an cinquième de la République française (1^{er} décembre 1796), in *Journal des débats et des décrets*, n°403, Corps législatif, Conseil des Cinq-cents, p. 147.

¹²⁷ Il précisait qu'« *au cœur même de la liberté de pensée, la liberté d'opinion est la liberté de choisir sa vérité, dans quelques domaines que ce soit. Elle prend, lorsqu'elle a pour objet l'attitude de l'homme à l'égard de la morale et de la religion, le nom de liberté de conscience* » : J. RIVERO, *Les libertés publiques*, tome II, *Le régime des principales libertés*, PUF, 6^e éd. 1997, p. 152-153. Il est cité par le Professeur Jean Morange qui ajoute qu'« *au plus profond de la conscience individuelle, elle correspondrait à la liberté de croyance ou d'incroyance (...). Une seconde strate correspondrait, quant à elle, à la liberté d'adhérer aux convictions de son choix, notamment dans le domaine de la philosophie et de la morale. (...) Enfin, à un niveau qualifié (peut-être à tort) de plus superficiel ou, de façon plus imagée encore, de plus « épidermique », on trouverait la liberté des opinions et des idées portant soit sur les sujets les plus dignes d'intérêt, soit, apparemment sur les plus futiles et, surtout, comprenant des opinions plus ou moins mûrement raisonnées* » : J. MORANGE, *La liberté de conscience en droit comparé*, in *La conscience et le droit*, Actes du XVIII^e colloque national de la Confédération des Juristes Catholiques de France, Pierre Téqui éditeur, 2002, p. 31.

¹²⁸ À propos de la liberté d'opinion : « *Mais que serait la liberté d'opinion si elle ne pouvait se manifester par la parole, par l'écrit ou par le comportement ?* » : J.-M. OLIVIER, *Liberté d'opinion du salarié*, in *La personne en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Éditions Panthéon-Assas, 1999, p. 61.

26. La protection de cette liberté en droit français. Il faut attendre la loi du 9 décembre 1905, relative à la séparation de l'Église et de l'État, pour voir proclamer expressément la liberté de conscience en son article premier : « *La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public* »¹²⁹. En 1949, le Conseil d'État a déclaré que la liberté de conscience est un principe général du droit¹³⁰. Il avait aussi jugé que la liberté de culte¹³¹ et le principe du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion¹³² sont des libertés fondamentales permettant de saisir le juge administratif des référés en cas d'atteinte. La protection de la liberté de conscience est devenue d'autant plus effective depuis que le Conseil constitutionnel l'a constitutionnalisée en 1977, en la reconnaissant comme appartenant aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, au regard de l'article 10 de la Déclaration de 1789 et du Préambule de la Constitution de 1946¹³³. À cette occasion, un commentateur avait alors fait remarquer que la notion de liberté de conscience n'est pas toujours évidente à cerner en raison des différentes approches doctrinales dont elle peut faire l'objet¹³⁴. La première approche est restrictive et l'appréhende comme une composante de la liberté religieuse, qui comprend la liberté de croire et celle de ne pas croire¹³⁵. La deuxième approche est extensive et l'entend comme une liberté d'adhésion aux

¹²⁹ Selon le Professeur Alain Supiot, « *la liberté des cultes se présente ainsi comme la face publique de la liberté de conscience, déjà consacrée par la Déclaration de 1789* » : A. SUPIOT, *Commentaire de l'Avis sur la laïcité adopté par l'Assemblée plénière du CNCDH le 26 septembre 2013*, in *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*, dir. C. LAZERGES, Dalloz, 2016, n° 4, p. 302. L'article 31 de la loi du 9 décembre 1905 a créé le délit d'atteinte à la liberté de culte, puni d'une amende prévue pour les contraventions de la 5^{ème} classe et d'un emprisonnement de six jours à deux mois, ou de l'une de ces deux peines. Un salarié a invoqué cet article en soutenant avoir été contraint par son employeur de jurer selon les formes de la religion islamique, à laquelle il appartient, que son collègue l'avait frappé. Dans cette affaire, les juges du fond et la Cour de cassation ont considéré que l'infraction d'atteinte à la liberté du culte n'était pas établie car il n'était pas établi que l'employeur soit à l'origine de la crainte de perdre son emploi qu'aurait ressentie le plaignant s'il ne prêtait pas le serment : Cass. crim., 12 mai 1987 ; Gaz. Pal. 1988, Janv.- Fév. 1, recueil des sommaires, Cass. crim. p. 2.

¹³⁰ CE Ass., 1^{er} avril 1949, *Chaveneau*, Rec. p. 161 ; D. 1949, p. 531, note L. ROLLAND.

¹³¹ CE ord., 25 août 2005, *Commune de Massat*, n° 284307, Rec. p. 386 ; B. QUIRINY, *La liberté de culte a le caractère d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA*, JCP G 2006, 10024.

¹³² CE ord., 24 février 2001, *Tibéri*, n°230611, Rec. p. 85 ; R. GHEVONTIAN, *Le référé-liberté : une procédure prometteuse*, D. 2001, p. 1748.

¹³³ Cons. const., 23 novembre 1977, n° 77-87 DC ; note J. RIVERO, *AJDA* 1978, p. 565 ; L. FAVOREU et L. PHILIP, *GDCC*, Dalloz, 14^{ème} éd., 2007, n° 24, p. 332 ; confirmée par : Cons. const., 27 juin 2001, n° 2001-446 DC ; P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. LELIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVA et A. ROUX, *GDCC*, Dalloz, 18^{ème} éd., 2016, n° 15, p. 197 ; cf. *infra* n° 65 et note n° 298.

¹³⁴ J.-F. FLAUSS, *Le Conseil constitutionnel et la liberté d'opinion des maîtres des établissements privés d'enseignement liés à l'État par un contrat d'association*, *Gaz. Pal.* 1978, I, p. 293 ; cité par L. FAVOREU et L. PHILIP, *GDCC*, 14^{ème} éd., 2007, n°24, p. 341.

¹³⁵ C'est la vision qui ressort de la définition de la liberté religieuse de la version du Vocabulaire juridique de 1930 : « 8° *La liberté religieuse : droit pour l'individu de croire ou de ne pas croire (liberté de conscience)*,

opinions quelles qu'elles soient, englobant aussi les opinions philosophiques, politiques et sociales¹³⁶. Enfin, la troisième approche est analytique en ce qu'elle lui donne un caractère autonome par rapport à la liberté d'opinion et à la liberté religieuse¹³⁷, l'assimilant à la liberté de croyance¹³⁸.

27. La protection de cette liberté en droit international. La liberté de conscience a également été affirmée à d'autres niveaux, par des textes ayant une portée à vocation universelle. Après la Seconde Guerre mondiale et ses abominations, l'article premier de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 aborde la conscience sous un angle primordial en jugeant utile de réaffirmer d'abord que « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité* ». Plus éloigné dans le texte, l'article 18 affirme que « *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion* »¹³⁹

d'exprimer et d'enseigner cette croyance (liberté d'opinion) et d'exercer publiquement le culte correspondant à la croyance (liberté de culte) ». Il faut en outre préciser que la liberté de conscience n'y a pas sa propre définition (à l'inverse de la liberté d'opinion) : *Vocabulaire juridique*, dir. H. CAPITANT, Les PUF, 1930, entrée « Liberté », p. 310-311.

¹³⁶ Pour André Laubadère, la liberté d'opinion « *fait une distinction fondamentale entre l'adhésion aux opinions, qui met en cause la liberté de conscience (lato sensu) et l'extériorisation des opinions, qui met en cause la liberté d'expression* ». Il confirme plus loin que la liberté de conscience est « *la liberté d'adhérer aux opinions (religieuses, philosophiques, politiques) de son choix* » : A. LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, tome 2, 6^{ème} éd., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1978, p. 81. Dans son étude sur la liberté d'opinion du salarié, le Professeur Jean-Michel Olivier considère qu'« *on peut admettre que la liberté d'opinion renferme la liberté de conscience, comme du reste la liberté de croyance* » : J.-M. OLIVIER, *Liberté d'opinion du salarié*, in *La personne en droit du travail*, dir. B. TEYSSIE, Éditions Panthéon-Assas, 1999, p. 61.

¹³⁷ Dans sa thèse, le Professeur Dominique Fenouillet a écrit que la définition de la conscience doit « *se garder de deux extrêmes, auxquels aboutissent souvent les auteurs qui ont étudié la liberté de conscience : restreindre la conscience aux seuls impératifs religieux ou la noyer dans les opinions du sujet* » : D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, préf. G. CORNU, LGDJ, 1993, p. 3, n° 6.

¹³⁸ À propos de l'ancien article 2 de la Constitution, selon lequel la France est une République laïque et qui respecte toutes les croyances, et dont le premier alinéa est devenu l'article 1^{er} lors de la réforme par la loi constitutionnelle n° 95-88 du 4 août 1995 : « *C'est la définition de la liberté de conscience. (...) Les « croyances » ne sont pas les « opinions ». Les premières se rattachent au credo philosophique ou religieux de chaque individu. Elles se situent donc à un niveau différent des secondes considérées comme de simples manières de penser sur n'importe quel sujet même secondaire* ». L'auteur ajoute que « *juridiquement, il n'est pas niable que, sinon la liberté religieuse, du moins la liberté d'opinion ait été érigée en principe autonome au même titre que la liberté de conscience* » : Ph. BRAUD, *La notion de libertés publiques en droit français*, préf. G. DUPUIS, LGDJ Lextenso éditions, 2015 (précisant que l'édition originale est parue en 1968), p. 307 et 338. Concernant la décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975, les auteurs de l'édition de 1975 des Grandes décisions expliquent que, en faisant référence à l'ancien article 2 de la Constitution qui mentionne le respect de toutes les croyances, le Conseil constitutionnel relève que la loi ne porte pas atteinte à la liberté de conscience : L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, Sirey, 1975, p. 374.

¹³⁹ Il est également prévu à cet article que « *ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites* ».

et l'article 19 rappelle que « *tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression* ». Quelques années plus tard, l'article 18 du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 a insisté lui aussi sur le principe selon lequel « *toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion* » tandis que l'article 19 énonce notamment que « *Nul ne peut être inquiété pour ses opinions* » et que « *Toute personne a droit à la liberté d'expression* ».

28. La protection de cette liberté en droit européen. Au niveau du Conseil de l'Europe, l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (ci-après « CESDH ») du 4 novembre 1950, applicable dans les 43 États membres, déclare solennellement que « *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites* ». Il est en outre précisé que « *La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». Cet article présente la même structure que celle de l'article 10 de la Déclaration de 1789¹⁴⁰ puisqu'il traite d'abord de la liberté de conscience, telle que relevant du for interne de chacun, avant d'en aborder les manifestations extérieures¹⁴¹. En réalité, ce choix de structure révèle que si les manifestations extérieures de la liberté de conscience peuvent être règlementées, les choix de conscience vivant en notre sein ne peuvent faire l'objet d'aucune règlementation. La liberté d'expression, qui « *comprend la liberté d'opinion* », est abordée au sein de l'article 10.

¹⁴⁰ L'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 entérine le droit à la liberté d'opinion, synonyme ici de liberté de conscience : « *nul homme ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public par la loi* ». Il est utilement complété par l'article 11 rappelant que « *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* ».

¹⁴¹ C. WAQUET, *Le droit à la liberté de conscience*, in *Droit, Liberté et Foi*, École cathédrale, Institut de formation continue du Barreau de Paris, éd. Mame Cujas, 1993, p. 84.

III – La conscience et le droit social

29. Présentation de l'objet de l'étude. Pour terminer la présentation de la conscience en droit social¹⁴², il est temps de s'intéresser plus particulièrement à la branche juridique de cette étude, le droit social qui, dans son acception française classique¹⁴³, embrasse le droit du travail et le droit de la protection sociale¹⁴⁴ (A), et de donner un aperçu des liens qu'il a pu tisser avec la conscience (B).

A – Le droit social

30. Droit du travail *stricto sensu*. Traditionnellement, le droit du travail désigne le droit du travail « *salarié* ». Comme son nom l'indique, il régit les relations de travail aussi bien individuelles, entre un employeur et son salarié, que collectives entre employeurs et représentants du personnel. À la base de ce droit, se trouve le contrat de travail, contrat par lequel un individu fournit une prestation de travail en échange d'une rémunération, qui lui sera versée par une personne sous la subordination de laquelle il se place. Les ancêtres du contrat de travail étaient le contrat de louage d'ouvrage, très mobilisé dans la première partie du 19^{ème} siècle, puis celui de louage de services¹⁴⁵. En effet, le droit français du travail s'est construit sur le travail subordonné et même davantage sur le concept de subordination que sur celui de

¹⁴² La conscience du droit social, ou plus exactement du créateur de la norme – législative, réglementaire et prétorienne – de droit social, est exclue de cette étude, qui entend se concentrer sur les différentes parties à la relation de travail. Une exception est cependant réservée à la conscience des partenaires sociaux, représentants des employeurs et représentants des travailleurs, qui sont eux aussi susceptibles de participer à l'élaboration de la norme en droit social.

¹⁴³ Pour une proposition de réponse à la question « *la somme du droit du travail et du droit de la protection sociale comprenant bien entendu le droit de la Sécurité sociale équivaut-elle précisément au droit social, ou bien y-a-t-il une différence de sens, fût-elle légère dès lors qu'il y a différence d'appellations ?* » : J.-P. LABORDE, *Sécurité sociale, protection sociale, droit de la sécurité sociale, droit de la protection sociale, droit social. Quelques réflexions (pas seulement) terminologiques*, in *Le travail humain au carrefour du droit et de la sociologie, Hommage au Professeur Nikitas Aliprantis*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2014, p. 201.

¹⁴⁴ Le droit social comprend quatre cercles de droits. Le premier cercle est celui « *des droits sociaux universaux* », c'est-à-dire garantis à tous indépendamment de tout travail, comme l'assurance maladie ». Le deuxième cercle est celui « *des droits fondés sur le travail non professionnel* », comme les avantages retraite liés à l'éducation des enfants. Le troisième cercle est celui « *du droit commun de l'activité professionnelle* », comme les règles d'hygiène et de la sécurité. Le quatrième cercle est celui « *du droit propre au travail salarié (l'emploi), qui ne devrait contenir que les dispositions directement liées à la subordination* » : *Au-delà de l'emploi*, dir. A. SUPIOT, Flammarion, 1999, p. 82.

¹⁴⁵ Dans le louage d'ouvrage, l'ouvrier promettait un travail réalisé à son patron, si bien que ce contrat s'imposait pour tout travail payé à la pièce. Dans le louage de services, comme son nom l'indique, l'ouvrier louait ses services, de sorte qu'il était originellement réservé aux travailleurs non qualifiés, payés au temps : C. WOLMARK, *Quelle place pour le travail dans le droit du travail ?*, Dr. soc. 2016, p. 439. La situation ici décrite est donc inverse à celle que connaissaient les « *hommes de conscience* » de l'imprimerie : cf. *supra* §1.

travail¹⁴⁶. Or, depuis le célèbre arrêt « *Société générale* » de 1996, la subordination est entendue comme devant être strictement juridique et doit rimer avec une série de trois pouvoirs indissociables que sont le pouvoir de donner des ordres, le pouvoir d'en contrôler l'exécution et le pouvoir d'en sanctionner les manquements¹⁴⁷. Toutefois, le critère de la dépendance économique n'a pas disparu des débats doctrinaux, certains auteurs proposant de le réintroduire dans la définition du contrat de travail, afin de placer sous sa coupe la plupart des nouvelles formes de relations de travail¹⁴⁸.

31. Droit du travail *largo sensu*. Dans le cadre de cette étude, le droit du travail doit être appréhendé au sens large pour couvrir l'ensemble des formes légales et consenties du travail humain. À ce titre, la subordination n'est d'ailleurs pas vécue que par les salariés et il convient de se pencher également sur le droit de la fonction publique, qui régit les relations de travail liant les fonctionnaires et agents contractuels à la personne morale publique qui les emploie. Si le texte emblématique du droit du travail privé est le Code du travail¹⁴⁹, les fonctionnaires sont quant à eux soumis à un statut général composé d'une loi commune¹⁵⁰ et de trois lois propres à chaque fonction publique existante¹⁵¹. Il existe aussi un « *droit du travail indépendant* »¹⁵². Les travailleurs indépendants sont quant à eux supposés garder la maîtrise sur le produit de leur travail, qu'ils peuvent vendre et retenir tant qu'ils ne sont pas payés par

¹⁴⁶ C. WOLMARK, *art. préc.*, p. 439.

¹⁴⁷ Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, Bull. V, n° 386 ; Dr. soc. 1996, p. 1067, note J.-J. DUPEYROUX ; RDSS 1997, p. 847, note J.-C. DOSDAT ; JCP E 1997, n° 5, p. 21, note de J. BARTHÉLÉMY.

¹⁴⁸ Le groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), présidé par le Professeur Emmanuel Dockès, propose d'introduire une définition du contrat de travail dans sa proposition de code et, surtout, de remettre le critère de la dépendance économique au goût du jour. Ainsi, par exemple, l'article L. 11-2 dispose que « *le salarié est une personne physique qui exécute un travail sous le pouvoir ou sous la dépendance d'autrui* » et l'article L. 11-5 définit la dépendance économique comme « *la situation de faiblesse qui peut être constatée lorsqu'une personne tire la part essentielle de ses revenus du rapport de travail qu'elle a avec une autre personne* » ou « *lorsque l'activité d'une personne dépend des moyens ou de l'autorisation d'autrui* » : GR-PACT, *Proposition de code du travail*, Dalloz, 2017. Selon le Professeur Alain Supiot, « *l'adoption de ce critère serait un facteur de simplification du droit du travail, en même temps qu'il permettrait d'indexer le degré de protection du travailleur sur celui de sa dépendance* » : A. SUPIOT, *Pour une réforme digne de ce nom, Et si l'on refondait le droit du travail*, Le Monde diplomatique, octobre 2017, p. 1, 22 et 23.

¹⁴⁹ Certains principes généraux du droit du travail privé doivent cependant être appliqués dans les fonctions publiques : P.-Y. VERKINDT, *Le droit du travail*, Dalloz, 2005, p. 20. Tel est le cas, par exemple, de l'interdiction de rémunérer les agents non titulaires en deçà du SMIC (CE, 23 avril 1982, *Ville de Toulouse c/ Mme Aragnou*, Rec. p. 152), de l'interdiction de pratiquer des amendes pécuniaires (CE, Ass., 1^{er} juillet 1988, *Billard et Voile*, Rec. p. 268) : J. MEKHANTAR, *Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques*, AJFP 2000, p. 21.

¹⁵⁰ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

¹⁵¹ Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État ; Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale ; Loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

¹⁵² P.-Y. VERKINDT, *op. cit.*, p. 20.

leur cocontractant, mais ils assument la responsabilité en cas de dommage causé par ce produit¹⁵³. Toutefois, ces travailleurs peuvent eux aussi faire l'expérience de la subordination, mais économique cette fois-ci et certaines professions libérales emblématiques – comme les avocats, les notaires ou les médecins – peuvent dorénavant être exercées à titre salarié¹⁵⁴. En outre, il faut aussi s'intéresser aux relations de travail telles qu'encadrées par d'autres États et d'autres ordres juridiques supranationaux. Cette étude doit donc être enrichie grâce aux analyses de droit européen, international et comparé.

32. Droit de la protection sociale, au-delà du travail. Le droit de la protection sociale englobe quant à lui l'ensemble des mécanismes qui visent à protéger les personnes physiques contre les risques sociaux susceptibles d'affecter leur capacité de gain. Son champ d'application personnel est le plus large possible puisqu'il comprend les travailleurs *largo sensu*, les chômeurs qui ont perdu leur travail, les invalides qui ne peuvent pas ou plus travailler, les retraités qui ont travaillé, les rentiers qui n'ont pas besoin de travailler, les familles qui donnent naissance aux futurs travailleurs et les ressortissants étrangers qui n'ont pas le droit de travailler. Le noyau dur du droit de la protection sociale correspond au droit de la sécurité sociale, avec les régimes obligatoires de base et de retraite complémentaire. Mais il englobe aussi les régimes facultatifs complémentaires de prévoyance et supplémentaires – ou surcomplémentaires – de retraite qui couvrent les mêmes risques que les régimes légaux ou de base, ainsi que les mécanismes de l'assurance chômage¹⁵⁵. Enfin, il ne faut pas oublier son dernier composant¹⁵⁶, issu du droit public, le droit de l'aide et de l'action sociale, qui vient au secours des personnes qui sont dans le besoin¹⁵⁷.

¹⁵³ C. WOLMARK, *art. préc.*, p. 439.

¹⁵⁴ P.-Y. VERKINDT, *op. cit.*, p. 20.

¹⁵⁵ P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 8^{ème} édition, 2017, n° 16, p. 11 ; E. JEANSEN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 2^{ème} édition, 2015, n° 1, p. 1.

¹⁵⁶ Contrairement aux auteurs cités ci-dessus, le Professeur Pierre-Yves Verkindt présente le droit de l'aide et de l'action sociale séparément du droit de la protection sociale : P.-Y. VERKINDT, *op. cit.*, p. 19.

¹⁵⁷ Selon la formule de l'article L. 111-1 du CASF, « l'aide sociale est un ensemble d'aides légales auxquelles les personnes ont droit lorsqu'elles se trouvent dans le besoin et dont la délivrance revêt un caractère obligatoire pour les personnes publiques ». L'aide sociale « repose toujours sur des collectivités publiques, même si celles-ci peuvent associer divers acteurs, notamment privés ». L'action sociale « au sens strict repose sur l'idée de libre initiative de ses promoteurs, qu'ils soient publics, semi-publics ou privés : l'action sociale est donc un ensemble d'interventions, librement ou au moins discrétionnairement mises en œuvre par divers acteurs, qui viennent soit remédier aux carences des autres formes d'aide ; notamment l'aide sociale, soit se proposent d'améliorer ou d'élargir les autres formes de protection sociale » : M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, LGDJ Lextenso éditions, 9^{ème} édition, 2015, n° 67, p. 96.

B – La conscience au travail

33. La protection de l'objet du droit social. Le droit social et, *a fortiori*, ses composantes ont donc vocation à protéger le travail sous toutes ses formes. Quel que soit l'acte – contrat de travail, statut, contrat de collaboration ou autres – sur lequel la relation de travail est fondée, certains principes essentiels des contrats de droit civil doivent être respectés. Lors de la conclusion de l'acte fondateur, il faut d'abord s'assurer que les parties à la relation sont conscientes psychologiquement parlant, en vérifiant leur consentement. À ce titre, l'article L. 1221-1 du Code du travail énonce par exemple que le contrat de travail répond aux conditions de droit commun, notamment celles liées au consentement et à la capacité de consentir¹⁵⁸. Cela n'a pas empêché certains auteurs de relever, dès les années 1950, que dans la majorité des cas, le salarié se contente d'adhérer au contenu du contrat, sans avoir pu en discuter librement et préalablement avec l'employeur¹⁵⁹. Ensuite, du début à la fin de la relation de travail, voire parfois au-delà de celle-ci, il est attendu des parties qu'elles s'en remettent à leur conscience morale, à travers l'obligation de loyauté. L'ancien alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil, devenu l'article 1104 par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, dispose que l'obligation d'exécution de bonne foi est le propre de toute convention. De cette obligation, découle celle plus précise de loyauté¹⁶⁰, qui est inhérente à toute relation de

¹⁵⁸ Le Code du travail encadre strictement la conclusion d'un contrat de travail par un mineur non émancipé, qui doit être assisté de son représentant légal. La protection des majeurs par le droit du travail tend à respecter les différents degrés d'altération des facultés mentales prévues par le droit commun. Ainsi, les juges du fond et du droit ont déjà admis l'application de l'article 414-1 du Code civil à la démission d'un salarié : Cass. soc., 8 juill. 1980, n° 79-40.238, Bull. civ. n° 618 ; CA Pau, 26 juin 1992, Juris-Data n° 045660. Dans les cas plus encadrés de la sauvegarde de justice, de la curatelle ou des différents régimes de tutelle, il convient de vérifier les pouvoirs du mandataire, du curateur ou du tuteur, garants de la conscience du majeur de s'engager dans un travail. Ce contrôle doit être le même dans la situation inverse où l'employeur serait un majeur protégé, à l'image de la personne âgée ayant besoin de recourir aux services d'une tierce personne pour prendre soin de son foyer ou de sa personne : G. CHAMPENOIS, *Capacité, incapacité et contrat de travail*, in *La personne en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, éd. Panthéon-Assas, 1999, p. 10.

¹⁵⁹ Les auteurs précisaient néanmoins que « *le déclin de la libre discussion du contrat de travail qui s'est produit pour la masse des travailleurs de l'industrie, ne se rencontre pas lorsque le travailleur continue d'être recherché pour ses qualités personnelles, et non comme simple unité de production dont la personnalité importe peu. Le salarié peut alors poser, dans une certaine mesure, ses conditions, et la discussion des conditions de travail reprend un sens* » : J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF, 1^{ère} éd., 1956, p. 313 et 315. Dans l'édition de 1991, ils écrivent que sous l'empire du seul Code civil, « *en fait, l'employeur était le plus souvent en mesure de dicter ses conditions au travailleur, qui se bornait à y adhérer. Le contrat de travail est demeuré aujourd'hui un contrat d'adhésion mais la liberté de l'employeur dans la détermination des clauses contractuelles est étroitement limitée par une réglementation impérative* » : J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF, 12^e éd., 1991, p. 412.

¹⁶⁰ En revanche, il ne faut pas confondre la loyauté et le loyalisme, qui « *impose au salarié le respect des « dogmes » et « valeurs » développées par son entreprise, une fidélité renforcée à l'égard de la communauté à laquelle il est attaché* ». Il n'y a que « *dans les entreprises de tendance et dans celles qui adoptent une démarche éthique* » que sa présence peut ne pas surprendre : A. TEISSIER, *La loyauté dans les relations individuelles de*

travail et n'a nul besoin d'être stipulée par une clause expresse. Selon Arnaud Teissier, dans le cadre du contrat de travail, « *la loyauté doit réveiller la conscience de l'employeur et du salarié* », que cette dernière soit psychologique ou morale¹⁶¹. Elle entre aussi dans le champ des relations collectives de travail par le jeu de l'article L. 2262-4¹⁶². D'après Sonia Ben Hadj Yahia, la conscience est à la base de la fidélité, qui mène au respect de la parole donnée et permet de dépasser le seul cadre juridique¹⁶³. Ainsi, la relation de travail devrait reposer, au-delà du lien de subordination, sur la conscience en ce qu'elle participe de la fidélité et de la loyauté. Durkheim avait déjà lié l'idée de loyauté avec celle de fidélité et celle de « *conscience morale des professions* » dans « *De la division du travail social* »¹⁶⁴.

34. La protection du sujet du droit social. Mais le travail doit impérativement être différencié des autres « *objets* » de contrat et ne pas être traité comme une simple marchandise¹⁶⁵, comme le rappelle l'article premier de la Déclaration de Philadelphie de l'Organisation internationale du travail (ci-après « OIT »). En effet, le droit social, qui est lui-

travail, dir. B. TEYSSIE, thèse soutenue le 28 juin 1997 au sein de l'Université Paris II, p. 25 ; citant : « *il faut être fidèle, mais il ne faut pas devenir un fidèle de son entreprise* » : J.-E. RAY, *La loyauté dans les rapports de travail*, AFDT, réunion du 14 mai 1993, p. 6.

¹⁶¹ Dans la relation de travail, « *apparaît la nécessité de dépasser la recherche exclusive d'intérêts égoïstes. Chacun doit alors prendre conscience de l'existence de son partenaire et trouver sa place à ses côtés pour une meilleure réalisation de l'œuvre contractuelle. Il y a là une conception de la relation de travail qui possède une connotation morale. La nécessité pour le salarié et l'employeur de savoir distinguer le « bien » du « mal » introduit la référence morale dans les relations individuelles de travail. Mais l'intérêt majeur d'une telle analyse se situe en définitive un peu plus en aval. Elle fait apparaître l'importance de la « responsabilisation » individuelle : chaque partenaire doit agir en conscience.* », A. TEISSIER, *op. cit.*, p. 19.

¹⁶² Cet article est devenu l'article L. 2262-4 du Code du travail mais est toujours formulé de la même façon : « *Les organisations de salariés et les organisations ou groupements d'employeurs, ou les employeurs pris individuellement, liés par une convention ou un accord, sont tenus de ne rien faire qui soit de nature à compromettre l'exécution loyale. Ils ne sont garants de cette exécution que dans la mesure déterminée par la convention ou l'accord* ».

¹⁶³ S. BEN HADJ YAHIA, *La fidélité et le droit*, thèse, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, 2013, n°50, p. 44-45.

¹⁶⁴ Dans la préface de la seconde édition de son ouvrage « *De la division du travail social* », Émile Durkheim écrit que « *la morale professionnelle n'existe véritablement qu'à l'état rudimentaire.(...) si l'on essayait de fixer en un langage un peu défini les idées en cours sur ce que doivent être les rapports de l'employeur avec l'employé, de l'ouvrier avec le chef d'entreprise, des industriels concurrents les uns avec les autres ou avec le public, quelles formules indéçises on obtiendrait ! Quelques généralités sans précision sur la fidélité et le dévouement que les salariés de toutes sortes doivent à ceux qui les emploient, sur la modération avec laquelle ces derniers doivent user de leur prépondérance économique, une certaine réprobation pour toute concurrence trop ouvertement déloyale, pour toute exploitation par trop criante du consommateur, voilà à peu près tout ce que contient la conscience morale de ces professions. De plus, la plupart de ces prescriptions sont dénués de tout caractère juridique ; elles ne sont sanctionnées que par l'opinion, non par la loi (...). Une morale aussi imprécise et aussi inconsistante ne saurait constituer une discipline* » : E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, PUF, 2017, Préface de la seconde édition, p. II.

¹⁶⁵ « *Dans sa vie professionnelle, le salarié loue sa force de travail ; il ne « vend » pas sa personne.* » : Y. PAGNERRE, *Contrôle de l'activité du salarié, À propos de la surveillance exercée par un service interne à l'entreprise*, chron., RJS 2/15, p. 11 et s.

même le fruit d'un processus d'éveil des consciences¹⁶⁶, protège, avant tout, les sujets de droit que sont les travailleurs, présents, passés et futurs. D'une part, le travail exercé – ou son absence – a un impact direct sur l'identité de l'individu et sa place au sein de la société. Il participe ainsi directement de la conscience psychologique que la personne a d'elle-même. D'autre part, en concluant un contrat de travail ou de collaboration ou en adhérant à un statut, l'individu met à disposition de l'employeur son corps, sa part physique, mais aussi sa conscience morale, sa part métaphysique¹⁶⁷. Rassemblés, ces deux pans de la conscience forment la conscience professionnelle, déjà abordée plus haut avec les typographes. Elle trouve aussi sa place dans le « *Vocabulaire juridique* » en tant que « *connaissance et pratique du devoir d'état* » ou « *claire perception, pour celui qui exerce une profession, des devoirs qui y sont attachés et résolution de s'y conformer* »¹⁶⁸. Cette définition permet de comprendre le sens du terme « *conscience* » quand il est utilisé pour encadrer la mission des auxiliaires de justice¹⁶⁹. À ce titre, plusieurs codes juridiques contemporains utilisent alternativement les expressions « *en conscience* » ou « *avec conscience* ». Ainsi, lorsqu'il s'agit d'auto-récusation et donc de refus de juger une cause, les membres de la juridiction de la tarification sanitaire et sociale¹⁷⁰, ceux de la formation de jugement de la Cour nationale du droit d'asile¹⁷¹, les

¹⁶⁶ Les travaux du docteur Villermé dans les manufactures de coton en constituent une illustration puisqu'ils ont permis, avec d'autres travaux similaires, de faire prendre conscience de la situation des enfants au travail et ont mené au vote de la loi du 22 mars 1841 sur le travail des enfants : VILLERMÉ, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, Jules Renouard et C^{ie} Librairies, 1840, consultable en ligne sur Gallica ; cité par B. TEYSSIE, J.-F. CESARO et A. MARTINON, *Droit du travail Relations individuelles*, Lexis Nexis, 2014, 3^{ème} édition, p. 8. En réalité, le docteur Villermé avait constaté que, à défaut de mieux protéger les enfants et les femmes enceintes, il n'y aurait plus de soldats valides en cas de guerre : J.-E. RAY, *Le bien-être au travail*, in *Le bien-être et le droit*, dir. M. TORRESCHAUB, Publications de la Sorbonne, 2016, p. 35.

¹⁶⁷ Ch. GRZEGORCZYK, *Le sujet de droit : trois hypostases*, in *Le sujet de droit*, Archives de philosophie du droit, tome 34, Sirey, 1989, p. 9 et s ; Th. REVET, *L'objet du contrat de travail*, Dr. soc. 1992, p. 859 (« *La liberté du travail fait, alors, d'une partie de la personne un objet potentiel de contrat ; elle rend la force de travail objectivable, donc commercialisable. Elle réalise, ainsi, la première phase de la dissociation purement intellectuelle entre le sujet et sa force de travail, dissociation grâce à laquelle une partie de la personne peut être objet de contrat* ») ; cités par : C. LEFER, *Les droits potestatifs d'une partie contractante, étude de droit du travail*, thèse, dir. J.-M. OLIVIER, 2016, p. 55.

¹⁶⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^{ème} éd., 2018, entrée « *conscience* », p. 239 ; cf. *infra* n° 203 et 211, notes n° 1121 et 1185.

¹⁶⁹ À propos de la conscience de l'avocat, Maître Jean-Marc Varaut écrit : « *La conscience dont il est ici question est évidemment la conscience morale. C'est-à-dire la capacité, antécédente à l'acte à faire ou conséquente à l'acte accompli, de porter sur lui un jugement moral. On doit rapprocher de ce sens ce qu'on nomme la conscience professionnelle : le soin que l'on apporte à son travail. Pour l'avocat, la conscience professionnelle, dont la syntaxe est la déontologie – ce que l'on doit faire et ne pas faire pour « faire son métier » – est incluse dans la conscience morale. Elle en est la déclinaison. Conscience morale et conscience professionnelle se comprennent par la finalité du métier d'avocat qui est aussi une fonction : défendre* » : J.-M. VARAUT, *La conscience de l'avocat*, in *La conscience et le droit*, Actes du XVIII^e colloque national de la Confédération des Juristes Catholiques de France, Pierre Téqui éditeur, 2002, p. 129.

¹⁷⁰ CASF art. R. 351-32.

membres des juridictions administratives, les membres de la section des assurances sociales du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens et tous les juges¹⁷² de l'ordre judiciaire¹⁷³ estimeront « *en conscience* » devoir s'abstenir. Mais c'est aussi « *en conscience* » qu'il est demandé à l'interprète¹⁷⁴ et aux experts participant à l'enquête pénale d'apporter leur concours à la justice. Quant à l'expert auprès des juridictions administratives¹⁷⁵ et au technicien du procès civil¹⁷⁶, c'est « *avec conscience* » qu'ils devront exercer leur mission, tandis que le conseil en propriété intellectuelle¹⁷⁷, le conseiller en génétique¹⁷⁸ ou le médecin¹⁷⁹ exerceront « *en conscience* » leur profession. Échappant à ces répétitions¹⁸⁰, les administrateurs et mandataires judiciaires « *doivent aux diverses parties à la procédure (...) leur conscience professionnelle* »¹⁸¹.

35. Conscience et environnement de travail. En contrepartie du don, par les travailleurs, de leur conscience, l'employeur – qu'il soit une personne physique ou morale, de nature publique ou privée – doit veiller à leur sécurité en ayant conscience des risques inhérents à l'environnement de travail sur lequel il règne, tels qu'un risque d'exposition à l'amiante ou un risque de surcharge de travail. Cette obligation particulière est à l'origine d'une grande partie du droit social. En parallèle, les travailleurs et leurs représentants ont été progressivement encouragés à prendre conscience de ces mêmes risques. Il a fallu leur offrir une protection adaptée car il ne va pas de soi pour ces derniers d'alerter autrui sur des situations à risques qui seraient engendrées par la personne à laquelle ils sont subordonnés. Travailleurs et employeurs peuvent néanmoins choisir d'œuvrer de concert à l'éradication de certains risques

¹⁷¹ CESEDA art. R. 733-27.

¹⁷² Dans le « *Vocabulaire juridique* », parmi les définitions de la conscience, il est rappelé que « *pour quiconque juge autrui (magistrat, juré, arbitre) exigeance exemplaire de réflexion, sagesse, sérénité, impartialité, objectivité, vertus associées dont on escompte la lumière, en celui qui juge, sur ce qui est vrai, juste et bon* » : G. CORNU, *op. cit.*, p. 240.

¹⁷³ COJ art. L. 111-7 et C. pr. civ. art. 339.

¹⁷⁴ CESEDA art. R. 733-17, CJA art. R. 776-23 et C. pr. pén. art. 102.

¹⁷⁵ CJA art. R. 221-14.

¹⁷⁶ C. pr. civ. art. 237 et 1549 ; C. pr. pén. art. 60.

¹⁷⁷ C. propr. intel. art. R. 422-52.

¹⁷⁸ CSP art. R. 1132-13.

¹⁷⁹ CSP art. R. 4127-7.

¹⁸⁰ Il ne s'agit pas de leur métier mais les jurés de cours d'assises sont aussi exhortés à suivre leur conscience et leur intime conviction pour rendre leur décision : C. pr. pén. art. 304.

¹⁸¹ Ils doivent aussi respecter la conscience en tant qu'« *impérieux devoir* » tout en ayant « *une pleine conscience des conséquences possibles de leur comportement professionnel et des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions* ». Cela est indiqué à l'article annexe 8-2 à la partie A du Livre VIII de la Partie Arrêtés du Code de commerce.

pour l'écosystème dans lequel ils évoluent, à travers une mission sociale et/ou éthique sur laquelle les consciences devront s'accorder. Car il ne faut pas oublier que, même dans l'enceinte de l'entreprise, ceux qui y travaillent conservent leur liberté de conscience, comme l'illustre la recommandation n° 119 de l'OIT sur la cessation de la relation de travail qui a proclamé dès 1963 que « *ne devraient pas constituer des motifs valables de licenciement, notamment : l'affiliation syndicale (...), la religion, l'opinion politique (...)* ». De même, l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946, partie intégrante du bloc de constitutionnalité, énonce que « *nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* ». Les contours de cette liberté peuvent néanmoins avoir une géométrie variable selon le type d'entreprise concernée. L'entreprise¹⁸², doit ici être appréhendée au sens large, comme pouvant revêtir, entre autres, la forme d'une société¹⁸³, d'une association, d'un syndicat, d'un cabinet ou encore d'une composante de l'administration. Peu importe son statut juridique, l'entreprise doit être envisagée comme une entité exerçant une activité économique¹⁸⁴, lui permettant d'embaucher du personnel dont elle devient l'employeur¹⁸⁵. Dès lors, il paraît incontestable que la conscience – qu'elle soit religieuse, éthique, politique ou autre – ne peut être appréhendée de la même façon dans une clinique d'obédience catholique, dans une société commerciale du CAC 40, dans une association humanitaire ou au ministère de l'Environnement.

36. Summa divisio. Ainsi, en droit social, conscience psychologique et conscience morale se croisent constamment. Elles apparaissent trop étroitement liées que pour être analysées séparément. Dès lors, il est proposé d'étudier la conscience sous un autre angle, qui s'inspire néanmoins de la dichotomie classique en droit du travail, en se plaçant successivement du point de vue individuel du travailleur (**Partie I**), puis du point de vue collectif de l'entreprise (**Partie II**).

¹⁸² Preuve qu'il demeure difficile de la définir en quelques lignes, la notion d'entreprise a fait l'objet d'une thèse soutenue le 12 avril 2014 : G. DUCHANGE, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Lexis Nexis, 2014.

¹⁸³ Sur la nécessité de distinguer « *entreprise* » et « *société* » et de ne pas figer la première dans un cadre juridique afin que celui-ci puisse évoluer, notamment pour permettre à l'entreprise de réaliser des « *missions* » : K. LEVILLAIN, *Les entreprises à mission, Un modèle de gouvernance pour l'innovation*, Magnard-Vuibert, 2017, p. 6-8.

¹⁸⁴ Pour la Cour de justice des Communautés européennes, l'ancêtre de la Cour de justice de l'Union européenne, « *la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* » : CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner et Elser*. L'activité économique de l'entreprise consiste à « *offrir des biens ou des services sur un marché donné* » : CJCE, 24 octobre 2002, aff. C-82/01, *Aéroports de Paris c/ Commission*.

¹⁸⁵ Cependant, l'entreprise n'étant pas définie en droit, elle n'a pas la personnalité morale et ne peut juridiquement pas être considérée comme l'employeur, bien que l'assimilation soit souvent faite dans le langage courant. C'est la société, l'association ou la collectivité publique, par exemple, qui est juridiquement considérée comme étant l'employeur des personnes physiques y travaillant.

Partie I : La conscience individuelle du travailleur

37. Présentation. La conscience individuelle est celle d'un sujet de droit en particulier, plus précisément d'une personne physique, par opposition aux personnes morales. En l'occurrence, la conscience du travailleur constitue l'objet d'étude de cette première partie. L'expression de « *travailleur* » est toujours utilisée à dessein pour son acception suffisamment étendue qui englobe à la fois les salariés de droit privé, les fonctionnaires et les agents contractuels de droit public ainsi que les travailleurs indépendants¹⁸⁶. Il s'agit donc, plus précisément, d'étudier l'impact des choix issus de la conscience individuelle des travailleurs, en fonction de leur statut et de l'entreprise dans laquelle ils évoluent.

38. Deux consciences pour un travailleur. Cette étude ne suit pas non plus la dichotomie classique de la conscience, présentée auparavant, mais propose d'opposer la conscience personnelle du travailleur à sa conscience professionnelle. La première, la conscience individuelle et personnelle, est la plus large car elle peut être invoquée dans tous les pans de la vie de la personne, qu'il s'agisse de sa vie professionnelle ou extra-professionnelle. Elle constitue aussi la conscience la mieux appréhendée juridiquement, étant l'objet de nombreux textes la protégeant. Cette conscience est résolument morale et comprend toutes les convictions qui peuvent animer un être humain et, potentiellement, entraver l'exercice du travail (**Titre I**). Quant à la conscience individuelle et professionnelle, elle est davantage ambiguë puisqu'elle joue sur les deux tableaux de la psychologie et de la morale. En outre, elle ne semble pas connaître, *a priori*, de réglementation expresse. À l'inverse de la conscience personnelle, il ne fait nul doute que la conscience professionnelle d'un individu contribue à sa force de travail (**Titre II**).

¹⁸⁶ cf. *supra* n° 31.

Titre I : La conscience personnelle

39. Multiplicité de la conscience personnelle en droit. La conscience personnelle est multiple car elle comprend à la fois les convictions religieuses et philosophiques mais aussi les opinions politiques, syndicales ou éthiques. Or, en droit, une « *summa divisio* » s'opère. En effet, si la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 regroupe les deux notions¹⁸⁷, tel n'est pas le cas des autres textes nationaux et internationaux protégeant la liberté de conscience. Aussi, la Constitution de 1946¹⁸⁸, la convention n° 111 de l'OIT de 1958¹⁸⁹, le Code du travail depuis 1982¹⁹⁰, la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948¹⁹¹, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966¹⁹², la CESDH de 1950¹⁹³ et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000¹⁹⁴ différencient clairement les convictions religieuses des autres opinions¹⁹⁵. En 1982, la CEDH a précisé la définition de la conscience, sous les traits de l'expression « *convictions philosophiques* », considérant que le terme de « *convictions* » ne s'appliquent qu'à « *des vues*

¹⁸⁷ En effet, l'article 10 de la Déclaration de 1789 fait état des « *opinions, même religieuses* ».

¹⁸⁸ L'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946 mentionne séparément les « *opinions* » et les « *croyances* ».

¹⁸⁹ L'article 1^{er} distingue la religion de l'opinion politique dans les motifs de discrimination, à l'instar de l'article 1^{er} de la recommandation n° 111.

¹⁹⁰ Les articles L. 1132-1 et L. 1321-3 du Code du travail distinguent les « *opinions politiques* » des « *convictions religieuses* ». C'était déjà le cas de l'ancien article L. 122-35, tel que modifié par la loi n° 82-689 du 4 août 1982 (il était question des « *opinions ou confessions* »), et de l'ancien article L. 122-45 créé par la même loi.

¹⁹¹ L'article 2 de la Déclaration universelle effectue une distinction entre la « *religion* », les « *opinions politiques* » et « *tout autre opinion* ». En outre, la « *liberté de conscience et de religion* » est abordée à l'article 18 alors que la « *liberté d'opinion* » se situe à l'article 19.

¹⁹² Comme au sein de la Déclaration universelle précitée, l'article 18 traite de « *la liberté de pensée, de conscience et de religion* » tandis que l'article 19 concerne les « *opinions* ».

¹⁹³ L'emblématique article 9 de la Convention concerne la « *liberté de pensée, de conscience et de religion* » qui implique « *la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction* », tandis que « *la liberté d'opinion* » est proclamée à l'article 10.

¹⁹⁴ L'article 10 sur la liberté de pensée, de conscience et de religion associe étroitement la religion et les convictions et l'article 21 sur la non-discrimination confirme qu'il y a d'un côté « *la religion ou les convictions* » et de l'autre « *les opinions politiques ou tout autre opinion* ». Dans d'autres textes de l'Union européenne, la notion de « *convictions* » est accolée à celle de « *religion* », comme au sein de l'article 19 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou de l'article 4§2 de la directive 2000/78/CE. « *Tous ces éléments démontrent que, dans le système communautaire, le terme « convictions » vise seulement les convictions religieuses ou philosophiques* » : D. MARTIN, *Article 19 TFUE, articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux et lutte contre les discriminations*, JCI Europe Traité, LexisNexis, fasc. 602, 2017, n° 40.

¹⁹⁵ Cette comparaison est inspirée en partie des travaux réalisés par : G. DOLE, *La liberté d'opinion et de croyance en droit comparé du travail*, Dr. soc. 1992, p. 446. Il y révèle que les constitutions belges, italiennes et néerlandaises établissent cette même distinction. L'article 19 de la Constitution belge effectue par exemple un distinguo entre « *la liberté des cultes* » et « *la liberté de manifester ses opinions en toute matière* ».

atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance » et qu'il n'est pas synonyme d'« opinions » ou d'« idées »¹⁹⁶.

40. Multiplicité de la conscience personnelle en droit social. En droit social, les invocations de la conscience personnelle concernent souvent les convictions religieuses. Étant donné que cette notion connaît de nombreuses occurrences dans le présent titre, il est important de définir dès à présent la religion comme l'affirmation de l'existence d'une dimension qui dépasse l'être humain et le raisonnement logique, au profit d'un lien avec le divin, qui se manifeste à travers un ensemble de rites et pratiques¹⁹⁷. En d'autres termes, comme l'a résumé la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « CJUE »), la notion de religion couvre à la fois le « *forum internum* », soit le fait d'avoir des convictions, et le « *forum externum* », ou la manifestation en public de la foi religieuse¹⁹⁸. Pour énoncer cette définition, la CJUE s'est directement inspirée de l'interprétation de l'article 9 de la CESDH par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après « CEDH »)¹⁹⁹. Bien entendu, les autres types d'opinions sont aussi appelés à se manifester dans le cadre de

¹⁹⁶ Dans cette affaire, les requérantes se plaignaient du recours aux punitions corporelles comme mesure disciplinaire dans les écoles publiques fréquentées par leurs enfants en Écosse, étant précisé que pour des raisons financières elles ne pouvaient mettre leurs fils dans une autre école. En droit écossais, le recours aux châtiments corporels est régi par la « *common law* », qui habilite les enseignants des établissements tant publics que privés, en vertu de leur statut même, à user de tels châtiments avec modération à titre disciplinaire. Chacune des requérantes a allégué que l'utilisation des châtiments corporels comme mesure disciplinaire constitue un traitement contraire à l'article 3 de la Convention et porte atteinte à son droit, garanti par la seconde phrase de l'article 2 du Protocole n°1, d'assurer l'éducation et l'enseignement de son fils conformément à ses convictions philosophiques. La Cour leur a donné raison : CEDH, 25 février 1982, n°7511-16 et 7743-76, *Campbell et Cosans c/ Royaume-Uni*.

¹⁹⁷ Le Dictionnaire Larousse définit la religion à la fois comme l'« ensemble déterminé de croyances et de dogmes définissant le rapport de l'homme avec le sacré » mais aussi comme l'« ensemble de pratiques et de rites spécifiques propres à chacune de ces croyances » : www.larousse.fr.

¹⁹⁸ CJUE, 14 mars 2017, C-188/15, *Bougnou et AADH c. Micropole SA* ; Communiqué de presse n° 30/17 de la CJUE du 14 mars 2017 ; Y. PAGNERRE, *[Liberté de] Religion vs [Liberté d'] Entreprise*, Dr. soc. 2017, p. 450 ; S. HENION, *Le port du foulard islamique en entreprise selon la jurisprudence de la Cour de justice*, JCP G 2017, 657 ; B. BOSSU, *L'interdiction du port du foulard islamique dans l'entreprise privée : entre discrimination directe et indirecte*, JCP S 2017, 1105 ; G. CALVES, *Politiques de neutralité au sein des entreprises privées : un feu vert de la CJUE ?*, SSL 2017, n° 1762 ; S. LAULOM, *Un affaiblissement de la protection européenne contre les discriminations*, SSL 2017, n° 1762 ; M. VALETTE et M. VALLENS, *Vers l'obligation de reclasser une salariée portant le voile ?*, SSL 2017, n° 1762 ; C. RADÉ, *Laïcité dans l'entreprise : mieux vaut prévenir que sévir*, Lexbase hebdo éd. soc. 2017, n° 692 ; P. ADAM, *La CJUE ou l'anticyclone européen (À propos de la neutralité religieuse dans l'entreprise privée)*, RDT 2017, p. 422.

¹⁹⁹ Pour énoncer cette définition, la CJUE s'est inspirée de l'article 9 de la CESDH et de son application par la CEDH : « La Cour rappelle que l'article 9 protège avant tout le domaine des convictions personnelles et des croyances religieuses, c'est-à-dire celui que l'on appelle parfois le for intérieur. De plus, il protège les actes intimement liés à ces comportements, tels les actes de culte ou de dévotion qui sont des aspects de la pratique d'une religion ou d'une conviction sous une forme généralement reconnue. (...) Cependant (...) Le terme « pratiques » au sens de l'article 9§1 ne désigne pas n'importe quel acte ou comportement public motivé ou inspiré par une religion ou une conviction », à l'instar du refus par un pharmacien de vendre la pilule contraceptive : CEDH, 2 octobre 2001, aff. 49853/99, *Pichon et Sajous c/ France*, cf. *infra* n° 142 et note n° 691.

l'exécution du travail. À ce titre, si les opinions syndicales présentent des liens étroits avec l'activité professionnelle, puisqu'elles sont nées de cette dernière, cela est sans doute moins le cas des autres opinions. Quelle que soit la forme revêtue par la conscience personnelle, le travailleur ne l'abandonne pas chez lui avant de se rendre au travail si bien que « *les droits des personnes ne cessent pas aux portes de l'entreprise ni, plus généralement, au gré des intérêts de celle-ci* »²⁰⁰. Il s'agit alors d'étudier « *combien peut être malaisée la conciliation des droits de la personne, à la fois libertés fondamentales et libertés civiles, et les intérêts légitimes de l'entreprise* »²⁰¹.

41. Multiplicité des entreprises. Or, les entreprises sont elles aussi multiples. Certaines peuvent être marquées d'une idéologie telle qu'elles recherchent des travailleurs ayant une conscience personnelle ouvertement en accord avec les principes qu'elles défendent, ou, à l'inverse, disposés à la mettre temporairement de côté au nom d'un intérêt supérieur. Tel n'est cependant pas le cas de la majorité des entreprises. Il est alors tentant de s'inspirer de la distinction, posée par l'article 81 de la loi allemande du 11 octobre 1952 entre les entreprises dites « *normales* » et les « *tendenzbetrieb* », ou « *entreprises de tendance* »²⁰². Même si aucune distinction officielle n'existe en France entre les entreprises avec ou sans tendance, il convient de les étudier de façon distincte, tant leurs modes de fonctionnement – et les questions juridiques qui en découlent – sont différents. En effet, à côté de l'assimilation entre la conscience personnelle et le travail accompli ou, au contraire, l'annihilation de cette dernière par le travail dans l'entreprise de tendance (**Chapitre I**), figure la conciliation des élans de la conscience personnelle avec les besoins l'entreprise sans tendance (**Chapitre II**).

²⁰⁰ B. TEYSSIÉ, *Personnes, entreprises et relations de travail*, Dr. soc. 1988, p. 374, n°2.

²⁰¹ J.-M. OLIVIER, *Liberté d'opinion du salarié*, in *La personne en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Éditions Panthéon-Assas, 1999, p. 59.

²⁰² J.-M. OLIVIER, *art. précit.*, p. 78 ; D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, préf. G. CORNU, LGDJ, 1993, p. 182, n° 312.

Chapitre 1 : L'encadrement de la conscience par la tendance de l'entreprise

42. Appellations courantes. En France, l'expression « *entreprise de tendance* » est directement issue de la traduction de l'expression allemande précitée, « *tendenzbetrieb* », mais les appellations d'« *entreprises affinitaires* »²⁰³, d'« *entreprises de conviction* »²⁰⁴ ou encore d'« *entreprises identitaires* »²⁰⁵ lui sont parfois préférées. Avant d'être généralisée en doctrine²⁰⁶, cette expression a été utilisée pour la première fois en 1951 par le doyen Carbonnier, dans une note de jurisprudence concernant le droit des établissements d'enseignement privé de s'informer de la conduite de ses élèves en dehors de leur enceinte et leur droit d'en tirer des conséquences : « *Un établissement libre – par opposition à public – peut se montrer plus exigeant. Il a une couleur, une tendance ; il est, comme disent les Allemands, en matière de droit ouvrier, un Tendenzbetrieb, où chacun en entrant sait à quoi s'en tenir* »²⁰⁷. Ces expressions ne sont pas usitées par le législateur français ni par la jurisprudence de la Cour de cassation²⁰⁸, qui mentionnent le « *caractère propre* » ou la « *finalité propre de l'entreprise* »²⁰⁹, sans toutefois préciser le sens de ces expressions²¹⁰.

²⁰³ Par exemple : J.-E. RAY, *Fidélité et exécution du contrat de travail*, Dr. soc. 1991, p. 382 ; F. MESSNER, P.H. PRELOT et J.-M. WOEHRING, *Droit français des religions*, LexisNexis, 2013, p. 1173.

²⁰⁴ CA Paris, 27 novembre 2013, n° 13/02981, *Fatima L. c/ Assoc. Baby-Loup*, Juris-Data n° 2013-026587 ; cf. *infra* n° 115, notes n° 236 et 519.

²⁰⁵ J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY, *Les droits de l'Homme salarié de l'entreprise identitaire*, D. 2011, p. 1637 ; I. DESBARATS, *Quelle place pour la religion au travail ? Débat classique, nouveaux enjeux*, in *Le travail humain au carrefour du droit et de la sociologie, Hommage au Professeur Nikitas Aliprantis*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2014, p. 134.

²⁰⁶ J. SAVATIER, *Liberté religieuse et relations de travail*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2000, p. 455.

²⁰⁷ La première décision commentée est le jugement du tribunal civil de Lille de 1950, concernant deux élèves renvoyés pour avoir fréquenté « *des femmes de mauvaise vie et des milieux sans moralité* ». Le renvoi avait été jugé justifié. En revanche, dans la seconde décision commentée, l'arrêt de la Cour de cassation du 5 juillet 1950, le renvoi d'un élève au motif que les parents préféreraient lui faire suivre le catéchisme en dehors de l'école a été considéré comme trop intransigeant : JCP 1951, II, 6439, note CARBONNIER.

²⁰⁸ Les expressions « *entreprise de tendance* » et « *entreprise de conviction* » sont apparues pour la première fois dans l'arrêt dit « *Baby Loup* » de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation mais ces qualifications ont été rejetées dans l'attendu de principe : Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Mme A. c/ Assoc. Baby-Loup*, Bull. A.P. n° 1 ; cf. *infra* n° 115, notes n° 237, 521, 592 et 912.

²⁰⁹ Dans une affaire concernant un agent de contrôle de la société Autoroutes du Sud de la France ayant fait l'objet d'un licenciement disciplinaire pour avoir participé à une manifestation piétonne sur l'autoroute du Sud, qui avait pour but de protester contre la réforme des retraites, la Cour de cassation a reproché à la cour d'appel de Montpellier de ne pas avoir suffisamment caractérisé en quoi la « *finalité propre* » de l'entreprise pouvait justifier une telle sanction : Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-41.374, Bull. civ. V, n° 82 et n° 05-41.375 ; cf. *infra* n° 154 et note n° 802.

²¹⁰ Ni la loi Guermeur du 25 novembre 1977, ni la loi Debré du 4 janvier 1989, ni leurs travaux préparatoires n'explicitent ce qu'il faut entendre par « *caractère propre* » : M. POCHARD, *Règlement intérieur et obligation de respecter le caractère propre des établissements d'enseignement privé, À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 20 juillet 1990*, Dr. soc. 1990, p. 862.

L'expression « *caractère propre* » a été utilisée par Michel Debré, alors Premier ministre, le 23 décembre 1959, lors de la présentation du projet de loi qui deviendra la loi du 31 décembre 1959, en expliquant que « *l'État ne demande en aucune façon aux établissements privés, du moins ceux d'entre eux qui sont marqués par leur caractère confessionnel, d'abandonner ce qui fait leur caractère propre* »²¹¹.

43. Définitions doctrinales. En 1996, les définitions doctrinales semblent s'être uniformisées. Le Professeur Gérard Couturier a écrit que la raison d'être de l'entreprise de tendance « *tient à la défense ou la promotion d'une doctrine ou d'une éthique* », comme c'est le cas pour les « *institutions religieuses, groupements politiques ou syndicaux, certaines associations* »²¹². Cette définition est proche de celle du Conseiller doyen Philippe Waquet qui a rappelé que sont communément admises comme constituant des entreprises de tendance « *des associations, des syndicats ou des groupements (partis politiques, églises ou autres groupes à caractère religieux) dans lesquels une idéologie, une morale, une philosophie ou une politique est expressément prônée* »²¹³. Lors d'un colloque concernant les motifs de licenciement dans les entreprises de tendance²¹⁴, d'autres universitaires ont complété la définition en énonçant que « *l'entreprise de tendance est celle qui ne se contente pas de fournir des biens et des services en dégageant un certain profit, mais qui, au surplus, se réclame d'une philosophie, d'une éthique, d'un idéal qui n'est pas réductible aux prestations qu'elle fournit* »²¹⁵, ou en affirmant que l'expression recouvre des entreprises qui « *postulent une adhésion spirituelle et des comportements conformes, y compris dans la sphère de la vie extra-professionnelle* »²¹⁶.

44. Diversité des tendances. Au vu de ces définitions, la tendance apparaît *a priori* comme un caractère positif de l'entreprise, à l'image de l'adjectif qualificatif qui la spécifie, tel que l'institution *religieuse*, le parti *politique*, l'organisation *syndicale* ou encore

²¹¹ Ce discours appartient aux « *Grands moments d'éloquence* », répertoriés sur le site de l'Assemblée nationale.

²¹² G. COUTURIER, *Droit du travail*, T. I, 3^e éd., PUF, 1996, p. 306, n° 198.

²¹³ Ph. WAQUET, *Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance*, *Gaz. Pal.* 1996, 2, 1427.

²¹⁴ Ce colloque, organisé par le Centre « *Droit et sociétés religieuses* » qui a été fondé par l'Université de Paris XI et l'Institut catholique de Paris, s'est tenu à la Faculté Jean Monnet de Sceaux le 1^{er} mars 1996.

²¹⁵ F.-G. BERTRAND, *Quelques remarques*, *L'année canonique*, 39, 1997, p. 155. Il s'agit en réalité d'une définition de Philippe ARDANT, issue de son article : *Les libertés du citoyen dans l'entreprise. Introduction au débat*, *Dr. soc.* 1982, p. 430. Cette définition est également citée par le Professeur Gérard Couturier dans l'ouvrage : *Libertés et droits fondamentaux*, sous la direction de M. DELMAS-MARTY et C. LUCAS de LEYSSAC, Éditions du Seuil, 1996, p. 313.

²¹⁶ E. HIRSOUX, *Conclusion du Colloque*, *L'année canonique*, 39, 1997, p. 159.

l'association *philosophique*. Cet adjectif qualificatif rassemble toutes les valeurs qui font la spécificité de l'entreprise de tendance (**Section 1**). Cependant, parmi ces tendances, il y en a une qui s'est créée à partir de l'absence de tendance mais qui a dépassé cette neutralité pour en faire une tendance à part : il s'agit de la tendance laïque, domaine réservé de l'Administration (**Section 2**). Certes, dans ces deux cas, il est question d'un régime juridique applicable au sein de l'entreprise, qui est différent du droit commun en ce qu'il implique une adéquation entre des principes et des comportements²¹⁷.

²¹⁷ Ne serait-ce pas là la définition de la tendance ?

Section 1 : Les entreprises de tendance

45. Accords et désaccords. Dans les entreprises de tendance, la conscience du salarié est supposée se fondre avec l'idéologie ambiante au sein de l'entreprise et, par conséquent, avec le contenu du contrat de travail²¹⁸. Pour reprendre les termes de la Cour de cassation, l'objectif de l'employeur est de maintenir le « *caractère* » ou la « *finalité propre* » de l'entreprise, ce qui implique qu'il puisse exiger de ses salariés qu'ils soient de « *foi sûre* »²¹⁹, en vue de créer « *une communauté de pensée* »²²⁰. Afin de rendre cet objectif légalement possible, il faut admettre que les entreprises de tendance puissent contourner les prescriptions de l'article L. 1132-1 du Code du travail, qui interdisent les discriminations en raison, notamment, des « *opinions politiques* », des « *activités syndicales ou mutualistes* » et des « *convictions religieuses* ». Il convient d'étudier les contours de cet accord (§ 1) et les conséquences de l'apparition d'un éventuel désaccord (§ 2).

§ 1 : L'accord de la conscience personnelle avec la tendance de l'entreprise

46. Afin de savoir jusqu'où peut aller l'union de la conscience personnelle du travailleur avec la tendance prônée par son employeur, il faut d'abord vérifier dans quels cas une telle union est juridiquement possible (I), avant de s'intéresser aux moyens dont dispose l'entreprise pour s'assurer que le travailleur remplit les conditions permettant de parvenir à cette union (II).

²¹⁸ Pour Stéphane Darmaisin, le « *sentiment qu'un salarié pourrait avoir plus d'obligations lorsque son employeur est une entreprise de tendance (...) s'explique en réalité par le contrat moral entre l'employeur et son salarié* ». Il précise qu'« *il n'en demeure pas moins que l'existence du concept de contrat moral et l'idée d'allégeance ne peuvent mettre à la charge du salarié des obligations contraires aux principes fondamentaux de liberté de conscience* » car « *intégrer une entreprise de tendance n'équivaut pas à abdiquer sa propre liberté d'opinion* » : S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, préf. B. TEYSSIÉ, LGDJ, 2000, p. 453-454.

²¹⁹ J.-E. RAY, *Fidélité et exécution du contrat de travail*, Dr. soc. 1991, p. 382.

²²⁰ « *On comprend aisément que, dans de telles entreprises affinitaires, leurs dirigeants aient naturellement tendance à exiger de leurs salariés une communauté de pensée ou de foi et une adhésion aux mêmes valeurs* » : J.-M. OLIVIER, *Liberté d'opinion du salarié*, in *La personne en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Éditions Panthéon-Assas, 1999, p. 78.

I. Le contrôle de la qualité d'entreprise de tendance

47. Un régime d'exception. Comme l'a écrit Monsieur Arnaud Teissier, « *toute la difficulté va résider dans l'acceptation du caractère idéologique de l'entreprise qui seule peut justifier la discrimination. Il apparaît donc nécessaire que la jurisprudence admette restrictivement le caractère propre des entreprises de tendance* »²²¹. Aussi, pour déterminer si une entreprise peut être qualifiée comme étant de tendance afin de déroger au droit commun, il convient de s'assurer que le droit français a admis ce phénomène en général (A) et, si tel est le cas, que la tendance choisie est licite (B).

A. L'admission en droit français du caractère dérogatoire des entreprises de tendance

48. Admission en droit allemand et en droit international. La notion d'entreprise de tendance est donc d'abord apparue en droit allemand, au sein de l'article 137 de la Constitution allemande du 11 août 1919, dite de Weimar²²², puis de la loi du 11 octobre 1952 sur le statut des entreprises. Dans la convention et la recommandation n° 111 concernant la discrimination (emploi et profession) de 1958, l'OIT n'a pas fait référence aux entreprises de tendance. Toutefois, les articles 1§2 de ces deux textes disposent que « *les distinctions, exclusions ou préférences fondées sur les qualifications exigées pour un emploi déterminé ne sont pas considérées comme des discriminations* »²²³. Dans un ouvrage intitulé « *Droits fondamentaux au travail et normes internationales du travail* », publié en 2004, le BIT a reconnu plus expressément que « *les restrictions portant sur certains emplois liés à une religion déterminée peuvent être acceptables* »²²⁴.

²²¹ A. TEISSIER, *La loyauté dans les relations de travail*, dir. B. TEYSSIÉ, thèse soutenue le 28 juin 1997 au sein de l'Université Paris II, p. 98.

²²² Cet article garantit « *la liberté de former des sociétés religieuses* » et assimile à ces dernières les « *associations qui ont pour but de servir en commun une croyance philosophique* ». Il permet également à ces structures d'administrer leurs « *affaires de façon autonome, dans les limites de la loi applicable à tous* ». La traduction est issue du site du Parlement allemand : <https://www.bundestag.de>. Ces dispositions sont reprises par l'article 140 de la Loi fondamentale, constitution actuelle du pays.

²²³ Les articles 4 et 5 de la convention n° 111 et les articles 6 et 7 de la recommandation n° 111 prévoient, quant à eux, que ne sont pas considérées comme des discriminations les « *mesures affectant une personne qui fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de l'État* » et les « *mesures spéciales de protection ou d'assistance* ».

²²⁴ Bureau international du Travail, *Droits fondamentaux au travail et normes internationales du travail*, Genève, 2004, p. 70 ; cité par F. MESSNER, P.H. PRELOT et J.-M. WOEHRING, *Droit français des religions*, LexisNexis, 2013, p. 1215.

49. Admission en droit de l'Union européenne. L'existence des entreprises de tendance est expressément admise par le droit de l'Union européenne²²⁵. L'article 4§2 de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, appelé « *Church clause* », reconnaît directement l'existence des entreprises de tendance et leur caractère dérogatoire au droit commun en prévoyant que les États membres peuvent maintenir dans leur législation en vigueur ou prévoir dans une législation future, reprenant des pratiques qui existeraient déjà, « *des dispositions en vertu desquelles, dans le cas des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination lorsque, par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation* »²²⁶. En d'autres termes, dans le cadre d'une entreprise de tendance, la prise en considération de la religion ou des convictions philosophiques²²⁷ d'une personne peut ne pas constituer une discrimination²²⁸.

²²⁵ En plus de la directive du 27 novembre 2000, qui va être citée à plusieurs reprises ici, il faut également mentionner l'article 17 du Traité de Lisbonne qui énonce que l'Union « *respecte également le statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les organisations philosophiques et non confessionnelles* ». Il faut aussi mentionner la directive 2003/88 du 4 novembre 2003 sur l'aménagement du temps de travail dont l'article 17 prévoit que les États peuvent déroger aux normes énoncées pour « *les travailleurs dans le domaine liturgique des églises et des communautés religieuses* ». Ainsi, les personnes qui contribuent directement au culte ne sont pas soumises aux durées européennes de travail et de repos et les communautés religieuses peuvent s'organiser librement, dans la limite de ce que permettent les États membres : F. MESSNER, P.H. PRELOT et J.-M. WOEHRING, *Droit français des religions*, LexisNexis, 2013, p. 543.

²²⁶ Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. L'article 4§1 prévoit que « *les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1^{er} ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* ». Il faut sans doute aussi mentionner le cas très particulier de l'article 15 qui prévoit que les différences de traitement, fondées sur la religion, dans les services de police et dans l'enseignement en Irlande du Nord ne constituent pas des discriminations, dans la mesure où elles sont « *expressément autorisées par la législation nationale* ». Il n'est pas exclu que cet article contrevienne au principe de non-discrimination fondé sur la nationalité de l'article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire, Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, thèse, Bruylant, 2006, p. 208.

²²⁷ En droit de l'Union européenne, la notion de « *convictions* » s'entend *stricto sensu* comme visant les convictions religieuses et philosophiques, mais pas les autres opinions, telles que les opinions politiques : cf. *supra* n° 39 et note n° 194.

²²⁸ Toutefois, comme le prévoit l'article 4§2, ces entreprises ne sont pas protégées en cas de « *discrimination fondée sur un autre motif* ». Par exemple, tel serait le cas d'un établissement d'enseignement catholique qui refuserait d'engager un enseignant homosexuel car l'homosexualité serait contraire aux préceptes de la Bible. La discrimination serait dès lors fondée sur l'orientation sexuelle et non plus sur les convictions religieuses du candidat.

50. Transposition permise dans les droits nationaux. Il s'agit en réalité d'une clause dite de « gel », ou de « *standstill* », qui autorise les États membres à maintenir les dispositions en vigueur ou à figer, dans une loi future, les pratiques existant à la date d'adoption de la directive. Le Royaume-Uni a transposé cette disposition dans deux règlements sur l'égalité en matière d'emploi de 2003²²⁹. En Allemagne, la règle a été transposée par la loi générale sur l'égalité de traitement du 14 août 2006²³⁰. La Belgique a procédé à la transposition de cette disposition dans une loi du 10 mai 2007²³¹. Quant au législateur français, il ne s'est pas saisi du sujet jusqu'à présent. Si l'utilisation du verbe « *pouvoir* » au début de l'article 4§2 semble révéler que les États ne sont pas tenus de procéder à la transposition de cette disposition, la question de la sécurité juridique des bénéficiaires du droit de l'Union européenne se pose en France, en l'absence de loi de transposition reprenant les pratiques existant dans les institutions religieuses et les établissements d'enseignement confessionnel, entre autres. Dès lors, dans l'attente d'une éventuelle question préjudicielle qui pourrait être posée à la CJUE sur ce point, le juge français est réticent à se fonder sur l'article 4§2 de la directive du 27 novembre 2000²³².

²²⁹ Il s'agit de l'*Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations* (Règlement n°1660 sur l'égalité des orientations sexuelles au travail) et de l'*Employment Equality (Religion or Belief) Regulations* (Règlement n°1661 sur l'égalité des religions ou des croyances au travail). Ceux-ci prévoient que les entreprises religieuses ou éthiques ne sont pas soumises au devoir de ne pas pratiquer de discrimination, lorsqu'elles sont orientées vers une religion en particulier, et qu'une confession particulière peut donc être exigée des salariés.

²³⁰ L'article 9 de la loi dite « AGG », pour « *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* » (BGBI. 2006 I, p. 1897), dispose, en son premier paragraphe, que : « 1. Sans préjudice des dispositions de l'article 8 une différence de traitement fondée sur la religion ou une conviction est également admise dans le cas d'un emploi par des communautés religieuses, par des institutions affiliées à ces dernières, indépendamment de leur forme juridique, ou par des associations qui ont pour but de servir en commun une religion ou des convictions, lorsque, compte tenu de la conscience propre de la communauté religieuse ou de l'association, une religion ou une conviction déterminée répond à une exigence professionnelle justifiée au regard du droit à l'autodétermination ou au regard de la nature de ses activités. ». Quant au second paragraphe, il précise que « L'interdiction de différences de traitement fondées sur la religion ou les convictions ne préjuge pas du droit des communautés religieuses visées au paragraphe 1, des institutions affiliées à ces dernières, indépendamment de leur forme juridique, ou des associations qui ont pour but de servir en commun une religion ou des convictions, de pouvoir requérir de leurs employés une attitude de bonne foi et de loyauté au sens de leur conscience propre. » ; cités dans : CJUE 17 avril 2018 aff. C-414/16, *Vera Egenberger/Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*.

²³¹ Il s'agit de l'article 13 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, publiée au Moniteur belge le 30 mai 2007, n° 2007002099. Il énonce qu'« une distinction directe fondée sur la conviction religieuse ou philosophique ne constitue pas une discrimination » dans une entreprise de tendance. Selon plusieurs auteurs, cette exception doit être interprétée de manière stricte, dans le sens où elle ne vaut que pour le recrutement des postes à responsabilité et non pas pour celui des postes d'exécutant : D. MARTIN, M. MORSA et Ph. GOSSERIES, *Droit du travail européen, Questions spéciales*, Larcier, 2015, p. 689.

²³² En 2013, dans l'affaire « *Baby Loup* », Jean-Guy Huglo, Conseiller rapporteur de la Cour de cassation, avait fait valoir que le bénéfice de l'article 4§2 ne pouvait pas être invoqué en France, et donc ne pouvait pas être revendiqué par la crèche employeur à l'encontre de la salariée, à défaut de législation nationale spéciale sur les entreprises de tendance : J. MOULY, *La liberté d'expression religieuse dans l'entreprise : le raidissement de la Cour de cassation*, D. 2013. p. 963. À ce même sujet, le Professeur Pierre Delvolvé écrit que, de l'article 4§2, « il en résulterait deux conséquences : les entreprises de conviction ne pourraient être admises qu'au regard de

51. Recours dans la jurisprudence du droit du Conseil de l'Europe. Néanmoins, cette situation ne doit pas empêcher le juge national d'avoir recours à la notion d'entreprise de tendance puisque la CEDH – qui s'est d'ailleurs définie comme la « *Conscience de l'Europe* »²³³ – a également eu l'occasion de la consacrer, en faisant elle-même référence à la directive 2000/78/CE dans ses décisions. Même si cela ne constitue pas une preuve de son applicabilité en droit interne, cette situation révèle un sain dialogue entre les ordres juridiques. En effet, dans l'arrêt « *Obst c/ Allemagne* » du 23 septembre 2010, la CEDH affirme que des exigences professionnelles de nature particulière peuvent être imposées aux travailleurs lorsqu'*elles ont été établies par un employeur dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions* »²³⁴. Dans un autre arrêt rendu le même jour, l'arrêt « *Schiith c/ Allemagne* », la CEDH explique qu'un « *employeur dont l'éthique est fondée sur la religion ou sur une croyance philosophique peut certes imposer à ses employés des obligations de loyauté spécifiques* »²³⁵. Aussi, la cour d'appel de Paris a pu faire appel à la notion d'*entreprise de conviction au sens de la jurisprudence de la CEDH* »²³⁶, bien qu'elle fût erronée en l'espèce²³⁷. En réalité, dès 1989, la Commission européenne des droits de l'Homme²³⁸ avait

*la situation existant à date de la directive ; elles ne pourraient être reconnues qu'en vertu de dispositions législatives transposant la directive. Or ni l'association Baby-Loup ne pouvait correspondre à une entreprise de conviction lorsque la directive a été adoptée, ni n'ont été adoptés les textes mettant en œuvre la directive. On pourrait soutenir que la jurisprudence de la Cour européenne postérieure à la directive de 2000, rendue en considération notamment de celle-ci, ne s'est pas arrêtée à ses termes pour admettre la possibilité de reconnaître une entreprise de conviction et que cette reconnaissance pourrait toujours avoir lieu en l'absence de transposition de la directive et pour des entreprises apparues ultérieurement. La Cour de cassation n'a pas eu besoin de trancher la question puisqu'elle trouvait une solution dans d'autres considérations. » : P. DELVOLVE, *Entreprise privée, laïcité, liberté religieuse. L'affaire Baby Loup*, RFDA 2014, p. 954.*

²³³ En 2010, à l'occasion de son cinquantième anniversaire, la CEDH a publié un ouvrage, récapitulant son histoire et son organisation, sous le titre « *la Conscience de l'Europe* ». Il reste à savoir si, comme se sont interrogés certains juges dans l'affaire « *Vincent Lambert* », c'est la Cour en tant qu'institution qui se prête une conscience ou s'il s'agit du peuple européen qu'elle représente : « *À supposer, aux fins du débat, qu'une institution, par opposition aux personnes composant cette institution, puisse avoir une conscience, pareille conscience doit non seulement être bien informée mais doit également se fonder sur de hautes valeurs morales ou éthiques. (...) il est de l'essence même d'une conscience, fondée sur la recta ratio, de permettre que les questions éthiques façonnent et guident le raisonnement juridique jusqu'à sa conclusion finale. C'est précisément cela, avoir une conscience. Nous regrettons que la Cour, avec cet arrêt, ait perdu le droit de porter le titre ci-dessus* » : CEDH, Grande Chambre, affaire « *Lambert et autres c. France* », 5 juin 2015, requête n°46043/14, opinion en partie dissidente commune des juges Hajiyev, Sikuta, Tsotsoria, De Gaetano et Gritco.

²³⁴ Dans cet arrêt, la CEDH cite non seulement l'article 4 de la directive européenne dans le rappel des faits et du droit applicable à l'espèce, mais elle y fait aussi référence dans la partie relative à son appréciation : CEDH, 5^e sect., 23 septembre 2010, *Obst c. Allemagne*, n° 425/03 ; cf. *infra* n° 76 et note n° 340.

²³⁵ CEDH, 5^e sect., 23 septembre 2010, *Schiith c. Allemagne*, n° 1620/03 ; cf. *infra* n° 76 et note n° 341.

²³⁶ CA Paris, 27 novembre 2013, n° 13/02981, *Fatima L. c/ Assoc. Baby-Loup*, Juris-Data n° 2013-026587 ; cf. *supra* note n° 204, cf. *infra* n° 115 et note n° 519.

²³⁷ « *Et attendu que sont erronés, mais surabondants, les motifs de l'arrêt qualifiant l'association Baby-Loup d'entreprise de conviction, dès lors que cette association avait pour objet, non de promouvoir et de défendre des*

considéré que lorsque l'employeur est « *un organisme établi sur la base de certaines convictions et jugements de valeur qu'il considère comme indispensables à l'accomplissement de ses fonctions dans la société, il est conforme aux exigences de la Convention de donner aussi toute sa portée à [sa] liberté d'expression* »²³⁹.

52. Admission implicite par la jurisprudence française. À partir des années 1970, les juridictions françaises ont implicitement fait une place aux entreprises de tendance dans le paysage économique, sans leur attribuer cette qualification, en leur permettant de mettre fin aux contrats de travail de leurs salariés pour des motifs qui n'auraient pas été acceptés dans les entreprises sans tendance. Dans un arrêt de 1975, la Cour de cassation a donné raison à la cour d'appel de Paris d'avoir validé le licenciement d'une organiste qui avait eu lieu car sa conception de la musique dans les cérémonies religieuses s'opposait à « *la tendance dominante de l'équipe presbytérale* »²⁴⁰. Il n'est peut-être pas question de tendance de l'entreprise, mais l'idée d'une opposition du salarié à la « *tendance* » de l'équipe, à laquelle appartient le curé qui représente l'employeur, est un premier indice de l'admission de la notion en droit français. Un peu plus tard, dans un arrêt de l'Assemblée plénière de 1978, étudié ultérieurement, les juges du droit font état, non pas de tendance, mais du « *caractère propre* » d'un établissement d'enseignement privé, qui a valablement pu licencier une salariée dont les convictions avaient été prises en compte lors de l'embauche et qui était allée à l'encontre de celles-ci dans sa vie privée²⁴¹. Ces deux exemples sont révélateurs de l'accent mis sur l'archétype de l'entreprise de tendance que constitue l'établissement religieux.

convictions religieuses, politiques ou philosophiques, mais, aux termes de ses statuts, « de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes (...) sans distinction d'opinion politique et confessionnelle » : Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Mme A. c/ Assoc. Baby-Loup*, Bull. A.P. n° 1 ; cf. *supra* note n° 208, cf. *infra* n° 115, notes n° 521, 592 et 912.

²³⁸ Cette commission, qui n'existe plus depuis 1999, était chargée de statuer sur la recevabilité des requêtes et de tenter d'établir un règlement à l'amiable avant transmission à la CEDH.

²³⁹ Commission européenne des droits de l'homme, 6 septembre 1989, n° 12242/96, *Rommelfanger c. République fédérale d'Allemagne*.

²⁴⁰ Cass. soc., 9 avril 1975, n° 74-40.036, Bull. civ V, n° 171 ; cf. *infra* n° 69 et note n° 310.

²⁴¹ Cass. Ass. plén., 19 mai 1978, n° 76-41.211, Bull. A.P. n° 1 ; cf. *infra* n° 70 et note n° 315.

B. La licéité de la tendance choisie par l'entreprise

53. Diversité des tendances. Certes, si le premier type de tendance qui vient à l'esprit est la tendance religieuse, illustrée par les établissements d'enseignement confessionnels qui sont d'ailleurs les seuls à avoir inspiré le législateur et le juge français, il existe d'autres possibilités d'orientation de l'entreprise. Il doit être admis que « *dès lors que le candidat à l'embauche en est dûment averti et que la liberté de choix lui est garantie, l'affirmation d'une tendance non contraire aux lois et règlements ne saurait être condamnable* »²⁴². Pour être connue et opposable aux salariés, la tendance peut être formalisée dans une clause du règlement intérieur, du contrat de travail ou d'une charte récapitulant les valeurs de l'entreprise²⁴³. Ainsi, parmi les tendances, la licéité de certaines d'entre elles ne fait pas débat, à l'instar de la tendance politique d'un parti ou de la rédaction d'un grand quotidien ou de la tendance syndicale d'une organisation.

54. Appréhension du mouvement sectaire en jurisprudence. À l'inverse, d'autres tendances, comme celle qui pourrait être dénommée la « *tendance sectaire* », font l'objet de polémiques, notamment en France²⁴⁴. Si certains considèrent l'illicéité de cette tendance comme évidente²⁴⁵, ou qualifient la secte d'« *entreprise religieuse ou pseudo-religieuse prosélyte* »²⁴⁶, d'autres y voient « *un type intermédiaire entre l'entreprise de tendance chimiquement pure et l'entreprise associative* »²⁴⁷. Les mouvements sectaires, décrits comme

²⁴² F.-G. BERTRAND, *Quelques remarques*, L'année canonique, 39, 1997, p. 155-157.

²⁴³ F. MESSNER, P.H. PRELOT et J.-M. WOHRING, *op. cit.*, p. 1217-1218.

²⁴⁴ « *La Commission européenne des droits de l'homme et/ou la Cour européenne des droits de l'homme ont jugé que sont protégés au titre de cette disposition l'église de scientologie, la secte Moon, les témoins de Jéhovah ou l'église pentecôtiste. Il ne semble donc pas exister, dans le système de la Convention EDH, de différence entre sectes et religions « établies ». La même solution doit prévaloir dans le système communautaire (...) ce que confirment d'ailleurs les explications de l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux (garantissant la liberté de pensée, de conscience et de religion) qui renvoient à la Convention EDH. Une interprétation large de la notion de « religion » a été confirmée par la Cour (CJUE, 14 mars 2017, aff. C-157/15, G4S Secure Solutions) » : D. MARTIN, *Article 19 TFUE, articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux et lutte contre les discriminations*, JCI Europe Traité, LexisNexis, fasc. 602, 2017, n° 39.*

²⁴⁵ A. BOUSIGES, *Le droit du travail face aux dérives sectaires*, in *Les difficultés de la lutte contre les dérives sectaires*, dir. N. GUILLET, L'Harmattan, 2007, p. 67 et s.

²⁴⁶ A. GARAY, *Le prosélytisme religieux au sein de l'entreprise*, in *Travail et religion*, actes du colloque du 14 juin 2013 à la Faculté de Droit de Montpellier, CSBP, juillet-août 2003, p. 37, spéc. p. 40.

²⁴⁷ « *La place faite à l'activité commerciale et à l'efficacité y est en effet plus importante que dans les premières ; elles se séparent néanmoins pour partie des secondes dans la mesure où la nature inspirée y est plus prépondérante et ou, peut-être, l'« entreprise associative » est le résultat d'un processus de mutation qui, à tort ou à raison, apparaît souvent fatal aux pionniers de l'association. Une hypothèse, qu'il faudrait vérifier, serait en effet de considérer certaines sectes comme des synthèses originelles entre nature marchande et inspirée* » : C. DUVERT, *Sectes et droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 273.

« *l'avenir d'une société sans avenir* » par le Professeur Philippe Malaurie²⁴⁸, essayent souvent d'être assimilés aux associations culturelles, qui ont exclusivement pour objet l'exercice public d'un culte²⁴⁹. Or, en vertu de l'article 18 de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, de tels organismes sont formés « *pour subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public d'un culte* ». À partir de cette définition, le juge administratif²⁵⁰ a pu refuser cette qualité à certains mouvements en considérant que l'objet poursuivi était contraire à l'ordre public, comme pour l'association des Témoins de Jéhovah²⁵¹, ou qu'il ne portait pas exclusivement sur l'exercice public d'un culte mais s'orientait aussi vers des buts plus lucratifs, comme pour l'association Fraternité des serviteurs du nouveau monde²⁵². En 1992, le Conseil d'État a même indirectement admis que la qualification de « *secte* » puisse être attribuée à l'Église de scientologie, communément considérée comme l'une des sectes les plus emblématiques, sans que cela n'entraîne d'atteinte à la liberté de conscience des citoyens²⁵³. En revanche, la Cour de cassation, qu'il s'agisse de sa chambre sociale²⁵⁴ ou de sa chambre criminelle²⁵⁵, n'entend pas distinguer les convictions « *sectaires* » des convictions religieuses.

²⁴⁸ Ph. MALAURIE, *Dictionnaire d'un droit humaniste*, LGDJ, Lextenso éditions, Université Panthéon-Assas Paris II, 2015, p.213-215.

²⁴⁹ Sur la page du site officiel du service public dédiée aux associations culturelles, il est précisé qu'il s'agit de « *célébration de cérémonies organisées en vue de l'accomplissement, par des personnes réunies par une même croyance religieuse, de certains rites ou de certaines pratiques. Ces associations ne doivent mener que des activités en relation avec l'exercice d'un culte : acquisition, location, construction, aménagement et entretien des édifices servant au culte ; entretien et formation des ministres et autres personnes participant à l'exercice du culte.* » : <https://www.service-public.fr/associations/vosdroits/F21925>

²⁵⁰ Par ailleurs, a par exemple été validé par le juge du fond le retrait d'agrément d'une assistante maternelle, qui reconnaissait appartenir à la religion Aumiste, car elle ne pouvait être regardée comme présentant des garanties de neutralité suffisantes pour l'accueil de mineurs, en dépit du fait qu'aucune faute ne pouvait lui être reprochée : TA Versailles, 7 février 1997, *Dame Gohier c/ Président du Conseil général du Val d'Oise* ; cité par : A. GRAY, *art. préc.*, p. 37, spéc. p. 40.

²⁵¹ Sur le refus de la qualification d'association culturelle à l'association chrétienne Les Témoins de Jéhovah de France en considérant que le refus de transfusion sanguine est un agissement attentatoire à l'ordre public : CE, 1^{er} février 1985, n° 46488.

²⁵² Sur le refus de la qualification d'association culturelle à l'association Fraternité des serviteurs du nouveau monde car elle édite et publie des diffusions doctrinales et n'est donc pas uniquement tournée vers l'exercice d'un culte : CE, 21 janvier 1983, n° 32350.

²⁵³ CE, 17 février 1992, n° 86954 ; D. 1992, I.R. 100.

²⁵⁴ La chambre sociale a validé le licenciement d'une personne, engagée comme traducteur et devenue ensuite pasteur de l'Église universelle de Dieu, car elle avait créé une association rivale. Elle a ainsi implicitement admis que les « *convictions religieuses* » revendiquées par le pourvoi, étaient un élément déterminant du contrat : Cass. soc., 29 juin 1983, n° 81-40.679, Bull. civ. n° 365.

²⁵⁵ Dans une affaire où les dirigeants de plusieurs associations avaient été poursuivis pour avoir fait de l'Église de scientologie de Lyon une entreprise de captation de fonds au préjudice des adeptes, la chambre criminelle a considéré que le motif relatif à la qualité de religion prêtée à l'Église de scientologie par la cour d'appel de Lyon était inopérant mais surabondant, dépourvu en l'espèce de toute portée juridique, après avoir préalablement rappelé la motivation des juges d'appel sur ce point : « *Attendu que la cour d'appel, (...) énonce que l'Église de scientologie peut revendiquer le titre de religion, avant toutefois de relever que des individus peuvent utiliser*

55. Un arsenal juridique de lutte contre la tendance sectaire rappelé par l'administration et le législateur. En 1995, le rapport de la commission parlementaire d'enquête sur les sectes n'avait pas hésité à présenter une liste de 173 mouvements sectaires, les classant en fonction de leur nombre d'adeptes²⁵⁶. Il faisait toutefois état du « *caractère insidieux de la dérive sectaire car il est difficile de tracer une frontière entre le fonctionnement « légitime » et la zone dangereuse* » entre, notamment, « *la conviction et les certitudes incontournables* » ou entre « *l'engagement et le fanatisme* », difficulté qui résonne encore aujourd'hui. La circulaire du 29 février 1996, qui avait été établie à la suite de ce rapport pour rappeler l'arsenal civil et pénal susceptible d'être mobilisé pour lutter contre les dangers liés aux phénomènes sectaires, comprenait également, en annexe, la liste des mouvements sectaires issue dudit rapport²⁵⁷. Les outils juridiques permettant de sanctionner les agissements condamnables des mouvements sectaires ont ensuite été rappelés par la loi du 12 juin 2001²⁵⁸. Son article 1^{er} donne une définition en filigrane de la secte en vouant à la dissolution toute personne morale « *qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités* ». L'article 20 de cette loi, qui a créé l'article 223-15-2 du Code pénal²⁵⁹, apporte une précision à cette définition en mentionnant que peuvent être condamnées pour abus frauduleux de faiblesse les organisations pratiquant sur le salarié « *l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement* ». Une entreprise, qui au nom de l'idéologie poursuivie exercerait des pressions psychologiques

une doctrine religieuse, en soi licite, à des fins financières ou commerciales pour tromper des tiers de bonne foi et que l'exercice d'un culte peut donner lieu à des manœuvres frauduleuses de la part de certains des membres de cette religion » : Cass. crim., 30 juin 1999, n° 98-80.501, inédit.

²⁵⁶ Par exemple, l'Église universelle de Dieu figurait au sein de la catégorie « *mouvements sectaires de 500 à 2000 adeptes* » : Rapport n° 2468 présenté par Alain Gest et enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 décembre 1995.

²⁵⁷ Circulaire du 29 février 1996 relative à la lutte contre les atteintes aux personnes et aux biens commises dans le cadre des mouvements à caractère sectaire (JO, 5 mars 1996, p. 3409). Selon le Professeur Geneviève Koubi, « *la circulaire du 29 février 1996 apparaît dès lors négliger l'objectif préventif que suppose la connaissance juridique du principe de laïcité, en ce qu'elle expose essentiellement « l'arsenal » d'un ordre coercitif, pénal ou civil, au risque de rendre suspect tout rassemblement qui ne correspondrait pas aux philosophies religieuses et/ou morales classiques* » : G. KOUBI, *Du principe de laïcité : à propos de la circulaire du 29 février 1996 relative à la lutte contre les mouvements sectaires*, Droit administratif, juillet 1996, p. 1, spéc. p. 3.

²⁵⁸ Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'Homme et aux libertés fondamentales.

²⁵⁹ Cet article punit de 3 ans de prison et de 375 000 euros d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire cette personne à un acte qui lui est gravement préjudiciable.

répétées sur ses salariés, tomberait aussi sous le coup de l'article L. 1152-1 du Code du travail, interdisant le harcèlement moral.

56. Le refus de stigmatisation au nom de la liberté de conscience. Dans une circulaire du 27 avril 2005, le Gouvernement a refusé d'actualiser la liste des mouvements sectaires et de définir le terme de « *secte* », au motif que cette démarche serait illusoire et ne correspondrait pas à l'état du droit²⁶⁰. En effet, la stigmatisation de certaines organisations en tant que sectes serait contraire au principe de laïcité de l'État, qui se doit de conserver une attitude de neutralité²⁶¹. Aussi, afin de concilier la lutte contre les dérives sectaires avec le respect des libertés de croyance et de culte, la Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (ci-après la « Miviludes ») ne souhaite pas « *mettre à l'index certains mouvements en contradiction avec la liberté de conscience, d'opinion ou d'association* » et considère que la liste du rapport précité de 1995 a seulement la « *valeur de référence historique* »²⁶², sans conséquence juridique. Par conséquent, en cas de doute sur la nature sectaire d'une entreprise, il convient dorénavant d'interroger la Miviludes sur l'existence d'une potentielle dérive au regard des critères d'appréciation qu'elle a dégagés. À ce titre, la Miviludes a cependant publié, en 2007, un guide sur « *l'entreprise face au risque sectaire* » dans lequel elle explique que les entreprises et même les professions libérales sont devenues des « *cibles de plus en plus prisées des mouvements sectaires, eu égard aux atouts qu'elles représentent* ». Est ainsi considéré comme un indice d'émergence du fait sectaire dans l'entreprise l'accaparement de salariés en dehors de lieux de travail dans le prolongement d'une prestation réalisée au sein de l'entreprise²⁶³.

²⁶⁰ Circulaire du 27 mai 2005 relative à la lutte contre les dérives sectaires, JORF n° 126 du 1 juin 2005 page 9751 texte n° 8 : « *Aussi a-t-il été décidé, plutôt que de mettre certains groupements à l'index, d'exercer une vigilance particulière sur toute organisation qui paraît exercer une emprise dangereuse pour la liberté individuelle de ses membres afin d'être prêt à identifier et à réprimer tout agissement susceptible de recevoir une qualification pénale ou, plus généralement, semblant contraire aux lois et règlements. (...) Cette vigilance doit s'exercer en tenant compte de l'évolution du phénomène sectaire, qui rend la liste de mouvements annexée au rapport parlementaire de 1995 de moins en moins pertinente* ».

²⁶¹ S. CHARLOT, *L'État et la laïcité*, Fiche 10, in *Les politiques publiques, édition 2015-2016*, dir. S. MAURY, La Documentation française, 2015.

²⁶² FAQ de la Miviludes disponible sur : <http://www.derives-sectes.gouv.fr/faq>

²⁶³ Guide Miviludes, *L'entreprise face au risque sectaire, un enjeu humain et économique, un défi professionnel*, La Documentation française, 2007, p. 10 et 32.

57. Interrogations doctrinales passées sur l'extension du champ d'application. Plus largement, la question des limites du champ d'application des entreprises de tendance a été posée dès les années 1990 par la doctrine. Dans son Rapport sur « *les libertés publiques et l'emploi* » remis au ministre du Travail en 1992, le Professeur Gérard Lyon-Caen s'interrogeait sur le « *risque d'osmose vers les entreprises industrielles et commerciales* » qui se définiraient par un « *projet d'entreprise* » ou une « *culture d'entreprise* »²⁶⁴, dont le respect s'imposerait à ceux qui veulent y travailler²⁶⁵. Un an plus tôt, le Professeur Jean-Emmanuel Ray se demandait si, dans le champ des entreprises de tendance, il ne fallait pas inclure les entreprises commerciales, qui tendent à développer leur propre tendance via un partage de valeurs communes ou l'organisation d'activités visant à renforcer les troupes, communément appelée « *team building* »²⁶⁶. En 1996, le Conseiller doyen Philippe Waquet estimait que certaines sociétés commerciales devraient pouvoir appartenir à cette catégorie²⁶⁷. Lors du colloque précité sur les entreprises de tendance, organisé cette année-là également, était posée la question de savoir si la finalité propre ou le caractère propre pouvait être le fait de toute entreprise et s'il était possible de considérer qu'« *il n'y a pas d'entreprise de tendance mais des entreprises dont les tendances ne sont pas celles de l'État* »²⁶⁸. De façon plus affirmative, le Professeur Yannick Pagnerre a quant à lui écrit que la notion d'entreprise de tendance est « *sans doute impropre* » car toute entreprise vise un objectif qui lui est propre²⁶⁹.

²⁶⁴ G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Rapport au ministre du Travail, La Documentation française, 1992, p. 60.

²⁶⁵ Sur le licenciement d'un cadre dirigeant, à qui il était reproché de ne pas adhérer aux options stratégiques de l'entreprise et d'être inadapté à la culture de l'entreprise, sans cause réelle et sérieuse : CA Nancy, 14 février 1996, n° 94-3522.

²⁶⁶ J.-E. RAY, *Fidélité et exécution du contrat de travail*, Dr. soc. 1991, p. 382. La question avait déjà été posée à propos des cadres, auxquels il serait demandé « *une appartenance plus complète à l'entreprise* », à travers une obligation de loyauté « *dénaturée* », comprenant l'obligation d'adhérer aux valeurs économiques et politiques de l'entreprise ou celle de n'adhérer à aucun syndicat : J.-C. JAVILLIER, *L'obligation de loyauté des cadres*, Dr. ouvr. 1977, p. 133.

²⁶⁷ Ph. WAQUET, *Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance*, Gaz. Pal. 1996, 2, 1427.

²⁶⁸ J.-P. DURAND et B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Présentation du Colloque du Centre Droit et Sociétés religieuses sur « Les motifs de licenciement dans les entreprises de tendance »*, L'année canonique, 39, 1997, p. 155.

²⁶⁹ Y. PAGNERRE, *L'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Economica, 2011, p. 63, spéc. p. 76.

58. Interrogations actuelles. Ces interrogations n'ont pas disparu. En effet, au regard d'entreprises à caractère identitaire, telles que « *Mecca Cola* »²⁷⁰, ou « *Bibars* »²⁷¹, il est permis de se demander s'il n'existe pas une forte probabilité de voir fleurir davantage de structures réunissant des personnes partageant les mêmes convictions, voire la même confession²⁷². Il pourrait certes paraître tentant pour certains de pouvoir affirmer librement ses convictions et de travailler dans un cadre respectueux de celles-ci²⁷³. La quête identitaire de l'entreprise²⁷⁴ peut paraître économiquement intéressante, aussi bien pour se distinguer de ses concurrents que pour être reconnue de la clientèle ou pour motiver le personnel. Cependant, il semble qu'une différence doive être maintenue entre la possibilité pour les sociétés commerciales de mettre en place des instruments visant à fédérer leurs salariés et l'attribution de la qualification d'entreprise de tendance, qui doit rester minoritaire en raison de son caractère dérogatoire.

II : L'examen de la conscience du travailleur

59. Concernant les entreprises de tendance, il a pu être jugé que les salariés s'obligent à « *se maintenir en communion de pensée ou de foi avec l'employeur* »²⁷⁵ et écrit que cela implique qu'il doive « *prendre des engagements relatifs à leur vie privée* »²⁷⁶. Dans son Rapport précité de 1992, le Professeur Gérard Lyon-Caen posait la question de la méthode d'examen de la conscience en ces termes : « *des conditions de recrutement qu'une entreprise*

²⁷⁰ L'entreprise revendique son engagement antisioniste et pro-palestinien. Plusieurs polémiques, médiatiques et judiciaires, entourent cette entreprise qui a déclaré à tort reverser une partie de ses bénéfices à des associations européennes comme Médecins Sans Frontières, ce que cette dernière a démenti dans un communiqué : <http://www.msf.fr/presse/communiqués/communiqué-démenti-medecins-sans-frontieres>.

²⁷¹ Le dirigeant de cette société, une boucherie industrielle qui distribue de viande certifiée hallal, affirme n'embaucher que des musulmans et a aménagé des lieux d'ablution et de prière dans les locaux de travail. Il admet regretter ce repli identitaire mais l'explique par une expérience professionnelle passée, durant laquelle il n'avait pas été autorisé à pratiquer librement sa religion pendant ses temps de pauses : *L'Angle Éco : Dieu, la valeur qui monde*, émission magazine de France 2 présentée par François Lenglet le 21 janvier 2016.

²⁷² C. QUIGNON, *EntreMuslim.fr, Deenjob, Oummawork : réponse à l'exclusion ou communautarisme ?*, Le Monde, 24 mars 2017.

²⁷³ P. BANON, *Dieu et l'entreprise, Comprendre et gérer les cultures religieuses*, Éditions d'Organisations, 2006, p. 139.

²⁷⁴ Elle ne se confond pas forcément avec la quête du dirigeant. En Belgique, par exemple, l'Association chrétienne des dirigeants et cadres (ADIC) compte 200 membres francophones. Les membres ne font pas partie d'entreprise de tendance mais participent à des cycles de rencontre dont les thématiques sont à l'interface de l'économie et de la spiritualité chrétienne. Si la plupart de ces « *patrons chrétiens* » admettent vouloir replacer l'humain au centre des préoccupations, ils tiennent néanmoins à séparer ces deux pans de leur vie : F. BREBANT, *Au nom du Père, du Fils et de l'Entreprise*, Tendances Trends, n° 13, 31 mars 2016.

²⁷⁵ Cass. soc., 20 novembre 1986, n° 84-43.243, Bull. civ. V, n° 555 ; cf. *infra* n° 62 et 71, notes n° 291 et 318.

²⁷⁶ G. COUTURIER, *Droit du travail*, T. I, 3^e éd., PUF, 1996, p. 306 et 307, n° 198.

du secteur industriel ou commercial ne serait pas en droit d'imposer, parce que de caractère discriminatoire, deviennent-elles licites si le futur employeur appartient à un secteur de la vie sociale dont les objectifs ne sont pas principalement d'ordre économique ; s'il s'agit selon l'expression aujourd'hui admise, d'une « entreprise de tendance » (parti politique, église, journal, école privée confessionnelle) ? »²⁷⁷. Avant d'étudier les méthodes de l'entreprise pour scruter la conscience du candidat appelé à travailler pour elle et leurs limites, (B), il faut déterminer les individus sur lesquelles de telles méthodes peuvent s'exercer (A).

A. Le champ des consciences à examiner

60. Une limitation à certains emplois de l'entreprise de tendance. L'expression d'« *emplois de tendance* » est utilisée pour désigner des emplois dont l'exercice postule une adhésion du travailleur aux finalités idéologiques ou religieuses de l'entreprise²⁷⁸. Cette expression révèle que l'entreprise ne peut exiger d'accord entre sa tendance et la conscience du salarié que pour les emplois pour lesquels cela s'avère nécessaire²⁷⁹. Il s'agit de faire application du principe de l'article L. 1121-1 selon lequel « *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* ». Ainsi, à la condition du but idéologique de l'entreprise, s'ajoute celle de la « *nature de la tâche à accomplir* ». Pour cela, l'employeur doit non seulement prouver que la tendance de l'entreprise constitue une raison objective, anéantissant le caractère discriminatoire de son choix au sens de l'article L. 1132-1 du Code du travail, mais aussi qu'il est nécessaire pour l'emploi concerné de recruter un salarié qui soit en accord avec les idées de l'entreprise de tendance. En 1990, le Conseil d'État a jugé que, si la clause, selon laquelle l'ensemble du personnel s'engage à respecter le caractère propre de l'établissement, peut figurer au règlement intérieur d'un établissement d'enseignement catholique, c'est à la condition que ce texte précise « *d'une part, que le respect du caractère propre de l'établissement ne saurait permettre qu'il soit porté atteinte à la liberté de conscience des intéressés et, d'autre part, que les obligations qui en résultent doivent s'apprécier eu égard à la nature des fonctions*

²⁷⁷ G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Rapport au ministre du Travail, La Documentation française, 1992, p. 60.

²⁷⁸ Cette définition apparaît dans : J. DUFFAR, *Religion et travail dans la jurisprudence de la CJCE et des organes de la CESDH*, Revue de Droit Public, 1993, p. 700 ; citant G. DOLE, *La liberté d'opinion et de croyance en droit comparé du travail*, Dr. soc. 1992, p. 449.

²⁷⁹ J.-Ph. LHERNOULD, *Droit du travail et communautarismes*, RJS 2008, n°1, p. 9.

exercées par les personnels qui y sont soumis »²⁸⁰. *A fortiori*, il semble difficile de remplir ces deux conditions dans le cas de fonctions subalternes ou techniques. La Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (ci-après la « HALDE »), l'ancêtre du Défenseur des droits, s'est prononcée en ce sens au sujet d'un agent contractuel, dont le contrat n'avait pas été renouvelé en raison de ses opinions politiques alors qu'il n'était pas collaborateur de cabinet²⁸¹, et d'un surveillant d'établissement catholique, qui n'avait pas bénéficié d'une promotion interne à l'inverse de ses collègues²⁸².

61. Salariat versus communauté et bénévolat. Il convient d'abord de s'assurer que le droit du travail sera applicable au candidat au poste nécessitant cette osmose. Dans l'arrêt « *Emmaüs* » de 2001, la Cour de cassation a expliqué que la soumission aux règles de vie communautaire ne s'apparente pas nécessairement au lien de subordination²⁸³, alors que, « *même si ces communautés sont évidemment d'inspiration spirituelle, leurs membres ne sont pourtant animés d'aucune vocation religieuse véritable* »²⁸⁴. L'arrêt « *Croix Rouge* », rendu en 2002, appartient à la même lignée puisque, sous couvert d'établir une distinction claire entre contrat de bénévolat et contrat de travail, la Cour de cassation y a admis que le passage de la qualité de bénévole à celle de salarié a lieu lorsque le travail est effectué « *sous les ordres et selon les directives de l'association, qui avait le pouvoir d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements éventuels* » et qu'est perçue par le salarié « *une somme forfaitaire dépassant le montant des frais réellement exposés* »²⁸⁵. Cette jurisprudence a

²⁸⁰ CE, 20 juillet 1990, n° 85429, *Association familiale de l'externat de Saint-Joseph c/ Vivien*, Rec. p. 223 ; M. POCHARD, *Règlement intérieur et obligation de respecter le caractère propre des établissements d'enseignement privé, À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 20 juillet 1990*, Dr. soc. 1990, p. 862 ; cf. *infra* note n° 298. Cette solution a été confirmée par : CE, 23 juillet 1993, n°9939 ; M. POCHARD, *Règlement intérieur : les conditions d'exercice du pouvoir hiérarchique du ministre*, Dr. soc. 1993, p. 842.

²⁸¹ HALDE, délib. n° 2007-118 et 2007-120 du 4 juin 2007 relative au non-renouvellement d'un contrat de travail d'un agent contractuel en raison de ses opinions politiques.

²⁸² HALDE, délib. n° 2007-170 du 2 juillet 2007 relative à un cas de discrimination dans l'évolution de carrière d'un surveillant d'internat liée à ses convictions religieuses.

²⁸³ « *Attendu cependant, qu'en intégrant la communauté Emmaüs en qualité de compagnon, M. X. s'est soumis aux règles de vie communautaire qui définissent un cadre d'accueil comprenant la participation à un travail destiné à l'insertion sociale des compagnons et qui est exclusive de tout lien de subordination* » : Cass. soc., 9 mai 2001, n° 98-46.158, Bull. civ. V, n° 555 ; E. ALFANDARI, *Insertion et exclusion : l'insertion dans une communauté de vie exclut-elle le contrat de travail salarié ?*, D. 2002, p.1705.

²⁸⁴ J. MOULY, *L'« exception religieuse » au contrat de travail : un coup d'arrêt aux risques de dérive sectaire ?*, À propos de Cass. soc. 20 janvier 2010, Dr. soc. 2010, p.1071.

²⁸⁵ Cass. soc., 29 janvier. 2002, n° 99-42.697, Bull. civ. V, n°38 ; J. SAVATIER, *La distinction du contrat de travail et des services bénévoles fournis dans le cadre d'une association*, Dr. soc. 2002, p. 494. La Haute juridiction admet ainsi que les membres d'une association puissent accomplir « *un travail destiné à la réalisation de l'objet social* » sans relever d'un contrat de travail, « *en ne percevant, le cas échéant, que le strict*

vocation à concerner tout type d'association. Mais, dans un arrêt de 2010, la Haute juridiction a davantage précisé sa pensée en matière de communauté religieuse, en déclarant que « *l'engagement religieux d'une personne n'est susceptible d'exclure l'existence d'un contrat de travail que pour les activités qu'elle accomplit pour le compte et au bénéfice d'une congrégation ou d'une association cultuelle légalement établie* »²⁸⁶. En réalité, en privilégiant le critère organique, les juges du droit invitent donc les communautés religieuses à préférer les formes légales de la congrégation ou de l'association cultuelle permettant l'exception religieuse, à celle de l'association ordinaire, pour ne pas être suspectées de dérives sectaires.

62. Salarié versus ministre du culte. Dans le cas particulier des institutions religieuses, il faut différencier la qualité de ministre du culte de celle de salarié. Certes, les rapports entre un ministre du culte et son autorité religieuse sont censés échapper au droit du travail²⁸⁷. En outre, depuis 1978, ils bénéficient d'un régime spécial d'assurance maladie, maternité et vieillesse applicable aux ministres des cultes et aux membres des congrégations et collectivités religieuses²⁸⁸. Les juridictions veillent donc à faire respecter la différence de qualification entre celle de ministre du culte et celle de salarié. À ce titre, la cour d'appel de Paris a refusé la qualité de ministre du culte à un rabbin et lui a attribué celle de salarié, dans la mesure où il était lié par une convention à l'organisme directeur d'une communauté de fidèles, qui l'avait recruté spécialement à cet effet²⁸⁹ et sous la subordination duquel il se plaçait²⁹⁰. La Cour de cassation a statué dans le même sens pour les professeurs de théologie

remboursement des frais exposés par eux » dès lors qu'ils ne perçoivent pas d'avantages supérieurs aux frais exposés » : J. MOULY, *art. préc.*, p.1705.

²⁸⁶ Cass. soc., 20 janvier 2010, n° 08-42.207, Bull. civ. V, n° 15 ; J. COUARD, *Contrat de travail et engagement religieux*, RDT 2010, p. 162 ; J. MOULY, *art. préc.*, p.1705.

²⁸⁷ Par exemple, dans le cadre de l'Église catholique, le droit canonique s'applique à de telles relations.

²⁸⁸ Le conseil d'administration de la CAMIVAC, chargée de gérer ce régime spécial, rassemble des représentants des cultes catholique, musulman, orthodoxe, anglican, bouddhiste et évangélique. En revanche, les ministres des cultes juifs et protestants ont accepté l'adhésion au régime général de la sécurité sociale en 1945. Pour un exemple d'arrêt concernant l'affiliation à la CAMIVAC d'un membre de la congrégation religieuse des Frères du Sacré-Cœur : Cass. 2^e civ., 28 mai 2014, n° 13-14.030, Bull. civ. II, n° 118.

²⁸⁹ Pour les rabbins, il n'existe pas de procédure de nomination, comme au sein de l'Église catholique. Si cette décision peut *a priori* paraître surprenante, elle est révélatrice du respect du principe de laïcité, en vigueur en France, qui consiste à ne privilégier aucun culte et donc à ne pas transposer d'office des raisonnements appliqués au culte catholique aux autres cultes.

²⁹⁰ CA Paris, 8^e Ch., 7 mai 1986 ; G. KOUBI, *Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et systèmes religieux ? (Réflexions à partir de Paris 8^e Ch., sect. B, 7 mai 1986)*, JCP G 1987, I, 3292. La cour d'appel de Paris a réitéré cette solution dix ans plus tard (CA Paris, 21 nov. 1996 ; D. 1997, IR, p. 11). Dans une autre affaire, la Cour de cassation a sanctionné les juges du fond pour avoir retenu que « *la possibilité pour les ministres du culte en général, les rabbins en particulier, de bénéficier des allocations chômage est fortement*

protestante, afin qu'ils n'échappent pas à l'application du Code du travail²⁹¹. Elle a par ailleurs enjoint aux juges du fond de distinguer la mission d'officier du culte – qui, par définition, ne relève pas d'un contrat de travail – des autres activités qui peuvent être exercées par le ministre²⁹², susceptibles quant à elles de tomber sous la qualification de travail salarié si un lien de subordination existe²⁹³.

B. La procédure d'examen de la conscience

63. Encadrement de droit commun. Il est indéniable que, dans les entreprises de tendance, l'employeur a besoin de connaître les convictions religieuses, politiques ou philosophiques du candidat à un emploi, puisqu'elles peuvent constituer une condition d'aptitude à exercer convenablement le poste. À cette fin, l'employeur ne peut toutefois pas envisager de mener une enquête à l'insu du candidat dans la mesure où l'article L. 1221-8 du Code du travail dispose que le candidat « *est expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard* ». Dans le même esprit, l'article L. 1221-9 du même code pose la règle selon laquelle « *aucune information concernant personnellement un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance* ». Si les investigations secrètes sont proscrites, il ne reste au recruteur que la possibilité d'interroger le candidat ou d'attendre qu'il déclare spontanément son accord avec la tendance de l'entreprise. Dans le

controversée » sans analyser précisément la situation soumise (Cass. soc. 26 novembre 2002, n° 00-46.740, inédit).

²⁹¹ Cass. soc., 20 novembre 1986, n° 84-43.243, Bull. civ. V, n° 555 ; cf. *supra* note n° 275, cf. *infra* n° 71 et note 318. Le même jour, la Chambre sociale a en revanche jugé que « *les pasteurs de l'Église réformée de France ne concluant pas, relativement à l'exercice de leur ministère, un contrat de travail avec les associations culturelles légalement établies, c'est à bon droit que les juges du second degré ont déclaré que le litige opposant M. X... à l'Union nationale des associations culturelles de l'Église réformée de France ne relevait pas de la compétence de la juridiction prud'homale* » : Cass. soc., 20 novembre 1986, n° 84-43.643, Bull. civ. V, n° 549. Cette solution a été confirmée plusieurs années plus tard : Cass. soc., 12 juillet 2005, n° 03-43.354, Bull. civ. V, n° 243 ; H. GILLIER, *Ministre du culte et contrat de travail*, CSBP, 2006 n° 176, p. 13 ; J.-F. CESARO, *Les pasteurs ne sont pas liés aux associations culturelles par un contrat de travail*, JCP S 2005, JCP S 2005, 1232.

²⁹² À propos d'un imam auxiliaire qui était aussi chargé des fonctions de planton et d'huissier : Cass. soc., 6 mars 1986, n° 83-41787, Bull. civ. V n° 81 p. 64.

²⁹³ Dès lors, un imam peut valablement bénéficier du régime juridique des salariés, mais uniquement pour ses fonctions de formateur-éducateur encadrées (Cass. soc., 23 oct. 2013, n° 12-13.843, inédit, Juris-Data n° 2013-023519). À l'inverse, un imam ne peut revendiquer la qualité de salarié alors que, même dans l'accomplissement des tâches annexes à sa fonction religieuse (collecte de cotisations), il ne sentait pas soumis à un lien de subordination (CA Paris, 3 juin 2004, n° 04/30802, *M. Murahem Posalvjak c/ Centre culturel bosniaque* ; N. MINGANT, *La fonction d'imam et le lien de subordination*, Lexbase hebdo, éd. soc. 2004, n° 135).

premier cas, sa marge de manœuvre aurait pu sembler à nouveau limitée par l'article L. 1221-6 du Code du travail, en vertu duquel les questions posées ne peuvent pas avoir une finalité autre que celle « *d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles* » et doivent présenter un « *lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles* ».

64. Aménagements dans les entreprises de tendance. Toutefois, dans le cas d'une entreprise de tendance, de telles obligations ne résonnent pas de la même manière que pour une entreprise sans tendance car le lien entre les convictions personnelles et l'emploi recherché peut être démontré²⁹⁴. Certes, si le fait de s'intéresser aux opinions politiques du candidat est totalement proscrit lors d'un entretien d'embauche classique, tel n'est plus le cas lorsqu'un grand journal quotidien veut engager un journaliste. En 1998, la Commission européenne des droits de l'homme a validé cette possibilité dans l'affaire « *Karlsson c. Suède* ». Elle y a jugé que l'Église nationale suédoise pouvait valablement écarter la candidature d'un pasteur qui avait déclaré son hostilité à l'égard de l'ordination de pasteurs femmes, dans la mesure où il ne s'acquitterait pas correctement de ses fonctions en refusant de coopérer avec des collègues de sexe féminin²⁹⁵. Dans un tel cas, le contrôle exercé par le potentiel employeur sur les qualifications du candidat pour occuper le poste n'est pas considéré comme une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté de religion, garanti par l'article 9 de la CESDH. Si la liberté de conscience est aussi protégée contre les « *indiscrétions de l'informatique* »²⁹⁶, puisque l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 interdit de traiter des données à caractère personnel qui révèlent, entre autres, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale d'une personne physique, le législateur français a prévu une dérogation pour les entreprises de tendance. Le

²⁹⁴ En revanche, si malgré les possibilités qui s'offrent à elle en matière de recrutement, l'entreprise de tendance embauche un salarié qui ne vit pas selon ses préceptes, elle ne peut pas ensuite les opposer au salarié. La cour d'appel de Paris a rappelé ce principe au sujet du licenciement pour insuffisance professionnelle du directeur de l'association « *Centre Gai et Lesbien de Paris* », dont la lettre de licenciement précisait : « *vos convictions, en fait ne sont pas celles de votre employeur, la cause que nous défendons n'est pas la vôtre* ». En l'espèce, au moment de l'embauche, l'hétérosexualité du directeur n'avait pas constitué un obstacle. Par conséquent, les manifestations de l'hostilité de l'employeur à l'hétérosexualité du salarié en cours de contrat de travail ont pu être qualifiées d'actes de harcèlement moral et que le licenciement a été jugé sans cause réelle et sérieuse : CA Paris, 11 mars 2005, n° 03-3879 ; commenté par : A. DORANT, *Harcèlement moral, dignité et sexualité*, JSL 2006, 184.

²⁹⁵ Commission européenne des droits de l'homme, *Karlsson c. Suède*, requête n° 12356/86, décision du 8 septembre 1988 sur la recevabilité de la requête, DR 57/178.

²⁹⁶ Th. MASSIS, *Liberté de conscience, respect des croyances et droit pénal*, in *Droit, Liberté et Foi*, École cathédrale, Institut de formation continue du Barreau de Paris, Mame Cujas, 1993, p. 102.

même article prévoit en effet que les associations et les autres organismes à but non lucratif « à caractère religieux, philosophique, politique ou syndical » peuvent mettre en œuvre de tels traitements informatiques pour les données correspondant à leur objet et concernant uniquement leurs membres ou les personnes avec qui ils entretiennent des contacts réguliers dans le cadre de leur activité²⁹⁷.

65. Des limites aux aménagements. La jurisprudence, à la fois constitutionnelle et administrative, a toutefois posé des limites aux exigences que peuvent faire valoir les entreprises de tendance lors de la sélection des candidats. Dans sa décision du 23 novembre 1977, dans laquelle il a admis implicitement la liberté accrue dont les établissements d'enseignement privé disposent dans le recrutement de leurs salariés et la détermination des conditions d'exécution du contrat de travail, le Conseil constitutionnel a déclaré solennellement que « l'obligation imposée aux maîtres de respecter le caractère propre de l'établissement, si elle leur fait un devoir de réserve, ne saurait être interprétée comme permettant une atteinte à leur liberté de conscience »²⁹⁸. En 1982, le tribunal administratif de Nantes, s'inspirant de la décision du Conseil constitutionnel, a considéré que le caractère propre d'un établissement d'enseignement catholique ne pouvait justifier l'imposition de sujétions portant « atteinte à la liberté de conscience des candidats à un emploi », telle la clause selon laquelle ces derniers doivent avoir « une volonté de soutenir et défendre l'enseignement catholique » car elle implique un engagement personnel²⁹⁹.

²⁹⁷ L'article 8 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés a été modifié pour la dernière fois par la loi qui vise à adapter le droit interne au regard des dispositions du règlement européen n° 2016/679 du 27 avril 2016 et de la directive européenne 2016/680 de la même date.

²⁹⁸ Cons. const., 23 novembre 1977, n° 77-87 DC, sur la constitutionnalité de la loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1^{er} juin 1971 relative à la liberté de l'enseignement ; cf. *supra* note n° 133. D'après le Professeur Jean Rivero, pour le Conseil constitutionnel, il existe un principe de conciliation entre l'obligation de respecter le caractère propre de l'établissement et la liberté de conscience des enseignants, qui peut être atteint grâce à l'obligation de réserve (à l'instar des agents publics) : note de J. RIVERO, AJDA 1978, p. 565. Cette décision en matière d'établissements d'enseignement confessionnel a par la suite été complétée par l'arrêt précité du Conseil d'État du 20 juillet 1990 : cf. *supra* n° 60 et note n° 280. Elle avait aussi été confirmée par une décision ultérieure du Conseil constitutionnel en date du 18 janvier 1985 : Cons. const., 18 janvier 1985, n°84-185 DC.

²⁹⁹ Ce jugement a cependant validé la clause du règlement intérieur qui impose au personnel « un respect véritable de la doctrine de l'Église catholique tant dans ses comportements que dans ses propos » car elle se borne à rappeler l'existence d'un devoir de réserve et ne vise pas à imposer l'adhésion à une opinion religieuse : TA Nantes, 22 octobre 1982, D. 1983, p. 496, note de A. SERIAUX. Les mêmes limites ont ensuite été étendues aux contraintes que les employeurs peuvent imposer à leur personnel en cours de contrat. Ainsi, a été sanctionnée la clause du règlement intérieur d'un hôpital privé interdisant à son personnel d'exécuter des actes en contradiction avec la morale catholique car sa formulation, trop imprécise, ne permettait ni aux salariés de connaître l'étendue exacte des obligations qui en découlaient, ni à l'administration du travail de vérifier qu'elle ne

66. Des limites confirmées par la jurisprudence européenne. La CJUE a récemment statué dans une affaire concernant un refus de candidature par un organisme de confession protestante, au motif que la candidate était athée alors que l'offre d'emploi exigeait d'appartenir à l'Église protestante ou à une Église membre de la communauté de travail des Églises chrétiennes en Allemagne³⁰⁰. Le Tribunal du travail de Berlin a reconnu la discrimination mais limité l'indemnisation. Quant à la Cour fédérale du travail, estimant ne pas pouvoir se prononcer sans savoir si la loi allemande est conforme au droit de l'Union, elle a déféré plusieurs questions à la CJUE³⁰¹. Dans ses conclusions, l'avocat général a rappelé en premier lieu que les juridictions d'un État membre ne sont pas dispensées d'examiner la nature du poste en question par rapport à l'éthique d'une religion, afin de déterminer si la différence de traitement fondée sur la religion est essentielle, légitime et justifiée³⁰². À la question de savoir si un employeur peut déterminer souverainement les emplois nécessitant

portait pas une atteinte illégale ou excessive aux droits et garanties des salariés : TA Lyon, 1^{er} décembre 1988, *Association de l'Hôpital St-Luc*, n° 8431718, Juris-Data n° 1988-650574.

³⁰⁰ L'affaire était d'autant plus intéressante que « *les institutions liées aux églises sont, collectivement, le deuxième employeur, employant 1,3 million de personnes et occupent une position quasi monopolistique dans certaines régions et domaines d'activités (hôpitaux, jardins d'enfants, maisons de retraite, etc. souvent financés par l'État ou privatisés)* » : H. NASSOM-TISSANDIER, *Religion et emploi dans une entreprise de tendance : le choix de la prudence*, in *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale*, RJS 7/18, p. 550.

³⁰¹ Dans la demande de décision préjudicielle en date du 27 juillet 2016, il était notamment demandé à la CJUE de préciser dans quelle mesure les exigences professionnelles fixées par des organisations religieuses invoquant le privilège ecclésiastique d'autodétermination peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, sachant que, selon le droit allemand, un tel contrôle juridictionnel se limite à un simple contrôle de plausibilité sur le fondement de la « *conscience ecclésiologique* ». La Cour fédérale demande également à la CJUE des indications sur la mise en balance des divers intérêts en jeu, à savoir, d'une part, la liberté de conviction et le droit de ne pas être discriminé en raison de sa religion ou de ses convictions et, d'autre part, le droit à l'autodétermination et à l'autonomie des organisations religieuses.

³⁰² Dès lors, pour apprécier si, pour des activités données, l'appartenance à une religion spécifique constitue, eu égard à l'éthique de l'organisation, une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée par la nature des activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, l'avocat général a indiqué que les juges nationaux doivent notamment prendre en compte le droit fondamental des organisations religieuses à l'autonomie et la proximité de l'activité salariée en question avec la mission de proclamation de cette organisation : CJUE, Communiqué de presse n° 117/17, 9 novembre 2017, Conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-414/16. À quelles conditions le critère « *religion ou convictions* » « *peut-il constituer, dans le cadre d'un recrutement ou dans la perspective d'un licenciement, une « exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation ?* ». « *La lecture des conclusions développées par l'avocat général Tanchev (...) permet de penser que la Cour accordera un poids important à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'autonomie normative des Églises et des autres organisations convictionnelles. Si la directive doit être lue à la lumière des articles 10 et 12 de la Charte, et donc des articles « correspondants » de la Convention, les articles 9 et 11, comment pourrait-il en être autrement ? L'auto-détermination des organisations convictionnelles est un droit fondamental reconnu par le droit primaire de l'Union ; il est renforcé par l'article 17 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* » : G. CALVES, *Le critère « religion ou convictions », même sens et même portée à Luxembourg et à Strasbourg ?*, Dr. soc. 2018, p. 323.

l'adhésion à son éthique, la CJUE, suivant l'avocat général, a répondu par la négative³⁰³. Selon la Cour, les États doivent prévoir des procédures pour faire respecter les obligations de la directive et les juges nationaux doivent s'assurer de « *l'existence objectivement vérifiable d'un lien direct entre l'exigence professionnelle imposée et l'activité concernée* », ce lien pouvant découler de la nature de cette activité ou des conditions d'exercice de cette activité³⁰⁴.

§ 2 : La rupture de l'accord de la conscience avec la tendance de l'entreprise

67. Les variations de conscience et de tendance. Si l'entreprise de tendance a le droit de sélectionner les candidats en fonction de leurs convictions, sans risquer d'être poursuivie pour discrimination à l'embauche, c'est que le succès de la relation de travail est supposé en dépendre. Par conséquent, il apparaît logique que si un écart se creuse entre les convictions du travailleur – manifestées par son comportement – et la tendance de l'entreprise, il faille mettre fin à cette divergence. Il est requis du travailleur une certaine constance de ses idées et l'adéquation de son attitude extérieure à celles-ci, ce qui implique que « *la liberté de conscience n'est donc point liberté d'agir selon ses caprices* »³⁰⁵. Les solutions sont différentes selon que le changement apparu en cours de contrat concerne la conscience du travailleur (I) ou la tendance de l'entreprise (II).

I : La rupture par le comportement du travailleur : la crise de conscience

68. La rupture du contrat de travail. Dans son Rapport précité de 1992, le Professeur Gérard Lyon-Caen notait qu'à l'époque, les litiges relatifs aux entreprises de tendance n'étaient survenus qu'au moment du licenciement et non de l'embauche³⁰⁶. La situation ne semble pas avoir changé depuis. Dans l'entreprise de tendance, il est acquis que le fait pour le salarié de ne plus adhérer aux buts et valeurs de l'entreprise puisse être considéré comme une cause réelle et sérieuse de licenciement, sous réserve de certains garde-fous. Il s'agit ici, à

³⁰³ « La Cour précise à cet égard qu'il n'incombe pas, en principe, aux juridictions nationales de se prononcer sur l'éthique en tant que telle, qui est à la base de l'exigence professionnelle invoquée » : CJUE, Communiqué de presse n° 46/18, 17 avril 2018, Arrêt dans l'affaire C-414/16.

³⁰⁴ CJUE 17 avril 2018 aff. C-414/16, *Vera Egenberger/Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV* ; M. Hautefort, *Entreprises de tendance : comment assurer un juste équilibre des droits ?*, JSL 29 mai 2018, n° 454, p. 4 ; H. NASSOM-TISSANDIER, *Religion et emploi dans une entreprise de tendance : le choix de la prudence*, in *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale*, RJS 7/18, p. 549.

³⁰⁵ A. SERIAUX, *note préc.*, D. 1983, p. 496.

³⁰⁶ G. LYON-CAEN, *Rapport préc.*, p. 60.

partir de l'étude du droit interne (A) et du droit européen (B), de répondre à la question suivante : à quelles conditions la rupture de l'accord de la conscience du salarié avec la tendance de l'entreprise, manifestée par un comportement divergent dudit salarié, constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement³⁰⁷ ?

A. La crise de conscience en droit interne

69. L'examen de la validité du licenciement comme sortie de crise. En 1928, les juridictions françaises connaissaient déjà des cas de crise de conscience, à l'instar du patron se séparant de sa secrétaire qui avait décidé d'abandonner l'idéal politique qu'ils partageaient au moment de son embauche³⁰⁸. Mais les juges semblent avoir été plus fréquemment saisis des problèmes liés aux conséquences des ruptures d'harmonie entre conscience et tendance entre les années 1970 et 1990³⁰⁹. La première affaire, déjà évoquée, date de 1975 et concerne une personne, organiste contractuelle et membre bénévole d'une chorale, valablement licenciée en raison de son refus de faire exécuter le programme de chants arrêté par le curé³¹⁰. Les affaires qui ont suivi étaient marquées d'une double opposition. À celle de la conscience et de la tendance, s'ajoutait celle de la vie privée³¹¹ et de la vie professionnelle du travailleur. En effet, s'il ne peut plus être procédé au licenciement disciplinaire d'un salarié pour une cause tirée de sa vie personnelle, et cela même si le comportement adopté dans ce pan de sa vie a entraîné l'apparition d'un trouble objectif au sein de l'entreprise³¹², il fut une époque où ce principe ne connaissait pas encore application dans les entreprises de tendance.

³⁰⁷ E. HIRSOUX, *Conclusion du Colloque*, L'année canonique, 39, 1997, p. 159.

³⁰⁸ Trib. civ. Seine, 26 mai 1928 ; cité par M. DESPAX, *La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail*, JCP 1963, I, 1776.

³⁰⁹ En réalité, les prémisses du raisonnement détaillé dans cette partie sont apparues dès un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 22 juin 1960 qui concernait, non pas une entreprise de tendance, mais une union départementale d'associations familiales. Cette dernière a pu valablement licencier une salariée au motif que « sa vie privée était incompatible avec la mission d'ordre essentiellement moral qu'elle avait à remplir » eu égard au but poursuivi par ladite union : Cass. soc., 22 juin 1960, Bull. civ. IV, n° 666.

³¹⁰ La Cour de cassation a donné raison à la cour d'appel d'avoir retenu que les conceptions opposées, de la salariée et de son employeur, concernant la musique dans les cérémonies liturgiques étaient devenues inconciliables, alors que la mise en œuvre de telles cérémonies exige « le concours sans réserve du musicien appelé à y participer » : Cass. soc., 9 avril 1975, n° 74-40.036, Bull. civ., n° 171 ; cf. *supra* n° 52 et note n° 240.

³¹¹ Puisqu'il s'agit de la vie familiale et intime du salarié, il semble qu'ici l'expression de « vie privée » soit plus adaptée que celle plus large de « vie personnelle », qui englobe la vie publique « extra-professionnelle » du salarié.

³¹² Cass. soc., 19 décembre 2007, n° 06-41.731, inédit ; Cass. soc., 23 juin 2009, n° 07-45.256, Bull. civ. V, n° 160 ; Cass. soc., 9 mars 2011, n° 09-42.150, Bull. civ. V, n° 69.

70. La validité du licenciement admise dans l'affaire « Dame Roy ». Ainsi, dans l'affaire dénommée « *Dame Roy* » ou « *Sainte-Marthe* », le licenciement d'une institutrice d'un établissement catholique d'enseignement privé, remariée après son divorce, avait d'abord été invalidé par la Chambre mixte de la Cour de cassation car il portait atteinte à la liberté du mariage, peu importe que le principe de l'indissolubilité du mariage soit cher à l'Église catholique³¹³. Cependant, dans la même affaire, en 1978, l'Assemblée plénière a opéré un revirement par rapport à la Chambre mixte, en donnant raison à la cour d'appel de renvoi³¹⁴ d'avoir « *retenu que lors de la conclusion du contrat (...) les convictions religieuses de cette dernière avaient été prises en considération et que cet élément de l'accord des volontés qui reste habituellement en dehors des rapports de travail avait été incorporé volontairement dans le contrat dont il était devenu partie essentielle et déterminante* »³¹⁵. Dans son rapport, le Conseiller Sauvageot expliquait que le débat portait « *moins sur la liberté de mariage que sur les conséquences pour les établissements d'enseignement privé de leur caractère propre* »³¹⁶. En commentant l'arrêt, Monsieur Raymond Lindon écrivait que l'Église catholique ferait probablement insérer des clauses dans les contrats de travail, afin de faire ressortir le caractère déterminant du respect de la doctrine de l'Église. Il se demandait également comment elle traiterait les cas de concubinage de salariés divorcés qui, voulant éviter un licenciement, ne se remarieraient pas³¹⁷. Mais la jurisprudence concernant les remariages s'est ensuite tarie.

71. La confirmation dans l'affaire « Fisher ». La Cour de cassation a néanmoins continué à être saisie de litiges relatifs à des crises de conscience de salariés d'entreprises de tendance. En 1986, dans l'arrêt « *Fischer* », la Chambre sociale a considéré que l'ancien article L. 122-45, devenu L. 1132-1, du code du travail « *n'est pas applicable lorsque le salarié, qui a été engagé pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur, méconnaît les obligations résultant de cet*

³¹³ Cass. ch. mixte, 17 octobre 1975, n° 72-40.239, Bull. ch. mixte, n° 5. En l'espèce, la Chambre mixte avait cassé l'arrêt de la cour d'appel, qui avait estimé que les maîtres devaient respecter les principes catholiques dans leur « *propre vie* » : CA Aix-en-Provence, 2 décembre 1971.

³¹⁴ CA Lyon, 7 octobre 1976, Juris-Data n° 1976-760835.

³¹⁵ Cass. Ass. plén., 19 mai 1978, n° 76-41.211, Bull. A.P., n° 1 ; Colloque du Centre Droit et Sociétés religieuses, *Les motifs de licenciement dans les entreprises de tendance*, L'année canonique, 39, 1997, p. 155 ; JCP, 1978, II, 19009, rapport de SAUVAGEOT, note de LINDON ; D. 1978, Partie Jurisprudence, p. 541, conclusions de R. SCHMELCK et note de Ph. ARDANT ; cf. *supra* n° 52 et note n° 241.

³¹⁶ SAUVAGEOT, *rapport préc.*, JCP, 1978, II, 19009.

³¹⁷ LINDON, *note préc.*, JCP, 1978, II, 19009.

engagement »³¹⁸. Selon cette dernière, dans un tel cas, la sanction ou le licenciement d'un salarié peut, sans être qualifié de discriminatoire, être fondé sur ses convictions religieuses au motif qu'elles ne seraient plus aussi intenses qu'au début de la relation de travail. Ainsi, la salariée, engagée au poste de maître-assistant d'histoire de l'Église moderne et contemporaine à la faculté libre de théologie protestante de Montpellier, a pu être sanctionnée en raison des choix de sa conscience. Cependant, dans cet arrêt comme dans l'arrêt « *Dame Roy* », il n'est pas évident que les choix personnels des salariées concernés aient eu un quelconque impact sur l'exécution de leur contrat de travail. Il faut alors noter que ces arrêts, datant de 1978 et 1986, sont antérieures à la réforme législative du 31 décembre 1992³¹⁹, qui a introduit l'ancien article L. 120-2 dans le code du travail, devenu l'article L. 1121-1 en 2007. Cette disposition a en effet permis de distinguer la vie privée et la vie professionnelle avec plus d'intensité.

72. Le revirement dans l'affaire « *Painsecq* ». Mais, avant la réforme, dans son arrêt dit « *Painsecq* » de 1991, la Cour de cassation avait déjà amorcé un changement de raisonnement. En l'espèce, un aide-sacristain avait été licencié par l'association Fraternité Saint Pie X, qui assumait les services de l'église Saint-Nicolas du Chardonnet, dès qu'elle eut appris par indiscretion son homosexualité et sa séropositivité. La Cour de cassation cassa l'arrêt de la cour d'appel, celle-ci n'ayant pas constaté de « *trouble caractérisé* » dans l'entreprise qui aurait été causé par les mœurs du salarié³²⁰. Les juges du droit ont ici sanctionné la cour d'appel de Paris qui avait estimé que la bonne exécution des tâches confiées au sacristain « *requérait nécessairement que l'attitude extérieure corresponde aux dispositions intérieures dont elle n'était que le reflet* »³²¹. L'arrêt « *Painsecq* » de 1991 a donc constitué une évolution jurisprudentielle puisque, même dans une entreprise de tendance, il ne semble plus possible de « *congédier un salarié pour le seul motif tiré de ses mœurs ou de ses*

³¹⁸ Cass. soc., 20 novembre 1986, n° 84-43.243, *Demoiselle Fischer*, Bull. civ. n° 555 ; J. SAVATIER, *La situation, au regard du droit du travail, des pasteurs de l'Église réformée*, Dr. soc. 1987, p. 375 ; JCP G, 1987, II, 20798, note de Th. REVET ; cf. *supra* n° 62 et notes n° 275 et 291.

³¹⁹ Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage : c'est l'article 25 qui a introduit l'ancien article L. 120-2 dans le Code du travail.

³²⁰ Cass. soc., 17 avril 1991, n° 90-42.636, *Painsecq c/ Association Fraternité Saint-Pie X*, Bull. civ. V, n° 201 ; Dr. Soc. 1991, p. 489, note de SAVATIER. « *« Chacun a droit au respect de sa vie privée. Il ne peut être procédé à un licenciement pour un motif tiré de la vie privée du salarié que si le comportement du salarié, compte tenu de ses fonctions et de la finalité de l'entreprise, a causé un trouble caractérisé au sein de cette dernière » : l'arrêt du sacristain M. Painsecq/St Nicolas du Chardonnet du 17 avril 1991 a marqué le changement de cap de la jurisprudence, préfigurant l'article L. 1121-1 (« Nul ne peut porter atteinte aux libertés, sauf si... »).* » : J.-E. RAY, *Le fait religieux dans l'entreprise*, in *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2011, n° 31, p. 195.

³²¹ CA Paris 30 mars 1990, n° 33-968.89, Juris-Data n°1990-021415 ; J. VILLACEQUE, *L'homosexualité d'un sacristain est une cause réelle et sérieuse de son licenciement*, D 1990, p. 596.

convictions religieuses »³²². Enfin, en janvier 1992, à l'occasion du renvoi de l'affaire « *Painsecq* », après cassation du premier arrêt d'appel, la cour d'appel de Paris a considéré cette fois-ci que la rupture était dépourvue de cause réelle et sérieuse. Les juges d'appel ont cependant admis que certaines entreprises à tendance idéologique sont en droit d'exiger « *un mode de vie et de pensée conformes à leurs finalités* » des salariés chargés d'une mission spirituelle³²³.

73. Concilier le droit à la liberté de conscience et une obligation de loyauté renforcée.

Pour les juridictions françaises, le personnel d'une entreprise de tendance doit lui aussi jouir de son droit à la liberté de sa conscience. Toutefois, il demeure admis que cette catégorie de salariés est soumise à un devoir renforcé de réserve et de loyauté, en étant tenu de ne pas manifester des opinions contraires à celles de l'entreprise qui les emploie et de ne pas adopter de comportements susceptibles d'en troubler le bon fonctionnement³²⁴. Les juges ont d'ailleurs continué de se montrer plus exigeants à l'égard des salariés ayant fait le choix de travailler au sein d'une entreprise de tendance³²⁵, même si les contentieux ne sont plus légion. Ainsi, après l'affaire « *Painsecq* », sur le fondement de ce critère du trouble, a été validé le licenciement d'un surveillant rituel de religion juive³²⁶, licencié pour avoir enfreint son « *obligation de réserve particulière* » en ayant des relations adultères répétées avec une femme mariée³²⁷. En tout état de cause, il y a désormais fort à parier que la solution de

³²² La Belgique a connu une évolution jurisprudentielle plus rapide sur ce sujet. En 1974, la cour du travail de Liège a d'abord jugé que la résiliation de plein droit et sans indemnité du contrat de travail d'une institutrice divorcée, travaillant dans une école catholique subventionnée, pouvait être invoquée en raison de son remariage (cour du travail de Liège, 27 juin 1974). En 1977, la cour du travail de Bruxelles avait adopté une position plus souple en considérant que tant que le comportement de l'enseignant ne créé pas de scandale, la clause du règlement autorisant la résolution du contrat de l'enseignant contrevenant aux normes de la moralité catholique était contraire à la CESDH (cour du travail de Bruxelles, 24 novembre 1977). Enfin, en 1976, la Cour de cassation belge a déclaré nulles les clauses du contrat de travail stipulant que le mariage du salarié divorcé met fin à celui-ci (Cour de cassation de Belgique, 8 décembre 1976). En revanche, la Cour fédérale allemande a pu estimer justifié le licenciement du salarié dont le comportement est contraire à la doctrine de l'entreprise de tendance (concernant une enseignante et directrice d'école catholique remariée à un homme divorcé : Cour fédérale du travail, 25 avril 1978 ; concernant un salarié homosexuel travaillant au service des œuvres diaconales : Cour fédérale du travail, 30 juin 1983). Ces arrêts sont cités par : A. POUSSON, *Convictions religieuses et activités salariées*, in *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, Presse de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 309.

³²³ CA Paris, 29 janvier 1992, n° 91-22.143, Juris-Data n°1992-020252.

³²⁴ J.-M. OLIVIER, *op. cit.*, p. 79 ; G. COUTURIER, in *Libertés et droits fondamentaux*, dir. M. DELMAS-MARTY et C. LUCAS de LEYSSAC, Éditions du Seuil, 1996, p. 313.

³²⁵ J. RICHARD DE LA TOUR, *La vie personnelle du salarié, Étude sur la jurisprudence récente de la Chambre sociale de la Cour de cassation*, Rapport annuel de la Cour de cassation de 1999, p. 191.

³²⁶ Sur une autre affaire relative à un surveillant rituel : cf. *infra* n° 84 et note n° 382.

³²⁷ Dans cette affaire, les relations adultères avaient été connues de l'ensemble de la communauté juive de Toulouse ainsi que des producteurs, transporteurs et distributeurs de produits casher. La cour d'appel a rappelé à

l'Assemblée plénière de 1978 ne trouverait plus à s'appliquer en l'absence de caractérisation d'un trouble objectif³²⁸ et de démonstration d'une « *exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation* », au sens de l'article 4§2 de la directive 2000/78/CE³²⁹.

B. La crise de conscience en droit européen

74. La Commission européenne des droits de l'Homme et les Églises. Lors de l'examen de la recevabilité des requêtes introduites devant la CEDH, la Commission européenne des droits de l'homme a eu maintes fois l'occasion d'exprimer sa position selon laquelle il appartient au salarié travaillant dans une entreprise de tendance de veiller à ce que ses convictions personnelles ne s'écartent pas de celles de son employeur³³⁰. Selon la Commission, les Églises n'étaient pas tenues d'assurer la liberté de religion de leurs prêtres et de leurs fidèles, de sorte que ces derniers ne pouvaient leur opposer leur conception individuelle de la liberté de religion. Ainsi, le pasteur danois, qui soumettait le droit de baptême des fidèles à des conditions contraires aux directives du ministre des cultes, a pu valablement être enjoint par ce dernier à cesser ce comportement ou à démissionner³³¹. La requête du pasteur norvégien, licencié car il considérait que la loi norvégienne sur l'avortement était incompatible avec la religion et avait décidé de ne plus s'acquitter de ses fonctions, a été déclarée irrecevable, puisqu'il avait non seulement souscrit à des obligations religieuses mais aussi à des obligations vis-à-vis de l'État en s'engageant dans une Église officielle³³². La même solution a été appliquée à un pasteur officiant pour une Église indépendante de l'État allemand et démis de ses fonctions, la Commission ayant affirmé que

l'intéressé qu'ayant « *accepté d'être soumis aux restrictions de sa vie privée qu'exigent les fonctions qu'il occupait et qui sont de caractère religieux, il ne peut se prévaloir de la liberté protégeant la vie privée pour conserver son emploi* » : CPH Toulouse, 2 juin 1994, Cah. prud'h. 1994, n° 8, p. 138 ; confirmé par CA Toulouse, 23 juin 1995, Cah. prud'h. 1995, n° 9, p. 159.

³²⁸ Ph. WAQUET, Y. STRUILLOU et L. PECAUT-RIVOLIER, *Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié, Du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, Éd. Liaisons, 2014, p. 292.

³²⁹ P. MORVAN, *Sur la défense des valeurs par la jurisprudence sociale récente*, RJS 2018, p. 543 et s., spéc. p. 544.

³³⁰ J. DUFFAR, *Religion et travail dans la jurisprudence de la CJCE et des organes de la CESDH*, Revue de Droit Public, 1993, p. 700.

³³¹ Comm. EDH, req. n°7374/76, X. c. Danemark, 8 mars 1976, DR 5/160.

³³² Comm. EDH, req. n°11045/84, Knudsen c. Norvège, 8 mars 1985, DR 42/268.

le droit à la liberté de religion ne lui donnait pas celui d'aller à l'encontre des directives de la plus haute autorité de l'Église en question³³³.

75. La Commission européenne des droits de l'Homme et les autres entreprises de tendance. La Commission appliquait d'ailleurs un raisonnement identique aux entreprises de tendance autres que des Églises. En déclarant irrecevable la requête d'un médecin licencié par un hôpital catholique allemand, la Commission a confirmé l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande³³⁴. En l'espèce, ce dernier avait participé à la rédaction d'une lettre s'élevant contre les attaques sur l'avortement et destinée à être publiée dans un journal³³⁵. Or, le contrat de travail de ce médecin était régi par les directives de l'organisation fédérative des organismes de secours catholique en Allemagne, prévoyant la résiliation en cas de comportement déloyal ou de méconnaissance grave des principes moraux de l'Église³³⁶. En vertu des textes constitutionnels allemands applicables à l'espèce, une Église peut imposer à ses salariés les grands principes de ses enseignements dogmatiques et leur demander de ne pas enfreindre les obligations fondamentales³³⁷. Par ailleurs, la résiliation du contrat de travail d'un salarié, occupant un poste de responsabilité au sein d'une fondation pour l'immigration, au motif qu'il était devenu membre dirigeant d'un parti politique hostile à la présence de travailleurs immigrés, a été considérée comme une ingérence raisonnable de l'employeur dans l'exercice des libertés du salarié. La Commission a ainsi considéré que l'employeur pouvait légitimement faire preuve de discrétion dans le choix des membres du personnel et tenir compte des répercussions dommageables des activités politiques contraires du salarié³³⁸.

76. La jurisprudence de la CEDH. Plus tard, la CEDH a nuancé l'analyse de la Commission. En 2009, la Cour s'est d'abord placée sur le terrain procédural pour juger que le refus de l'Université catholique de Milan de renouveler le contrat d'un professeur de philosophie du droit était contraire à la CEDH, car la référence à ses « *opinions hétérodoxes* », c'est-à-dire à ses prises de positions contraires à la doctrine catholique, était

³³³ Comm. EDH, req. n°10901/84, *X. c. RFA*, 8 mai 1985, non publié.

³³⁴ Cour constitutionnelle allemande, *Rommelfanger*, 4 juin 1985.

³³⁵ Comm. EDH, req. n°12242/86, *Rommelfanger c. RFA*, 6 septembre 1989.

³³⁶ Les décisions des juges du fond allemands avaient d'abord été favorables au médecin mais la Cour constitutionnelle fédérale avait quant à elle validé le licenciement, à l'instar de la Commission.

³³⁷ J.-E. RAY, *À propos d'une rébellion*, Dr. soc. 2014, p. 4.

³³⁸ Comm. EDH, 8 mars 1985, n° 11002/84, *Van Der Heijden c. Pays-Bas*, DR 41/267.

trop vague et avait empêché un débat contradictoire à ce sujet³³⁹. L'année suivante, dans deux affaires précitées, la CEDH s'est prononcée de façon opposée à propos des licenciements de deux salariés mariés ayant entretenu des relations extraconjugales durables. Dans la première affaire, le salarié avait un poste de dirigeant au sein du département des relations publiques de l'Église mormone et avait été licencié après avoir confié à son directeur de conscience – apparemment dénué de conscience professionnelle puisqu'indigne de confiance – qu'il avait eu des rapports sexuels en dehors de son mariage. Ce licenciement a été jugé justifié par l'atteinte à des conceptions fondamentales de la doctrine religieuse promue par l'employeur et considéré comme ne portant qu'un préjudice limité au salarié, en raison de son âge et de son ancienneté dans l'emploi³⁴⁰. En revanche, dans la seconde affaire du même jour, concernant un salarié occupant les fonctions d'organiste et de chef de chœur dans une paroisse catholique, l'Allemagne a été condamnée. En effet, le licenciement de ce salarié avait été insuffisamment justifié par les juges nationaux, au regard de l'atteinte portée par l'adultère à ses obligations de loyauté et à la crédibilité de son employeur, et de la difficulté du salarié à « *trouver un nouveau poste en dehors de l'Église employeur* »³⁴¹. Un an plus tard, la CEDH a conclu à la non-violation par l'Allemagne de l'article 9 de la CESDH concernant le licenciement d'une éducatrice dans une garderie d'enfants tenue par une paroisse protestante, qui avait enfreint son obligation de loyauté renforcée en devenant membre de l'Église universelle pour laquelle elle proposait des cours d'initiation sur son temps de vie personnelle³⁴². En 2014, la CEDH a

³³⁹ Le Conseil de la Faculté avait pris acte de l'opposition de l'autorité ecclésiastique compétente, la Congrégation pour l'Éducation Catholique : CEDH, 20 octobre 2009, n° 39128/05, *Vallauri Lombardi c/ Italie* ; cité par : F. MESSNER, P.H. PRELOT et J.-M. WOEHRING, *Droit français des religions*, LexisNexis, 2013, p. 1221.

³⁴⁰ CEDH, 5^e sect., 23 septembre 2010, n° 425/03, *Obst c. Allemagne* ; J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY, *Les droits de l'Homme salarié de l'entreprise identitaire*, D. 2011, p. 1637 ; cf. *supra* n° 51 et note n° 234. Le raisonnement alliant légitimité et proportionnalité n'est pas sans rappeler celui de l'article L. 1121-1 du code du travail. La CEDH a validé le raisonnement des juges allemands qui avaient apprécié l'opportunité du licenciement selon la nature du poste occupé par le salarié, la gravité du manquement à son obligation de loyauté et l'atteinte à la crédibilité de l'entreprise si le salarié était resté en poste : J. COUARD, *Licenciement pour adultère par un organisme religieux : la consécration des entreprises dites « identitaires » par la CEDH*, RDT 2011, p. 45.

³⁴¹ CEDH, 5^e sect., 23 septembre 2010, n° 1620/03, *Schüth c. Allemagne* ; J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY, *art. préc.*, p. 1637 ; cf. *supra* n° 51 et note n° 235. Si, en signant son contrat de travail, le salarié a accepté de respecter un devoir de loyauté envers l'Église catholique, cette signature ne pouvait néanmoins pas être interprétée « *comme un engagement personnel sans équivoque de vivre dans l'abstinence en cas de séparation ou de divorce* » : C. WILLMANN, *Entreprises de tendance : on ne badine pas avec l'amour*, Lexbase hebdo éd. soc. 2010, n° 414.

³⁴² Pour statuer en ce sens, la CEDH a observé d'abord que les juridictions nationales du travail avaient veillé à ce que l'Église protestante n'impose pas à ses salariés des obligations de loyauté inacceptables et étaient parvenues à une mise en balance circonstanciée des intérêts divergents en jeu. La clause de loyauté a été considérée comme « *nécessaire à la crédibilité de l'Église protestante vis-à-vis du public et des parents des enfants fréquentant le jardin d'enfants* », peu importe ici que le comportement déloyal ait eu lieu en dehors de la

considéré comme justifié le non-renouvellement du contrat, par un lycée public espagnol, d'un professeur de religion catholique qui avait fait part dans la presse de sa situation de prêtre marié et de père de famille, ainsi que de certaines de ses opinions contraires avec les préceptes de l'Église³⁴³.

77. La jurisprudence à venir de la CJUE. Quant à la CJUE, elle aura prochainement l'occasion de se prononcer sur le sujet. Une demande de décision préjudicielle en date du 9 février 2017, concernant l'Allemagne, pose la question de savoir si la « *Church clause* » de la directive 2000/78 permet à une Église d'établir une distinction, en ce qui concerne l'exigence de loyauté des travailleurs exerçant des fonctions d'encadrement, entre ceux de confession catholique et ceux d'une autre confession ou sans confession³⁴⁴. Plus précisément, en l'espèce, le chef du service de médecine interne d'un hôpital catholique, soumis au contrôle de l'archevêque catholique de Cologne, a été licencié au seul motif qu'il a divorcé et qu'il s'est remarié civilement, alors que ce licenciement n'aurait pas eu lieu, s'il n'avait pas été catholique. Dans ses conclusions présentées le 31 mai 2018, l'avocat général Melchior Wathelet a répondu à la question en expliquant que l'adhésion à la conception du mariage de l'Église catholique ne constitue pas une exigence professionnelle essentielle et justifiée, puisque l'hôpital recrute des non-catholiques pour occuper des postes à responsabilité médicale et leur confie des fonctions d'encadrement³⁴⁵.

sphère professionnelle : CEDH, 3 février 2011, n° 18136/02, *Siebenhaar c. Allemagne* ; E. LAFUMA, *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale*, chron., RJS 2011, p. 355.

³⁴³ CEDH, 12 juin 2014, n° 56030-07, *Fernandez Martinez c/ Espagne*. Au préalable, le rescrit des autorités vaticanes, qui l'avait exempté de l'obligation de célibat, indiquait que l'intéressé ne pourrait plus enseigner la religion catholique dans un établissement public, sous réserve que l'évêque du lieu n'en décidât autrement et à la condition qu'il n'y eût pas de « *scandale* ». À cette occasion, la Cour a rappelé que si « *on ne saurait déduire de l'article 8 un droit à l'emploi* », « *il n'y a aucune raison de considérer que la vie privée exclue les activités professionnelles* », *a fortiori* en l'espèce où « *l'interaction entre vie privée et vie professionnelle était d'autant plus réelle que l'emploi en question exigeait une adéquation entre le comportement dans le cadre de la vie privée et l'activité professionnelle* » : Communiqué de presse du Greffier de la Cour, *Le non-renouvellement de contrat d'un professeur de religion et de morale catholiques, prêtre marié et père de famille, ayant manifesté publiquement son engagement militant auprès d'un mouvement opposé à la doctrine de l'Église était légitime et proportionné*, CEDH 170 (2014), 12 juin 2014.

³⁴⁴ CJUE, aff. C-68/17, *IR / JQ*, Demande de décision préjudicielle présentée par le Bundesarbeitsgericht (Allemagne) le 9 février 2017.

³⁴⁵ « *La question qui se pose dans la présente affaire est de savoir si le respect de la conception du mariage selon la doctrine et le droit canonique de l'Église catholique constitue une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée, au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78, qui peut entraîner une différence de traitement, en termes de licenciement, entre les employés catholiques et les employés d'une autre confession ou sans confession* » : Conclusions de l'avocat général M. Melchior Wathelet présentées le 31 mai 2018, Affaire C-68/17, *IR* contre *JQ*.

II : La rupture par le changement de tendance de l'entreprise : la clause de conscience

78. Une contrepartie au changement. Il ne faudrait pas croire que seule la conscience du travailleur puisse connaître des soubresauts. L'entreprise peut elle aussi être amenée à changer de tendance au cours de son existence, pour des raisons diverses et variées, notamment économiques ou politiques. Elle peut alors être à l'origine de la rupture d'harmonie entre sa nouvelle tendance et la conscience des membres du personnel ayant rejoint ses rangs à l'époque de la tendance initiale. Si l'entreprise peut, sous certaines conditions, mettre fin à la relation de travail en cas de divergence de convictions avec le travailleur, il convient à l'inverse de réparer le préjudice qu'elle lui cause lorsqu'il se retrouve malgré en lui en décalage avec son employeur. Tel est l'objectif de la clause de conscience qui peut être invoquée pour rompre un contrat de travail tout en bénéficiant d'une compensation de la part de l'entreprise. En d'autres termes, une telle clause permet à un individu démissionnaire de profiter du régime du licenciement et, par conséquent, des indemnités afférentes. À l'origine, cette clause a été créée uniquement pour les journalistes des « *entreprises de journal* »³⁴⁶ (A), mais son intérêt pour d'autres situations de travail a rapidement été pressenti (B).

A. L'application originelle dans les entreprises de journal

79. Définition et procédure. Par un jeu de renvoi aux dispositions législatives énoncées par l'article L. 7112-5 du Code du travail³⁴⁷, la clause de conscience permet au journaliste de bénéficier d'une indemnité de licenciement, même s'il est à l'initiative de la rupture³⁴⁸, en cas de cession³⁴⁹, de cessation³⁵⁰ ou de « *changement notable dans le caractère ou l'orientation*

³⁴⁶ Il s'agit de l'expression retenue par la Cour de cassation pour exclure les agences de presse : « *entreprise de journal ou périodique* » : Cass. soc., 6 février 2001, n° 98-44.306, Bull. civ. V, n° 46 ; RJS 4/01 n° 539, cf. *infra* note n° 318.

³⁴⁷ Auparavant, dans les anciennes codifications, la clause de conscience se trouvait aux articles 29d et 29e du Livre I^{er}, puis à l'article 1029 E et ensuite à l'article L. 761-7.

³⁴⁸ Cet article renvoie aux articles L. 7112-3 et L. 7112-4 du même code, concernant les indemnités de licenciement.

³⁴⁹ « *Cette notion de cession est délicate à analyser ou à appliquer. (...) un effort de précision et de clarification devrait sans doute être entrepris, obligeant sur ce point à compléter ou corriger la loi. (...) d'une façon sans doute plus proche et respectueuse des intentions du législateur de 1935, au fait de « cession », ouvrant droit à la mise en jeu de la clause de conscience, il paraîtrait préférable de substituer, ou d'ajouter au moins, le changement de directeur de la publication, que ce changement soit, ou non, lié à une cession* » : E. DERIEUX, *Droit de la communication*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2003, p. 370 à 372.

³⁵⁰ Il s'agit du cas où l'employeur propose au journaliste de l'affecter, en raison de la cessation de la publication à laquelle il collaborait, à un autre titre édité par la société ou le groupe car « *il pourrait y avoir, de ce fait, atteinte aux intérêts moraux du journaliste, compte tenu de son engagement personnel particulier à l'égard de*

du journal ou périodique si ce changement crée, pour le salarié, une situation de nature à porter atteinte à son honneur, à sa réputation ou, d'une manière générale, à ses intérêts moraux ». Dans le dernier cas, qui est aussi le plus emblématique de la mise en œuvre de la clause, le journaliste n'est, en outre, pas tenu d'effectuer son préavis³⁵¹. Bien que les termes de « conscience » ou de « convictions » n'y apparaissent pas, cette « clause » – qui est donc une disposition législative et non pas contractuelle, comme son intitulé pourrait le laisser croire – n'en est pas moins le garant pour tout journaliste du plein exercice de sa conscience à l'intérieur de l'entreprise³⁵². Elle offre aux journalistes la possibilité de ne pas renier leurs opinions³⁵³. Ces derniers peuvent d'ailleurs l'actionner quand ils le souhaitent puisqu'il n'y a pas de délai pour l'invoquer³⁵⁴. En cas de refus de l'employeur d'accorder au journaliste le bénéfice de la clause de conscience, ce dernier peut saisir le conseil de prud'hommes de sa demande³⁵⁵. Alors qu'en certaines circonstances, il appartient à une commission arbitrale – composée de professionnels de l'information, employeurs et journalistes – de déterminer le

l'organe ou support auquel, il collabore ou des liens spécifiques qui l'unissent, parfois au moins, à celui-ci et à son public » : E. DERIEUX, op. cit., p. 372-373.

³⁵¹ Cependant, la Cour de cassation décide que l'employeur n'est pas tenu de verser une indemnité compensatrice de préavis : Cass. soc., 17 avril 1996, n° 93-42.409, RJS 5/12 n° 512. Mais le salarié ne doit pas non plus verser d'indemnité compensatrice, sinon la clause de conscience se retournerait en partie contre lui, ce qui ferait perdre au dispositif son intérêt.

³⁵² « Travailleur intellectuel, supposé s'engager personnellement et moralement dans ses écrits, articles et reportages, et devant pouvoir rester maître de ses analyses et de ses opinions, le journaliste perdrait cette liberté, son honneur et sa dignité seraient atteints s'il était contraint de continuer à travailler pour un employeur ou pour une publication dont la nature ou l'orientation aurait changé » : E. DERIEUX, op. cit., p. 369.

³⁵³ Ph. ARDANT, *La clause de conscience*, in *Conscience des Libertés et Liberté de la Conscience*, 1^{er} Colloque à Athènes (1980), Athènes, 1983, p. 153. Dans le cas du journaliste, « le conflit inter-normatif n'est pas apparent (...) Les normes en conflit sont d'une part la norme contractuelle (ou, si on préfère, l'art. 1134 C. civ.) et d'autre part l'obligation morale de se comporter en conformité avec ses propres opinions. Devant la difficulté à cerner la norme en opposition avec la règle juridique, on peut être tenté de conclure qu'il n'y a pas de conflit inter-normatif et que la justification de l'atteinte aux règles classiques du droit du travail se trouve dans un respect renforcé de la liberté de conscience. Celle-ci étant juridiquement définie (...) il n'y aurait pas de clause de conscience ». Cependant, « seule la norme morale, relayée par la norme professionnelle, apporte une réponse, justifiant la qualification de conflit inter-normatif et de clause de conscience. Cette obligation morale est toutefois très particulière car elle n'indique en rien le comportement à suivre, elle exige simplement que, les opinions une fois définies, on ait un comportement cohérent. (...) La place de la conscience est beaucoup plus importante : non seulement elle décide s'il faut ou non faire primer la norme morale car il n'est pas question que le droit impose le respect de la norme morale, mais en outre elle lui confie le soin de déterminer quelles sont ses opinions » : D. HIEZ, art. préc., spéc. p. 215-216.

³⁵⁴ Cass. soc., 10 mars 1998, n° 95-43.795, Bull. civ. V, n° 130 ; RJS 4/98 n° 542 ; Cass. soc., 30 novembre 2004, n° 02-42.437, Bull. civ. V, n° 314 ; comm. par F.-J. PANSIER, *La clause de conscience du journaliste est-elle périssable ?*, CSBP, 1^{er} février 2005, n° 167, p. 64 ; Cass. soc., 16 février 2012, n° 10-18.525, inédit ; commenté par F.-J. PANSIER, *Conditions de la clause de conscience du journaliste*, CSBP, 1^{er} avril 2012, n° 240, p. 117.

³⁵⁵ J.-L. DURAND, *La clause de conscience des journalistes professionnels*, Dr. soc. 1994, p. 256.

montant des indemnités de licenciement dues³⁵⁶, le même choix d'instance n'a pas été retenu pour les litiges liés aux motifs de la mise en jeu de la clause de conscience. Ce choix aurait pourtant permis que tous ces litiges soient tranchés par des gens du métier³⁵⁷. La démarche n'est, par ailleurs, pas sans danger pour le journaliste qui est contraint de commencer par démissionner avant de pouvoir invoquer le bénéfice de sa clause, au risque de se retrouver sans indemnité si le bien-fondé de son action n'est pas reconnu³⁵⁸.

80. Champ d'application. La clause de conscience a été créée par la loi du 29 mars 1935, dite « *loi Brachard* », relative au statut professionnel des journalistes³⁵⁹. Cette loi ne concernait alors que le journaliste professionnel de presse écrite, décrit à l'article L. 7111-3 du Code du travail comme « *celui qui a pour occupation principale, régulière et rétribuée l'exercice de sa profession dans une ou plusieurs publications quotidiennes ou périodiques et dans une ou plusieurs agences de presse et qui en tire le principal de ses ressources* ». La loi du 4 juillet 1974, dite « *loi Cressard* »³⁶⁰, a ensuite étendu le champ d'application du statut aux journalistes pigistes, tandis que la loi du 29 juillet 1982 en a fait bénéficier les journalistes travaillant dans les entreprises de communication audiovisuelle³⁶¹. Cette application est confirmée par l'article L. 7111-5 du Code du travail, qui a pris acte de la modernisation de la profession lors de la recodification, en rappelant qu'ont la qualité de journalistes professionnels les « *journalistes exerçant leur profession dans une ou plusieurs entreprises de communication au public par voie électronique* ». En revanche, les journalistes des agences de presse ne peuvent pas invoquer la clause de conscience³⁶².

³⁵⁶ Par exemple, il ressort d'un arrêt récent de la Cour de cassation que, dès qu'un journaliste professionnel a plus de quinze ans d'ancienneté, la commission arbitrale des journalistes est seule compétente pour statuer sur l'octroi et sur le montant d'une indemnité de licenciement, quelle qu'en soit la cause : Cass. soc., 14 février 2018, n° 16-25.649.

³⁵⁷ E. DERIEUX, *op. cit.*, p. 376.

³⁵⁸ « *Le journaliste qui invoque la clause de conscience, étant le seul à pouvoir apprécier ce qui est contraire à sa conscience et à son honneur, ne peut donc, réclamer l'indemnité litigieuse que s'il a pris l'initiative de rompre son contrat par démission* » : CA Rennes, 7 janvier 1986 ; cité par E. DERIEUX, *op. cit.*, p. 376.

³⁵⁹ JORF, 30 mars 1935, p. 3595.

³⁶⁰ La loi n° 74-630 est celle « *modifiant l'alinéa 1 de l'article L. 761-2 du code du travail et le complétant par un nouvel alinéa afin de faire bénéficier les journalistes « pigistes » du statut des journalistes professionnels* ».

³⁶¹ L'article 93 de la loi n° 82-652 sur la communication audiovisuelle dispose que « *le recrutement des journalistes s'effectue selon les règles de la convention collective nationale de la presse et ses avenants* ». La cour d'appel de Versailles a confirmé que les journalistes des entreprises de communication audiovisuelle peuvent bénéficier de la clause de conscience : CA Versailles, 20 octobre 2006, n° 05-3457.

³⁶² « *Mais attendu que si les dispositions de l'article L. 761-2 du Code du travail sont applicables à l'ensemble des journalistes qui ont pour occupation principale, régulière et rétribuée l'exercice de leur profession dans une ou plusieurs publications quotidiennes ou périodiques ou dans une ou plusieurs agences de presse et qui en tirent le principal de leurs ressources, il n'en est pas de même du bénéfice des dispositions de l'article L. 761-7*

81. Examen de conscience en cas de changement notable. En cas de cession et de cessation de la publication, le droit d'invoquer la clause de conscience est apprécié souverainement par le journaliste. En revanche, en cas de changement notable, le journaliste doit apporter la preuve de ce dernier, en plus de celle de l'atteinte portée par ce changement à ses intérêts moraux. Si la première condition s'apprécie en faisant « *abstraction de la personnalité juridique du journaliste* »³⁶³, le raisonnement inverse est de mise pour apprécier l'atteinte à la situation morale du journaliste³⁶⁴. Au lendemain du vote de la loi de 1935, le changement notable était illustré par le cas du journal littéraire décidant de se reconvertir dans la « *publication d'écrits pornographiques* » ou par celui du journal politique devenant « *un simple organe de diffamation et de chantage* »³⁶⁵. En revanche, ni la modification du personnel dirigeant, ni le changement d'orientation politique³⁶⁶ n'étaient considérés comme un changement notable³⁶⁷. La doctrine³⁶⁸ et la jurisprudence ont ensuite admis un élargissement du champ d'application de la clause. En 1961, la Cour de cassation a validé l'application de la clause de conscience en faveur du chef du service de politique étrangère et du caricaturiste du journal *Franc-Tireur*, devenu *Paris-Journal*, au motif que le nouveau journal s'était fortement détourné de l'orientation politique affirmée du journal d'origine³⁶⁹.

du même Code qui, aux termes de la loi, est réservé aux journalistes employés dans une entreprise de journal ou périodique mentionnée à l'article L. 761-2 dudit Code à l'exclusion des agences de presse » : Cass. soc., 6 février 2001, n° 98-44.306, Bull. civ. V, n° 46 ; RJS 4/01 n°539.

³⁶³ Le qualificatif « notable » viserait « *un changement dans le journal qui n'apparaît pas qu'aux membres de la profession mais au public lui-même. Le terme « caractère du journal » se référerait, d'autre part, au genre de la publication. (...) Quant à « l'orientation du journal », elle s'entend des tendances générales de la publication dans le domaine des idées politiques ou philosophiques* » : D. PERIER-DAVILLE, note sous CA Paris, 19 janvier 1981, Gaz. Pal. 1981, I, p. 213.

³⁶⁴ Avec ces deux appréciations quelque peu contradictoires, la tâche du juge peut sembler délicate. Mais, en réalité, à partir du moment où un changement particulièrement voyant ou choquant intervient, « *il devient presque superflu d'examiner si ce changement à créer une situation de nature à porter atteinte (...) aux intérêts moraux du journaliste* » : D. PERIER-DAVILLE, note préc., p. 213.

³⁶⁵ M. LACHAZE, D. 1936, 2^{ème} cahier, 4^{ème} partie, p. 58.

³⁶⁶ À titre d'illustration, le changement d'orientation politique était alors vu comme susceptible d'atteindre l'honneur des rédacteurs politiques ou des secrétaires de rédaction, risquant d'être taxés « *de versatilité* » s'ils restaient malgré la transformation, mais pas celui des rédacteurs de chroniques autres que politiques – littéraires ou sportives entre autres – ou des employés subalternes. À l'inverse, le changement de caractère d'un journal – dans un sens contraire à la morale – pouvait atteindre l'ensemble du personnel : M. LACHAZE, note préc., p. 58.

³⁶⁷ M. LACHAZE, note préc., p. 58.

³⁶⁸ R. LINDON, *La « clause de conscience » dans le statut des journalistes*, JCP G 1962, I, 1669.

³⁶⁹ Cass. soc., 9 novembre 1961, Bull n° 925 et n° 926 ; commenté par R. LINDON, art. préc., 1669. Auparavant, la cour d'appel avait admis un délai d'attente de six mois pour actionner la clause, considérant notamment qu'« *un temps suffisant lui a été nécessaire pour prendre conscience de la situation qui a provoqué son attitude légitime* » : CA Paris 25 juin 1959, Gaz Pal 1959, 2, p. 325. Le cas d'espèce du

En 1981, la cour d'appel de Paris a donné raison au chef du service littéraire du « *Figaro* » d'avoir fait valoir, comme « *changement essentiel sur le caractère et l'orientation déontologiques du journal* », le départ simultané de son directeur général et de son directeur politique, à la suite d'une concentration des pouvoirs entre les mains du propriétaire³⁷⁰. Mais, en 1988, la Cour de cassation a jugé que, lorsque la modification de la structure de l'organe de gestion a pour but unique d'assainir la situation financière, et que la prise de contrôle du journal par certains syndicats n'a pas eu pour conséquence d'empêcher l'expression d'opinions politiques divergentes, le journaliste n'est pas fondé à se prévaloir de la clause de conscience³⁷¹. Plus tard, en 1996, les juges du droit ont estimé que le passage du magazine « *Voici* » du caractère familial, et donc « *exclusif de tout caractère scandaleux* », à la « *publication d'articles privilégiant le sensationnel et portant atteinte à la vie privée* » constituait un « *changement notable* », aussi bien pour les rédacteurs que pour les secrétaires de rédaction³⁷².

82. Nature juridique du changement notable. Le changement notable peut donc apparaître comme une modification du contrat de travail, dont le journaliste doit apporter la preuve et qu'il peut décider de ne pas accepter. La rupture, dont le salarié est pourtant à l'origine, est alors considérée comme devant être prononcée aux torts de l'employeur, comme s'il s'agissait d'une prise d'acte de la rupture d'un contrat, dont l'employeur aurait rendu impossible la poursuite pour le salarié³⁷³. Mais plusieurs commentateurs y ont vu davantage une transposition du droit moral des auteurs³⁷⁴. Ainsi, parmi les recommandations du pôle

caricaturiste est d'autant plus intéressant que l'arrêt précise que, avant de démissionner, il avait demandé par écrit des « *garanties morales* » de liberté quant à la conception de ses dessins.

³⁷⁰ CA Paris, 19 janvier 1981, n° 79-26765, *Mauriac Claude c. SA Figaro et société de gestion du Figaro* ; note de D. PERIER-DAVILLE Gaz. Pal. 1981, I, p. 213. La cour d'appel a confirmé ensuite que le remplacement du rédacteur en chef d'une publication traduit un changement notable permettant d'invoquer la clause de conscience, peu importe qu'à l'issue d'une longue période de crise, la publication retrouve la même ligne politique que précédemment : CA Paris, 2 mai 1989, *SEPA c. Demeulenaere*, Juris-Data n° 1989-023894.

³⁷¹ Cass. soc., 17 mars 1988, n° 85-40.831, Bull. civ. V, n° 191.

³⁷² Cass. soc., 17 avril 1996, n° 93-42.409, Bull. civ. V, n° 167 ; obs. de J. SAVATIER, Dr. soc. 1996, p. 638. Il importait peu que le changement d'orientation ait été effectué pour assurer la survie du journal, la clause de conscience étant « *hors marché* », à l'instar de la dignité humaine : B. EDELMAN, *Clause de conscience des journalistes et changement d'éthique d'un journal*, D. 1997, p. 126.

³⁷³ J. SAVATIER, *obs. préc.*, p. 638.

³⁷⁴ H. GUERNUT, *Exposé des motifs de la proposition de loi relative au statut professionnel des journalistes*, 28 mars 1933, JO débats de l'Assemblée nationale, annexe n° 1653, p. 749 ; M. LACHAZE, D. 1936, 2^{ème} cahier, 4^{ème} partie, p. 58 ; B. EDELMAN., *Clause de conscience des journalistes et changement d'éthique d'un journal*, D. 1997, p. 126 ; Livre Vert du 8 janvier 2009.

« *Métiers du journalisme* », au sein du Livre Vert remis le 8 janvier 2009 à la ministre de la Culture, après les États généraux de la presse écrite, il a été réaffirmé que « *la clause de conscience, liée au droit moral des journalistes, ne doit pas être remise en cause* » car elle « *est l'un des gages de leur indépendance* »³⁷⁵. À l'inverse, d'autres ont pu considérer qu'il est important de distinguer le droit moral de l'artiste, qui lui permet de s'opposer à ce que son œuvre soit défigurée, de la conscience morale du journaliste, qui se cache sous les triples termes d'« *honneur* », de « *réputation* » et d'« *intérêts moraux* »³⁷⁶.

B. L'appel à l'extension dans d'autres types d'entreprises³⁷⁷

83. Des appels à l'extension du champ d'application personnel. Dans un courrier datant de 1933, cité dans l'exposé des motifs de la loi de 1935, le secrétaire général du syndicat national des journalistes écrivait : « *au cours de l'exécution d'un contrat de louage de services, tout travailleur peut se trouver dans le cas d'exiger la rupture ou la suspension d'une convention dont l'exécution apparaît comme nettement contraire à son honneur, à sa réputation, à sa dignité, à sa conscience morale* »³⁷⁸. En 1978, de façon plus restrictive, le Professeur Philippe Ardant avait fait valoir que le développement des obligations à l'égard des salariés des établissements privés à caractère propre impliquait une réciproque : « *Dans les rapports entre enseignants et établissements privés ne devrait-on pas inclure, à l'image du statut des journalistes, une sorte de clause de conscience ? Si un établissement privé modifie son caractère propre, pourquoi le professeur ne pourrait-il pas rompre unilatéralement le contrat qui les lie ?* »³⁷⁹.

³⁷⁵ Livre Vert, page 14 : <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/albanel/livrevert1.pdf>

³⁷⁶ R. LINDON, *art. préc.*, 1669.

³⁷⁷ Sur l'apparition des clauses de conscience dans les entreprises sans tendance : *cf. infra* n° 155 et s.

³⁷⁸ M. LACHAZE, D. 1936, 2^{ème} cahier, 4^{ème} partie, p. 58.

³⁷⁹ Ph. ARDANT, note sous Cass. Ass. plén, 19 mai 1978, D. 1978, p. 541.

84. Des réponses très ponctuelles des partenaires sociaux et des juges. L'exemple qui a pu être repris en doctrine est celui des salariés de l'Union Fédérale des Consommateurs (« UFC »), qui bénéficient d'une clause de conscience grâce à un accord d'entreprise³⁸⁰. Toutefois, l'activité principale de l'« UFC » est la publication de la revue « *Que choisir ?* », si bien que le lien avec le monde de la presse demeure étroit. Mais, dans un tout autre domaine d'activité, celui d'un restaurant casher fondé sur la stricte observance de la loi juive, la cour d'appel de Paris a eu l'occasion de mettre à jour une clause de conscience implicite, empêchant l'employeur de prononcer le licenciement d'un surveillant rituel au motif qu'il s'était absenté longuement pour les obsèques de son fils afin de respecter la tradition juive³⁸¹. L'application en l'espèce du principe de la clause de conscience par les juges du fond n'était pas classique puisque la tendance de l'entreprise n'avait pas changé, qu'aucune clause de conscience ne semblait explicitement prévue par le contrat de travail mais qu'il s'agissait de rappeler à l'employeur d'être cohérent avec sa tendance.

85. Conclusion de section. La notion d'entreprise de tendance pourrait, à première vue, paraître désuète, dans la mesure où la jurisprudence sur ce sujet commence à dater et où il n'y a pas d'encadrement législatif spécifique en France, en dehors du cas précis de la clause de conscience des journalistes. Toutefois, même si son « *succès se fait encore attendre* »³⁸², il ne peut être exclu que la notion d'entreprise de tendance connaisse un regain d'intérêt étant donné les évolutions de la législation nationale en matière de neutralité au travail et celles de la jurisprudence européenne concernant les entreprises avec ou sans tendance. Or, pour répondre à de futurs questionnements, et potentiellement traiter de nouveaux contentieux, il est nécessaire de connaître et de moderniser les solutions passées.

³⁸⁰ J.-M. OLIVIER, *Liberté d'opinion du salarié*, in *La personne en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Éditions Panthéon-Assas, 1999, p. 85 ; D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, préf. G. CORNU, LGDJ, 1993, p. 184, n° 313.

³⁸¹ Les juges d'appel ont donc rappelé que ce contrat de travail supposait « *un attachement égal des parties à la loi juive et le souci réciproque de l'appliquer sans restriction* » : CA Paris, 25 mai 1990, Juris-Data n° 1990-022060 ; cité par D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 184, n° 313. Dans ce cas précis, les juges ont considéré que « *l'employeur ne saurait revendiquer l'application du Code du travail pour des règles en contradiction avec celles en vigueur dans la religion et concernant des agissements du salarié consécutifs à des problèmes relevant strictement de sa vie privée* ». L'employeur ne pouvait donc pas sanctionner des « *agissements privés du salarié en accord avec les idées de tendance* » : D. BOULMIER, *Licenciement et religion*, in *Travail et religion*, actes du colloque du 14 juin 2013 à la Faculté de Droit de Montpellier, CSBP, juillet-août 2003, p. 71, spéc. p. 73.

³⁸² Y. PAGNERRE, *Section I – L'employeur*, in *Notions et normes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Éditions Panthéon-Assas, 2016, p. 180-181, n° 345.

Section 2 : Les entreprises de tendance laïque

86. Une tendance controversée. Parmi les tendances existantes, il y en a une qui mérite d'être étudiée à part car elle possède son propre régime et ne peut être adoptée par les entreprises de droit privé qui ne sont pas en charge d'un service public : il s'agit de la tendance laïque. L'association des mots « *tendance* » et « *laïque* » prête le flanc à la critique³⁸³ et pourrait sans doute apparaître comme une erreur pour ceux qui considèrent que la laïcité n'est pas une tendance³⁸⁴ mais reflète, au contraire, une absence ou un refus de tendance³⁸⁵. Néanmoins, assimiler la laïcité à l'absence de tendance n'est pas correct³⁸⁶ car il existe un corpus de règles mises en œuvre par les administrations publiques françaises vis-à-vis de leurs agents pour se conformer au principe constitutionnel de laïcité. La spécificité de cette tendance est qu'elle est réservée par le législateur et le juge à l'administration et aux entreprises gérant un service public. Certes, une entreprise ordinaire est censée ne pas avoir de tendance religieuse non plus, et doit faire preuve de neutralité à l'égard de ses salariés. Mais il va être démontré ici que l'administration va au-delà de ce que pratique l'entreprise de droit

³⁸³ À ce sujet, en se référant à l'affaire « *Baby Loup* », étudiée ci-après, le Professeur Alain Supiot écrit : « *On ne peut suivre davantage la Cour d'appel de Paris, lorsqu'elle voit dans la Laïcité une « conviction », dont les entreprises pourraient ou non se réclamer. Car, comme le dit excellemment la CNCDH « si on fait de la laïcité une tendance, alors on la dévalue, en la réduisant à un choix, elle n'est plus le principe constitutionnel partagé par tous » : A. SUPIOT, commentaire de l'Avis sur la laïcité du 26 septembre 2013 de la CNCDH, in Les grands avis de la CNCDH, dir. C. LAZERGES, Dalloz, 2016, n° 4, p. 305. Auparavant, le même auteur avait déjà écrit que « la laïcité n'est donc pas un dogme parmi d'autres une foi républicaine que l'on serait libre d'embrasser ou de répudier ; ce n'est pas non plus une « tendance » idéologique parmi d'autres » : A. SUPIOT, *La religion au travail*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, 2012, p. 1040.*

³⁸⁴ À titre de comparaison, pour qualifier l'école communale (donc publique), le Conseil d'État belge a utilisé l'expression d'« *organisation de tendance* » au sens de l'article 11 d'un décret du 12 décembre 2008 « *dans la mesure où la neutralité est un concept philosophique* », et qu'en ce sens « *elle peut limiter la liberté religieuse de ses agents* » : Conseil d'État belge, 21 décembre 2010, n° 210000, X c/ Ville de Charleroi. L'État belge ne se définit toutefois pas comme étant laïque (cf. *infra* n° 120) : L.-L. CHRISTIANS et L. VANBELLINGEN, *Neutralités d'entreprise et neutralité de l'État : tendances asymétriques en droit belge*, Droit soc. 2018, p. 338.

³⁸⁵ Jean-Guy Huglo, Conseiller rapporteur de la Cour de cassation, écrit que « *la conception française de la laïcité est antinomique avec l'entreprise de tendance puisque, justement la laïcité, principe d'organisation de l'État et non conviction philosophique, consiste à refuser de prendre en considération, dans la sphère d'intervention de la République, tout système religieux, philosophique ou politique* » : J.-G. HUGLO, *La Cour de cassation et le fait religieux dans l'entreprise : présentation des enjeux juridiques*, Dr. soc. 2015, p. 682. Dans son discours prononcé le 25 février 2015, après les attentats de janvier 2015, le ministre de l'Intérieur a rappelé que « *la laïcité n'est pas une conviction que l'on respecterait selon son bon vouloir* » mais elle « *est un principe fondateur, qui transcende nos convictions et nos croyances, et qui par là même nous permet de vivre en bonne intelligence* ».

³⁸⁶ Cette position est partagée par Frédéric de la Morena qui explique que « *s'il est exact que la laïcité, mode d'organisation des pouvoirs publics, n'est ni une doctrine ni un courant de pensée car elle n'impose aucune orientation aux citoyens, on ne peut vraisemblablement pas avancer, au risque de l'affadir, qu'elle n'est porteuse d'aucune valeur (...). Liberté de conscience, égalité des droits, bien commun par-delà les différences (...). Comment dénier à la laïcité ces valeurs ?* » : F. DE LA MORENA, *Du principe de laïcité républicaine à l'application des valeurs de la laïcité dans l'entreprise*, Dr. soc. 2015, p. 699.

privé dans le traitement du fait religieux. En effet, la neutralité semble y être renforcée puisque l'administration et les entreprises en charge d'un service public imposent aux membres de leur personnel d'être neutres dans l'exercice de leurs fonctions ou plus exactement de faire fi de leurs croyances et de tout signe extérieur de celle-ci³⁸⁷.

87. Champ d'application. L'expression d'« *entreprise de tendance laïque* » désigne, d'une part, l'espace de travail administratif ou l'ensemble des lieux de travail où l'employeur est une personne morale de droit public, qu'il s'agisse de l'État, des collectivités territoriales, des organismes placés sous leur autorité, ou des hôpitaux, et, d'autre part, les entreprises assurant le fonctionnement d'un service public³⁸⁸. À ce titre, la circulaire du 15 mars 2017 relative au respect du principe de laïcité dans la fonction publique a rappelé très clairement que « *la circonstance qu'une personne soit employée par une personne publique selon les dispositions du code du travail, y compris en contrat aidé, ou qu'un service public soit confié à une personne privée ne change pas la nature des obligations inhérentes à l'exécution du service public* »³⁸⁹. Aussi, dans les développements qui suivent, le terme d'« *administration* » doit être entendu *largo sensu*, c'est-à-dire comme englobant toutes ces acceptions. Il en va de même pour le vocable d'« *agent* » qui permet d'identifier les travailleurs des entreprises de

³⁸⁷ Par exemple, dans son Guide à l'attention des managers, intitulé « *Principes de laïcité et de neutralité au sein du groupe public ferroviaire* », la SNCF précise en page 7 qu'elle « *est constituée d'établissements publics à caractère industriel et commercial (Épic), chargés d'une activité de service public. À ce titre, elle est une personne publique, démembrement de l'État, de sorte que les principes de laïcité et de neutralité s'y appliquent de plein droit. En conséquence, une obligation de stricte neutralité s'impose à l'ensemble du personnel de SNCF* ».

³⁸⁸ Le Professeur Pierre Delvolvé ajoute à cette liste les entreprises publiques, même si elles ne gèrent pas d'activité de service public. Selon lui, le principe de laïcité « *s'applique à toutes institutions publiques, telles que la République les a établies : les autorités exerçant le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, le pouvoir judiciaire, leurs agents, les collectivités territoriales de la République, les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle. C'est à ce titre que les entreprises publiques peuvent y être soumises, alors même qu'elles n'exercent pas une activité de service public. C'est à ce titre aussi qu'y sont soumis les organismes privés chargés d'une mission de service public* » : P. DELVOLVÉ, *Entreprise privée, laïcité, liberté religieuse. L'affaire Baby Loup*, RFDA 2014, p. 954. L'Institut national de la statistique et des études économiques INSEE) définit les entreprises publiques comme les entreprises sur lesquelles « *l'État peut exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété ou de la participation financière, en disposant soit de la majorité du capital, soit de la majorité des voix attachées aux parts émises* » : www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1241.

³⁸⁹ La circulaire précise en outre : « *Il en va de même des apprentis, des stagiaires et des volontaires du service civique accueillis dans les administrations. La chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi rappelé que « les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé et que, si les dispositions du code du travail ont vocation à s'appliquer aux agents [qu'ils emploient], ces derniers sont soumis à des contraintes spécifiques résultant du fait qu'ils participent à une mission de service public, lesquelles leur interdisent notamment de manifester leurs croyances religieuses par des signes extérieurs, en particulier vestimentaires* » (Cass. Soc., 19 mars 2013, n° 12-11690, publié au bulletin) » : Circulaire du 15 mars 2017 relative au respect du principe de laïcité dans la fonction publique, ministère de la Fonction publique, NOR : RDFF1708728C.

tendance laïque car il comprend à la fois les agents de droit public – fonctionnaires et contractuels – mais aussi les agents de droit privé, c’est-à-dire les salariés participant à une mission de service public.

88. Étymologie et premiers emplois. L’emploi de l’adjectif « *laïque* » est d’abord synonyme d’un caractère de neutralité religieuse. Cet adjectif découle du nom commun « *laïc* », qui vient du terme latin ecclésiastique « *laicus* » signifiant la personne du peuple soustraite à l’état de religieux, en opposition, au clerc. Le mot latin est emprunté au grec d’Église « *laikos* », qui possède le même sens qu’en latin et s’oppose donc à « *klerikos* » signifiant le clerc. Il s’agit d’un dérivé du nom « *laos* » qui désigne le peuple au sens de « *gens, citoyens* »³⁹⁰. Ainsi, la racine de cet adjectif dévoile des liens étroits avec le monde religieux, de sorte que certains y ont vu un paradoxe. Il fut utilisé après la Révolution française pour désigner l’idée d’institutions soustraites au pouvoir de l’Église. Dès le milieu du 19^{ème} siècle, Edgar Quinet parlait d’enseignement « *laïque* » par opposition à l’enseignement des congrégations chrétiennes. Le Dictionnaire Littré de 1871 a révélé que le premier emploi du terme « *laïcité* » figurait dans un article du journal « *La Patrie* » de la même année, évoquant le vote d’une proposition sur l’enseignement laïque³⁹¹. Le mot semble alors être utilisé pour caractériser le combat des républicains contre le cléricisme conservateur. Dans son *Dictionnaire de pédagogie et d’instruction pratique*, édité une première fois en 1887 puis en 1911, Ferdinand Buisson rappelle qu’à côté de la séparation, la laïcité doit aussi être entendue comme la reconnaissance de l’autonomie de la société par rapport à toute religion³⁹².

89. Définition. En 1905, lors du vote de la loi de séparation des Églises et de l’État³⁹³, Aristide Briand aurait défini ainsi la position de l’État face à la religion : « *L’État n’est ni religieux, ni antireligieux, il est areligieux* ». En d’autres termes, un État laïque n’est ni un État qui ne consacre pas la liberté religieuse, ni un État indifférent aux problèmes

³⁹⁰ A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, 2016, entrée « *laïque* », p. 1234.

³⁹¹ G. COQ, *Histoire d’un mot*, article extrait du magazine Marianne, Les textes, *Laïcité, une valeur menacée ?*, trimestriel de février 2015 ; lui-même extrait de : G. COQ, *Laïcité et République, le lien nécessaire*, Éditions du Félin, 2^{ème} éd., 2003, p. 15-16.

³⁹² G. COQ, *art. préc.* ; G. COQ, *op. cit.*, p. 16.

³⁹³ Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l’État, JORF 11 décembre 1905, p. 7205.

religieux³⁹⁴. Dans un article de 1949³⁹⁵, le Professeur Jean Rivero explique que la laïcité doit être juridiquement entendue « *en un seul et même sens, celui de neutralité religieuse de l'État* ». Pourtant, déjà en 1905 et encore aujourd'hui, deux sens de la laïcité s'affrontent : la « *laïcité ouverte* »³⁹⁶, ou conception libérale mettant l'accent sur la liberté de conscience, et la « *laïcité de combat* », conception interventionniste davantage axée sur la neutralité de l'État et le confinement de la religion dans l'espace privé³⁹⁷. Comme le révèlent les deux premiers articles de la loi de 1905³⁹⁸, la laïcité doit être synonyme à la fois d'impartialité, ou de neutralité, de l'État, mais aussi de l'obligation pour celui-ci d'assurer le respect de la liberté de conscience et, le cas échéant, la liberté de culte³⁹⁹, ainsi que l'égalité entre citoyens, quelles que soient leurs convictions⁴⁰⁰. Le Conseil constitutionnel l'a confirmé dans sa décision du 21 février 2013⁴⁰¹, réaffirmant que cette neutralité résulte du principe de laïcité, issu de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958⁴⁰². Dans le « *Vocabulaire juridique* » du Professeur Gérard Cornu, la laïcité est définie à la fois comme la « *neutralité confessionnelle de la République (et donc de la France) procédant de la séparation des Églises et de l'État (l. 9 décembre 1905) et proclamée par la Constitution (en 1946 et par l'a. 1 de celle de 1958)* » et comme le « *fondement de la paix civile et religieuse* »⁴⁰³. Sans

³⁹⁴ R. DRAGO, *Laïcité, neutralité, liberté ?*, in *Droit, Liberté et Foi*, École cathédrale, Institut de formation continue du Barreau de Paris, Mame Cujas, 1993, p. 127.

³⁹⁵ J. RIVERO, *La notion juridique de laïcité*, D. 1949, p. 137.

³⁹⁶ Des critiques s'élèvent fréquemment contre le fait d'adjectiver la laïcité, à l'instar de la liberté ou de l'égalité, car elle est censée être universelle : propos tenus par Le Professeur Robert Badinter et le Professeur Henri Peña-Ruiz, lors de la Conférence-débat intitulée « *République et Laïcité* » organisée à l'Université Panthéon-Assas le 10 mars 2016, sous la présidence du premier.

³⁹⁷ S. CHARLOT, *L'État et la laïcité*, Fiche 10, in *Les politiques publiques, édition 2015-2016*, dir. S. MAURY, La Documentation française, 2015.

³⁹⁸ L'article 1^{er} énonce que « *la République assure la liberté de conscience* » tandis que l'article 2 déclare que « *la République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte* ».

³⁹⁹ V. LASSERRE, *Droit et religion*, D. 2012, p. 1072.

⁴⁰⁰ R. BADINTER, *Liberté, Égalité, Laïcité*, publié dans la revue CLES, extrait d'un discours prononcé le 11 mars 2011 à l'université de Galatasaray à Istanbul. Ces propos ont été repris en partie à l'occasion de la Conférence-débats « *République et Laïcité* » précitée. Lors de cet événement, le Professeur Henri Peña-Ruiz a défini la laïcité comme « *l'union dans un cadre juridique et politique commun à tous du principe de liberté de conscience, d'égalité des droits et d'universalité de l'intérêt général* ». Il avait déjà eu l'occasion de défendre ce triptyque lors de son audition par la Commission d'enquête parlementaire sur le service public de l'Éducation le 19 février 2015.

⁴⁰¹ En proclamant que la France est une République laïque, la Constitution n'a pas entendu remettre en cause les dispositions particulières applicables dans plusieurs parties du territoire et relatives à l'organisation de certains cultes (départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle) : Cons. const., QPC, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*, 21 février 2013, n° 2012-297.

⁴⁰² Cet article dispose que « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée* ».

⁴⁰³ Ce fondement de la paix implique le caractère non-théocratique de l'État français, le monopole des pouvoirs publics dans l'exercice des fonctions étatiques, le respect de la liberté de conscience et le respect de la diversité

fondement religieux, la décision publique peut donc être rationalisée et le processus de démocratisation progresse⁴⁰⁴. En France, ce principe « *implique que les religions ne s'immiscent pas dans le fonctionnement des pouvoirs publics et que les pouvoirs publics ne s'ingèrent pas dans le fonctionnement des institutions religieuses* »⁴⁰⁵. Elle ne se confond pas avec la tolérance, qui implique une certaine condescendance⁴⁰⁶ et repose sur le présupposé qu'une manière de penser est la meilleure mais qu'il faut s'efforcer de faire de la place aux autres, ni avec la sécularisation qui décrit davantage le phénomène de transfert aux autorités civiles de compétences détenues par les autorités religieuses. La laïcité doit aussi être distinguée du « *laïcisme* » qui désigne une philosophie antireligieuse. Selon la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (ci-après « CNCDH »), la laïcité ne doit pas être perçue comme un ensemble d'interdictions mais bien une condition de la liberté des citoyens⁴⁰⁷ et d'une plus grande neutralité de l'État⁴⁰⁸.

90. Un principe intéressant. Appliquée au service public en tant que lieu de travail, la laïcité n'est donc pas synonyme de négation de la religion mais bien de mise en veille de la conscience religieuse afin de créer un environnement de travail neutre, propice à l'épanouissement de l'égalité de traitement entre travailleurs, administrés et usagers (§1). La

des opinions et des croyances : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^{ème} éd., 2018, entrée « *laïcité* », p. 598.

⁴⁰⁴ S. CHARLOT, *L'État et la laïcité*, Fiche 10, in *Les politiques publiques, édition 2015-2016*, dir. S. MAURY, La Documentation française, 2015. La laïcité est le signe de l'émancipation du droit par rapport à la loi religieuse, puisqu'elle signifie que « *pouvoir temporel et pouvoir spirituel reconnaissent mutuellement leur existence, respectent strictement leurs domaines de compétence et travaillent ensemble au bien commun* » : M. PINTON, *Conscience des peuples et laïcité, Réflexion pour un nouveau contrat social*, F-X de Guibert, Collection « *Combats pour la liberté de l'esprit* », 2005, p. 55.

⁴⁰⁵ Cela apparaît dans le guide intitulé « *Laïcité et collectivités locales* », révisé en juillet 2015, de l'Observatoire de la laïcité. L'Association des Maires de France (AMF) a également publié son vade-mecum de la laïcité, ou guide bonne conduite laïque destinée aux maires, dans lequel elle définit la laïcité à la fois comme un mode d'organisation de la société et comme « *une approche philosophique du vivre ensemble* » : *Laïcité, le vade-mecum de l'AMF*, Maires de France, Hors-série, novembre 2015. En collaboration avec l'Observatoire de la laïcité, le Centre National de la Fonction Publique Territoriale (CNFPT) a aussi mis au point un guide sur la laïcité : *Les fondamentaux sur la laïcité et les collectivités territoriales*, mai 2015.

⁴⁰⁶ « *La tolérance ne cesse d'être condescendante, un peu méprisante, que lorsqu'elle se transforme en respect : le respect de l'opinion d'autrui alors même qu'on la juge fautive. (...) La tolérance est une étape qui précède le respect* » : Ph. MALAURIE, *Dictionnaire d'un droit humaniste*, LGDJ, Lextenso éditions, Université Panthéon-Assas Paris II, 2015, p. 242.

⁴⁰⁷ C'est aussi le point de vue du Professeur Michel Miaille qui considère que « *la loi sur la laïcité est une loi de liberté et non de contrainte* » : propos tenus lors de la Conférence-débats sur « *Laïcité et République* » organisée par le Centre de Droit Public Comparé à l'Université Panthéon-Assas le 10 mars 2016, sous la présidence du Professeur Robert Badinter.

⁴⁰⁸ CNCDH, Avis sur la laïcité, 26 septembre 2013 ; cf. *infra* n° 114 et 193, notes n° 515 et 1056.

tentation de bénéficiaire d'un tel régime peut être grande et la question se pose de savoir si une extension de son champ d'application est envisageable (§2).

§ 1 : La mise en veille de la conscience religieuse

91. Afin de comprendre les applications concrètes du principe de laïcité dans les relations entre les agents et l'administration (**II**), il faut préciser davantage les fondements de ce principe à valeur constitutionnelle, qui consiste à ne tenir compte de la conscience religieuse d'aucun de ses administrés (**I**).

I. L'explication du principe de laïcité

92. Comme l'a résumé la CEDH en 2008, la laïcité est « *un principe autour duquel la République française s'est construite* »⁴⁰⁹. Il s'agit alors de connaître les grandes étapes du cheminement historique qui a mené à la constitutionnalisation du principe de laïcité (**A**). Si la valeur juridique donnée au principe de laïcité est, depuis lors, incontestablement la plus haute, il fut néanmoins nécessaire de l'explicitier dans le cadre particulier de l'enseignement public (**B**).

A. La naissance du principe⁴¹⁰

93. L'Ancien Régime. Avec le Concordat de Bologne signé en 1516 par le pape Léon X et le représentant du roi François I^{er}, le catholicisme a acquis le statut de religion d'État en France. En 1598, l'Édit de Nantes, promulgué par Henri IV, a marqué un premier pas vers la tolérance à l'égard d'autres religions et confessions. Mais en 1685 celui-ci fut révoqué par l'Édit de Fontainebleau, signé par Louis XIV. Il fallut attendre la promulgation de l'Édit de

⁴⁰⁹ « 72. La Cour note également qu'en France, comme en Turquie ou en Suisse, la laïcité est un principe constitutionnel, fondateur de la République, auquel l'ensemble de la population adhère et dont la défense paraît primordiale, en particulier à l'école. La Cour réitère qu'une attitude ne respectant pas ce principe ne sera pas nécessairement acceptée comme faisant partie de la liberté de manifester sa religion, et ne bénéficiera pas de la protection qu'assure l'article 9 de la Convention (...) la liberté religieuse ainsi reconnue et telle que limitée par les impératifs de la laïcité paraît légitime au regard des valeurs sous-jacentes à la Convention » : CEDH, 4 décembre 2008, n° 27058-05, *Dogru c/ France* ; Z. AIT-EL-KADI, *Le port du voile islamique à l'école et la CEDH*, AJDA 2008, p. 2311.

⁴¹⁰ Les recherches concernant cette partie ont notamment été effectuées dans les ouvrages suivants : J. BAUBEROT, *Histoire de la laïcité en France*, Que sais-je ?, PUF 2013 ; S. ORALLO, *La laïcité en pratique*, Prat Éditions, 2004 ; J.-M. DUCOMTE, *La laïcité*, Milan, 2009.

Versailles par Louis XVI en 1787, veille de la Révolution, pour que les personnes non catholiques puissent bénéficier de l'état civil sans devoir se convertir au catholicisme. En réalité, malgré leur accointance, l'Église catholique et l'État français ont toujours été deux pouvoirs distincts. Certes, ils étaient plus fortement imbriqués avant 1789, l'Église donnant d'ailleurs sa légitimité au roi à travers la cérémonie du sacre à Reims.

94. La Révolution française et ses conséquences. En 1789, la liberté de conscience a été formellement consacrée par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen⁴¹¹, tandis que la démocratie légitimait le pouvoir par le peuple, en vertu de l'article 3⁴¹². Toutefois, la Constitution de 1790 a maintenu le catholicisme comme religion d'État. Par le décret des 20-25 septembre 1792, le mariage – considéré comme un contrat civil depuis la Constitution du 3 septembre 1791 – et l'état civil ont été laïcisés. En 1795, lors de la proclamation de la Constitution de l'an III, la Convention thermidorienne a tenté d'établir une séparation entre l'Église et l'État, notamment en privant les collèges confessionnels de leurs ressources⁴¹³. Mais, en 1801, le Concordat a accordé à l'Église catholique le nouveau statut de « *la religion de la plus grande majorité des Français* ». Par ce nouveau rapprochement, Napoléon entendait faire de l'Église catholique un instrument de son autorité. À l'époque, le pape accepta de renoncer à toute revendication sur le patrimoine de l'Église, dont les différents composants étaient devenus des biens nationaux et, en échange, l'État salaria les membres du clergé. Cette situation n'a pas empêché de préserver la liberté de conscience dans la mesure où l'État garantissait le pluralisme des cultes. Le Concordat est toujours appliqué dans le département de la Moselle et dans ceux de l'ancienne région d'Alsace, le Haut-Rhin et le Bas-Rhin, comme l'ont confirmé le Conseil d'État, dans un avis du 24 janvier 1925⁴¹⁴, et le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 21 février 2013⁴¹⁵. En 1804, le Code civil ou « *Code Napoléon* », a achevé de séculariser le droit des personnes et des biens.

⁴¹¹ Cet article dispose que : « *Nul ne peut être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ».

⁴¹² Cet article prévoit que : « *Le principe de souveraineté réside essentiellement dans la Nation* »

⁴¹³ L'article n° 354 dispose que « *Nul ne peut être empêché d'exercer, en se conformant aux lois, le culte qu'il a choisi. Nul ne peut être forcé de contribuer aux dépenses d'un culte ; la République n'en salarie aucun* ».

⁴¹⁴ Cité par : J.-M. SAUVÉ, vice-président du Conseil d'État de France, *Liberté de conscience et liberté religieuse en droit public français*, Contribution à l'étude collective réalisée à l'occasion du 15^{ème} anniversaire de la Cour administrative suprême de Lituanie, 11 octobre 2017, disponible sur le site du Conseil d'État : http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Liberte-de-conscience-et-liberte-religieuse-en-droit-public-francais#_ftn26

⁴¹⁵ « 6. (...) en proclamant que la France est une « République (...) laïque », la Constitution n'a pas pour autant entendu remettre en cause les dispositions législatives ou réglementaires particulières applicables dans

95. Le 19^{ème} siècle. La situation a rebasculé lors de la Restauration, la Charte de 1814 ayant rétabli la religion catholique comme religion d'État et Charles X ayant été sacré roi à Reims en 1824. Pendant la Monarchie de Juillet, la loi « Guizot » du 28 juin 1833, qui reconnaît l'Église et l'État comme les « *seules puissances efficaces* » en matière d'enseignement public, fut adoptée. Une autre loi de la II^{ème} République en faveur des procléricaux, dite loi « Falloux » du 15 mars 1850, a renforcé l'enseignement confessionnel⁴¹⁶. La III^{ème} République s'est ouverte sur une nouvelle période de conflit autour de la question de la laïcisation de l'enseignement public. De nombreuses lois sur le sujet se sont succédé. Ainsi, la loi du 21 décembre 1880 dite « Camille Sée », relative à l'enseignement secondaire des jeunes filles, a exclu l'enseignement religieux des programmes scolaires, l'instruction religieuse devenant facultative. Ensuite, la loi du 28 mars 1882, créant l'instruction primaire obligatoire pour les jeunes de 6 à 13 ans, a octroyé à l'instruction civique et morale la première place dans les programmes. Selon les consignes adressées aux instituteurs par le ministre de l'Instruction publique, Jules Ferry, cette laïcisation doit être conciliatrice : « *Vous êtes l'auxiliaire et, à certains égards, le suppléant du père de famille : parlez donc à son enfant (...) avec force et autorité toutes les fois qu'il s'agit d'une vérité incontestée, d'un précepte de la morale commune ; avec la plus grande réserve, dès que vous risquez d'effleurer un sentiment religieux dont vous n'êtes pas juge* »⁴¹⁷. Si la loi « Goblet » du 30 octobre 1886 a confié aux seuls laïcs l'enseignement dans les écoles primaires publiques⁴¹⁸, la loi du 7 juillet 1904 a catégoriquement interdit l'enseignement aux congrégations religieuses.

plusieurs parties du territoire de la République lors de l'entrée en vigueur de la Constitution et relatives à l'organisation de certains cultes et, notamment, à la rémunération de ministres du culte » : Cons. const., 21 février 2013, QPC, n° 2012-297.

⁴¹⁶ Dans un discours prononcé le 15 janvier 1850, à l'occasion des débats sur cette loi, Victor Hugo, qui était connu pour être croyant, a affirmé « *l'État chez lui, l'Église chez elle* ».

⁴¹⁷ *La Lettre de Jules Ferry aux instituteurs (17 novembre 1883)*, publiée dans : Pouvoirs, n° 75, *La laïcité*, novembre 1995, p.109 à 116.

⁴¹⁸ Le principe a semblé être étendu en 1912 à l'enseignement secondaire par l'arrêt « *Abbé Bouteyre* », dans lequel le Conseil d'État a rejeté le recours d'un abbé à l'encontre de la décision du ministre de l'Instruction publique refusant de l'autoriser à prendre part aux épreuves de l'agrégation de l'enseignement secondaire, en raison de son état ecclésiastique. La Haute juridiction avait alors estimé que le ministre pouvait user de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire pour écarter un candidat dans l'intérêt du service : CE, 10 mai 1912, n° 46027, Rec. p. 561 ; GAJA, Dalloz, 16^{ème} éd., 2007, n° 25, p. 150 et s. Mais cette position jurisprudentielle de 1912 a été remise en cause par un jugement ultérieur du tribunal administratif de Paris (TA Paris, 7 juillet 1970, *Spagnol*, Rec. p. 851) et par l'avis de l'Assemblée générale administrative du Conseil d'État lui-même du 21 septembre 1972 (cf. *infra* note n° 444).

96. Le 20^{ème} siècle. Il fut définitivement mis fin au système instauré par le Concordat de 1801 avec l'adoption de la loi du 9 décembre 1905⁴¹⁹, sous l'égide d'Aristide Briand et de Jean Jaurès, consacrant la séparation de l'Église et de l'État. Son premier article énonce que « *la République assure la liberté de conscience* ». Le rôle de neutralité de l'État est consacré à l'article 2, qui dispose que « *La République ne reconnaît, ni ne salarie ni ne subventionne aucun culte* », en écho à la Constitution de l'an III précitée. Il s'agit cependant d'une neutralité qualifiée de « *bienveillante* », dans la mesure où le même article permet à l'État de continuer à financer les services d'aumônerie « *dans les établissements publics tels que les lycées, les collèges, les écoles, les hospices, les asiles et les prisons* »⁴²⁰, ces services permettant d'y assurer le libre exercice des cultes. Lors de la Seconde Guerre mondiale, la loi de 1905 fut abrogée pendant quelques années par le régime de Vichy⁴²¹. Après la Libération, la Constitution de la IV^{ème} République du 27 octobre 1946 a rétabli solennellement le principe de laïcité⁴²², par un amendement communiste⁴²³ : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale* ». La laïcité était alors envisagée comme un moyen mis au service d'une fin, consistant dans le respect de la liberté de conscience⁴²⁴. Le 4 octobre 1958, l'article premier de la Constitution de la V^{ème} République a confirmé le texte de 1946, en précisant l'égalité de tous les citoyens devant la loi « *sans distinction d'origine, de race ou de religion* ».

⁴¹⁹ Philippe Malaurie parle de « *la sécularisation du droit occidental* » par la loi de 1905 comme « *un phénomène capital* » participant du principe de séparation entre la religion et le droit : Ph. MALAURIE, *op. cit.*, p. 201.

⁴²⁰ L'engagement entre l'État et le ministre du culte, qui ne devient ni fonctionnaire, ni même agent public, les place dans une situation qualifiée de « *louage de service* » selon la Cour de cassation (Cass. soc., 17 novembre 1971, n° 70-12.036, Bull. civ., n° 665) et le Conseil d'État (CE, 7 septembre 2007, n° 306521, *Poinard*) : F. MESSNER, P.H. PRELOT et J.-M. WOEHRING, *Droit français des religions*, LexisNexis, 2013, p. 1631-1632.

⁴²¹ Pour approfondir ce sujet : P. WEIL, *Introduction. La loi de 1905 et son application depuis un siècle*, in *Politiques de la laïcité au XX^e siècle*, dir. P. WEIL, PUF, 2007, pp. 9-43

⁴²² Certains considèrent qu'il s'agit là du premier rattachement juridique de la notion de laïcité à l'État, la loi de 1905 ne faisant que poursuivre l'œuvre de laïcisation mais sans affirmer la laïcité de l'État : G. KOUBLI, *Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et systèmes religieux ? (Réflexions à partir de Paris 8e Ch., sect. B, 7 mai 1986)*, JCP G n° 29, 22 Juillet 1987, I 3292.

⁴²³ J. RIVERO, *La notion juridique de laïcité*, D. 1949, p. 137.

⁴²⁴ Le 15 mars 1945, le Professeur René Capitant a déclaré que « *la laïcité est inséparable de la République* » et qu'elle constitue « *la condition même de l'unité et de la paix religieuse* ». Lors des débats à l'Assemblée constituante du 4 septembre 1946, Maurice Schumann, issu du Mouvement Républicain Populaire, a quant à lui déclaré que « *l'État a le devoir (...) de permettre à chacun des citoyens de vivre conformément aux devoirs de sa conscience* ».

B. L'explicitation du principe au sein de l'enseignement public

97. Les premières explications. Laissant présager de la spécificité de l'application du principe de laïcité au sein de l'enseignement public, le Professeur Jean Rivero affirmait en 1949 que « *s'il n'y a pas une doctrine de la laïcité propre à l'enseignement, il y a une pratique de laïcité qui lui est spéciale et qui pose des problèmes plus délicats* »⁴²⁵. À partir de 1958, ce n'est donc plus l'existence du principe de laïcité qui a été mise en cause mais son champ d'application. La loi du 31 décembre 1959, dite « *Debré* », a encadré les relations de l'État et de l'enseignement privé, en permettant un financement public de ces établissements tout en octroyant un pouvoir de contrôle plus ou moins étendu à l'État selon le système de financement alloué⁴²⁶. La séparation était alors censée être claire, dans la mesure où le principe de laïcité devait trouver à s'appliquer dans les établissements d'enseignement publics, mais pas dans les établissements d'enseignement privés. Cela n'a toutefois pas empêché l'application de ce principe de poser des problèmes au sein des établissements publics. Il en fut ainsi, en 1989, quand des enseignants d'un lycée de Creil refusèrent d'admettre dans leurs classes des élèves arborant le voile islamique⁴²⁷. Dans un avis du 27 novembre 1989, le Conseil d'État, sollicité par le ministre de l'Éducation nationale de l'époque, Monsieur Lionel Jospin, a précisé que le port de signe religieux ne méconnaît pas le principe de laïcité, à partir du moment où celui-ci n'est pas ostentatoire ni à vocation prosélyte⁴²⁸. En d'autres termes, le port de signe religieux était autorisé en principe.

98. Les difficultés d'application de l'avis du Conseil d'État. Aussi, en réaction à cet avis, plusieurs établissements ont inséré, dans leur règlement intérieur, une clause interdisant le port du voile, afin de pouvoir expulser les jeunes filles refusant de s'y conformer. Mais, en pratique, les conflits allaient devoir être résolus au cas par cas par le corps enseignant, puis par les juges, ce qui constituait une véritable source d'insécurité. Dans l'arrêt « *Kherouaa* » du 2 novembre 1992, le Conseil d'État a décidé d'annuler l'expulsion de trois jeunes filles, en

⁴²⁵ Il écrivait au préalable que « *si la laïcité est une dans son principe, ses exigences pratiques varient de service à service, selon la nature de la tâche assumée et son rapport plus ou moins direct avec la conscience* » : J. RIVEIRO, *art. préc.*, p. 137.

⁴²⁶ Loi n°59-1557 du 31 décembre 1959 sur les rapports entre l'État et les établissements d'enseignement privés.

⁴²⁷ Or, ces élèves sont des usagers du service public et non pas des agents publics. Dès lors, pour certains, il s'agit d'une « *forme de retournement des principes de 1905* », voire d'une « *extension erronée de son régime d'application* » : H. SENIGUER, *Communauté, « communautarisme » et islam en France : y a-t-il un « communautarisme » musulman ?*, Dr. soc. 2015, p. 664.

⁴²⁸ Avis du Conseil d'État, Section de l'Intérieur, séance du 27 novembre 1989, n° 346893.

raison des termes trop généraux du règlement intérieur de l'établissement, qui interdisait « *le port de tout signe distinctif ou autre, d'ordre religieux, politique ou philosophique* »⁴²⁹. À l'inverse, dans un arrêt du 10 mars 1995, la Haute juridiction administrative confirma l'exclusion de deux élèves, qui avaient refusé d'enlever leur voile pendant le cours de sport, d'un établissement dont le règlement intérieur se contentait « *de rappeler les principes exprimés par les textes* »⁴³⁰. La dissonance de ces décisions étaient révélatrices des difficultés d'application de l'avis de 1989, repris dans une circulaire du 12 décembre 1989⁴³¹ et dans une autre circulaire du 20 septembre 1994⁴³².

99. L'affirmation de l'interdiction du port de signes ostensibles. Il a fallu attendre l'année 2003 pour que germe l'idée d'une législation définissant plus précisément le périmètre de l'interdiction. En effet, deux rapports en ce sens sont parus cette année-là, celui d'une mission d'information de l'Assemblée nationale⁴³³ et celui de la Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République⁴³⁴. Ces rapports ont précédé l'adoption de la loi du 15 mars 2004⁴³⁵ posant la prohibition des signes et tenues ostensibles dans les écoles, collèges et lycées publics⁴³⁶ de toute la France⁴³⁷. Par conséquent, l'interdiction des signes religieux ostensibles – et non plus ostentatoires⁴³⁸ – est devenue le

⁴²⁹ CE, 2 novembre 1992, *M. Kherouaa et Mme Kachour, M. Balo et Mme Kizic*, n° 130394, Rec. p. 389 ; RFDA 1993, p. 112-113.

⁴³⁰ En l'espèce, des élèves avaient causé un trouble dans l'établissement et perturbé le bon déroulement des cours, la situation étant aggravée par la distribution de tracts par les parents : CE, 10 mars 1995, n° 159981, *époux Aoukili*.

⁴³¹ Circulaire du 12 décembre 1989 du ministre d'État, ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports, relative au port de signes religieux par les élèves, au caractère obligatoire des enseignements et à l'obligation de laïcité des enseignants, JORF du 15 décembre 1989, p. 15577, NOR : MEMX8910373C.

⁴³² Circulaire n° 1649 du 20 septembre 1994, relative à la neutralité de l'enseignement public et au port de signes ostentatoires dans les établissements scolaires, NOR : MENB9401709Y.

⁴³³ Rapport d'information n° 1275-2003 du 12 décembre 2003, de Monsieur Jean-Louis Debré, au nom de la mission d'information sur la question des signes religieux à l'école.

⁴³⁴ Rapport remis au président de la République le 11 décembre 2003, de Monsieur Bernard Stasi, au nom de la Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République.

⁴³⁵ Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

⁴³⁶ Les établissements d'enseignement privés et sont exclus du champ d'application de la loi, de même que les établissements publics d'enseignement supérieur car leur public est considéré comme n'étant plus vulnérable au prosélytisme.

⁴³⁷ Les établissements de Moselle, du Haut-Rhin et du Bas-Rhin sont donc également concernés par l'application de cette loi. Cela signifie que si l'établissement peut arborer des signes religieux, à l'image d'une croix accrochée au mur, tel n'est pas le cas de ses élèves.

⁴³⁸ « Le terme « ostensible » se réfère à ce qui est fait sans se cacher, ou avec l'intention d'être remarqué. Il traduit ainsi, a fortiori en étant adossé au verbe « manifester », une volonté d'extériorisation, de revendication publique d'une appartenance religieuse. Le signe arboré prend dès lors valeur d'emblème, d'étendard, de symbole, destiné à permettre la distinction et la reconnaissance immédiate. (...) Ce terme est moins susceptible d'interprétation que l'adjectif « ostentatoire », lequel témoigne de la mise en valeur excessive et indiscreète d'un

principe et l'exception revêt les traits du port de signes discrets. La circulaire du 18 mai 2004, a précisé que les signes et tenues qui sont interdits sont, entre autres, le voile islamique, la kippa ou une croix de dimension manifestement excessive⁴³⁹.

II. L'application du principe de laïcité aux agents

100. Le principe de laïcité imposé à l'Administration se répercute sur ses agents. Il les oblige à s'abstenir de manifester leurs convictions religieuses (**B**), mais contribue aussi à la reconnaissance de leur liberté de conscience⁴⁴⁰, symbolisée par l'autorisation de s'absenter pour des motifs d'ordre religieux (**A**).

A. Le traitement de l'absence

101. Le droit à la liberté de conscience des agents. La protection de la liberté de conscience est énoncée à l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations du fonctionnaire, dite loi « *Le Pors* », qui a pour objet de rappeler la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Cet article énonce qu'« *aucune distinction ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions (...) religieuses* ». L'article 18 de la même loi précise qu'il ne peut pas être fait état « *des opinions ou des activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques* » du fonctionnaire dans son dossier⁴⁴¹. Dans l'avis « *Mlle Marteaux* » du 3 mai 2000, le Conseil d'État a déclaré que la liberté de conscience « *interdit toute discrimination dans l'accès aux fonctions comme dans le*

avantage, et renvoie ainsi à un comportement proche de la provocation, dont on sait combien il est difficile à apprécier pour les équipes éducatives. » : Rapport n° 219 (2003-2004) de M. Jacques VALADE, fait au nom de la commission des affaires culturelles, déposé le 25 février 2004, sur le projet de loi Laïcité - Port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

⁴³⁹ Elle a par ailleurs abrogé les circulaires précitées de 1989 et de 1994 : Circulaire du 18 mai 2004, n° 2004-084, relative à la mise en œuvre de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, JO du 22 mai 2004, NOR : MENG0401138C.

⁴⁴⁰ G. KOUBI, *Autorisation d'absence et liberté de conscience des fonctionnaires*, Revue administrative, 1987, p. 133.

⁴⁴¹ Tout agent public est fondé à demander la suppression de telles mentions dans son dossier. Par exemple, sur la suppression, dans le dossier d'un magistrat, d'une lettre faisant état de son mandat syndical, en vertu de l'article 12-2 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 comprenant un principe analogue à celui de la loi de 1983 : CE, 25 juin 2003, *Calvet*, Rec. p. 291.

déroulement de la carrière qui serait fondée sur leur religion »⁴⁴². Ces principes avaient déjà été défendus auparavant par la Haute juridiction, qui a jugé illégaux le refus d'accès à la fonction publique⁴⁴³ et celui de retour après une période de disponibilité⁴⁴⁴, ainsi que les sanctions opposées à des individus en raison de leurs convictions⁴⁴⁵ religieuses⁴⁴⁶.

102. L'autorisation d'absence pour un motif de conscience religieuse. La liberté de conscience n'est que peu de chose sans celle de pouvoir manifester cette conscience, notamment en participant aux cérémonies et rites afférents. Ainsi, l'instruction n° 7 du 23 mars 1950, prise après l'entrée en vigueur du statut général des fonctionnaires du 19 octobre 1946, avait pour but de préciser les conditions d'octroi de congés et d'autorisations d'absence aux fonctionnaires, sans prévoir toutefois de particularisme religieux. La circulaire n° 649 du 4 septembre 1963 fut le premier texte à aborder la question des autorisations d'absences en vue de participer à une célébration religieuse. Auparavant, en 1962, le Conseil d'État avait déjà admis cette règle en validant le règlement intérieur de la Compagnie des Tramways électriques d'Oran, qui donnait droit aux agents, en plus du congé annuel, à un nombre de jours payés correspondant aux neuf jours de fêtes légales, en permettant de faire varier ces

⁴⁴² CE, avis contentieux, 3 mai 2000, n° 217017, *Mlle Marteaux*, JORF 23 juin 2000, p. 9471 ; AJDA 2000, p. 602, chron. GUYOMAR et COLLIN ; cf. *infra* n° 107 et 109, notes n° 481 et 493.

⁴⁴³ La décision de refus de concourir, opposée à une candidate au motif qu'elle avait étudié dans un pensionnat religieux, a été annulée : CE 25 juill. 1939, *Demoiselle Beis*, Rec. p. 524. La délibération d'un jury du concours interne d'officier de la police nationale, lequel avait posé des questions sur la pratique confessionnelle du candidat, a été annulée : CE, 10 avril 2009, *M. EH*, n° 311888.

⁴⁴⁴ Concernant un professeur de l'enseignement public du second degré qui avait embrassé l'état ecclésiastique pendant sa disponibilité et demandait à son retour, d'occuper à nouveau un poste, le Conseil d'État a rappelé que « *les dispositions constitutionnelles qui ont établi la laïcité de l'État (...) ne mettent pas obstacle par elles-mêmes à ce que des fonctions de ces services soient confiées à des membres du clergé* » : CE, avis, 21 septembre 1972, n° 309354 ; cité par : V. VILLETTE, *Laïcité et fonction publique : la menace fantôme ?*, AJDA 2017, p.1395.

⁴⁴⁵ Les mêmes principes s'appliquent aux convictions politiques. Ont été annulées les décisions de refus d'autorisation à passer le concours de l'École nationale d'administration prises à l'encontre de candidats en raison de leurs opinions politiques et de leurs attaches avec le parti communiste : CE 28 mai 1954, *Barel*, Rec. p. 308 ; GAJA, Dalloz, 16^{ème} éd., 2007, p. 478. A été annulée la mesure de relèvement de fonctions prise à l'encontre d'un inspecteur d'académie en raison de son appartenance au parti communiste : CE 1^{er} octobre 1954, *Guille*, Rec. p. 496 ; ccl. LAURENT, RA 1954, p. 512.

⁴⁴⁶ Le refus de titularisation d'une institutrice stagiaire ne peut être valablement fondé sur le fait qu'elle avait invité une élève-maître à assister pendant les vacances à des conférences, dont certaines présentaient un caractère religieux : CE, 28 avril 1938, *Demoiselle Weiss*, Rec. p. 379. Est illégal le licenciement d'une assistante sociale scolaire motivé uniquement par ses opinions religieuses : CE 8 décembre 1946, *Demoiselle Pasteau*, n° 91406, Rec. p. 463. Il ne peut être mis fin aux fonctions d'une institutrice suppléante au motif qu'elle fréquentait un groupement de caractère confessionnel pendant ses heures de loisir, alors qu'il n'a jamais été démontré que celle-ci aurait manqué « *au devoir de stricte neutralité qui s'impose à tout agent collaborant à un service public* » : CE 3 mai 1950, *Demoiselle Jamet*, n° 98284, Rec. p. 247. Est prohibée la mention figurant sur les feuilles de notation d'un couple d'enseignants selon laquelle « *les convictions personnelles des intéressés ont des conséquences fâcheuses sur le fonctionnement du service* » : CE, 16 juin 1982, *Epoux Z*, n° 23277.

jours selon que les agents étaient musulmans ou non-musulmans⁴⁴⁷. La circulaire n° FP/901 du 23 septembre 1967, se substituant à celle de 1963, a rappelé aux chefs de services qu'il leur appartient d'accorder les autorisations d'absence nécessaires aux agents qui souhaitent participer à des cérémonies religieuses, dans la mesure où ces absences sont compatibles avec le fonctionnement normal du service⁴⁴⁸. Chaque année, en application de cette circulaire, des notes sont publiées à destination des services, rappelant la possibilité de participer à des cérémonies religieuses. En outre, une circulaire du 24 novembre 2003 a rappelé les dates des principales fêtes religieuses juives, orthodoxes, arméniennes, musulmanes et bouddhistes⁴⁴⁹.

103. Un pouvoir d'autorisation discrétionnaire. Le Conseil d'État a eu l'occasion d'affirmer que la circulaire de 1967 et celles prises sur son fondement sont dépourvues de tout caractère impératif, de sorte qu'elles ne sauraient être regardées comme faisant grief aux fonctionnaires⁴⁵⁰. Les autorisations doivent être considérées comme des mesures de tolérance ou de bienveillance relevant du pouvoir des chefs de service, mais en aucun cas comme des droits acquis à prendre des congés⁴⁵¹. Mais, dans la mesure où il ne peut exister aucune présomption de la confession du fonctionnaire et où celui-ci ne peut être tenu de faire la preuve de sa confession, le supérieur hiérarchique a la tâche délicate d'apprécier le bien-fondé du motif en même temps que l'intérêt du service⁴⁵². Dans son rapport rendu en décembre 2016, la commission « *Laïcité et Fonction publique* » a préconisé l'élaboration d'une norme commune aux trois fonctions publiques, afin d'éviter les comparaisons malsaines entre agents et les arbitrages délicats auxquels doivent procéder les chefs de service⁴⁵³. Cette préconisation

⁴⁴⁷ Le Conseil d'État a considéré qu'un tel article du règlement intérieur « *n'a pas pour effet d'accorder des avantages inégaux à deux catégories d'agents d'origine différente, mais consiste seulement à adapter le régime des fêtes chômées et payées aux usages et convenances propres à la majorité de chaque communauté de citoyens* ». Il n'y a donc pas de rupture d'égalité puisque tous les agents ont droit au même nombre de jours chômés et payés : CE, 16 mars 1962, note de SAVATIER, JCP 1962, II, n° 12912 ; cf. *infra* note n° 963.

⁴⁴⁸ G. KOUBI, *Autorisation d'absence et liberté de conscience des fonctionnaires*, Revue administrative, 1987, p. 133 et s.

⁴⁴⁹ Cette même liste est annexée chaque année au calendrier scolaire fixé par le ministère de l'Éducation nationale.

⁴⁵⁰ CE, 19 novembre 2004, n° 265064 ; E. TAWIL, *Les circulaires relatives aux autorisations d'absence pour motif religieux n'ont pas un caractère impératif*, JCP A 2004, n°53, 1850.

⁴⁵¹ Ces autorisations d'absence se distinguent en effet des congés par leur courte durée, leur motif lié à un intérêt personnel et leur source juridique, puisqu'elles ne sont pas déterminées par voie législative ou réglementaire.

⁴⁵² La pertinence de ce système est parfois remise en cause car il fait peser une certaine pression sur les chefs de service qui, par leur décision d'accorder ou non le congé, risque de créer des tensions avec et entre les agents : D. JEAN-PIERRE, *Le principe de laïcité des agents publics*, JCP A 2015, n°43, 2308.

⁴⁵³ Rapport de la commission « *Laïcité et Fonction publique* » présidée par Émile Zuccarelli, ancien ministre, remis à la ministre de la Fonction publique le 9 décembre 2016 ; cité par : V. VILLETTE (rapporteur de la commission), *art. préc.*, p. 1395.

ne figure toutefois pas dans les six propositions qui doivent être mises en œuvre en priorité selon la circulaire du 15 mars 2017⁴⁵⁴.

104. Un pouvoir d'autorisation contrôlé. Dans l'attente d'une éventuelle norme d'harmonisation, il appartient au juge administratif de restreindre, si nécessaire, la latitude dont disposent les chefs de service en la matière. Ainsi, le chef de service qui refuse systématiquement d'autoriser les absences peut être sanctionné⁴⁵⁵ et l'agent peut obtenir réparation du préjudice financier résultant du fait d'avoir dû poser un jour de congé imputable sur ses droits annuels⁴⁵⁶. À l'inverse, il peut valablement être décidé que les absences répétées et motivées par des raisons religieuses sont imputées sur les congés réglementaires et qu'elles justifient des retenues de traitement⁴⁵⁷. Un aménagement des horaires peut aussi être refusé lorsqu'il est en contradiction avec les nécessités du fonctionnement normal du service public⁴⁵⁸.

B. Le traitement de la présence

105. Le principe de l'interdiction de manifester ses convictions religieuses. Le droit des agents publics de manifester leurs convictions religieuses est annihilé par leur devoir d'incarner⁴⁵⁹ l'impartialité de l'État⁴⁶⁰. Ainsi, selon l'article 2 de la Charte de la laïcité dans

⁴⁵⁴ Les six propositions prioritaires sont le renforcement de la formation initiale et de la formation continue, la mise à disposition d'un nouveau support d'information, l'accès facilité à une documentation pertinente, l'identification des référents « *laïcité* », le développement d'une veille sur les difficultés rencontrées dans les services et la création d'une journée nationale de la laïcité le 9 décembre : Circulaire du 15 mars 2017 relative au respect du principe de laïcité dans la fonction publique, ministère de la Fonction publique, NOR : RDFS1708728C.

⁴⁵⁵ En l'espèce, le chef de service avait refusé les sollicitations d'absence d'un agent au motif que « *seules les fêtes religieuses légales en France peuvent donner lieu à autorisation d'absence* ». Or, le Conseil d'État a considéré qu'il avait entaché sa décision d'erreur de droit « *en se bornant à opposer un tel motif, alors que l'institution par la loi de fêtes légales ne fait pas, par elle-même, obstacle à ce que, sous réserve des nécessités du fonctionnement normal du service, des autorisations soient accordées à des agents publics pour participer à d'autres fêtes religieuses correspondant à leur confession* » : CE, 12 février 1997, n° 125893.

⁴⁵⁶ Une entreprise publique a pu être condamnée à verser à un agent une somme correspondant au montant d'une journée de traitement : TA Melun, 8 juillet 2003, n° 012769, *Mme Laurence Chiche c/ France Télécom*.

⁴⁵⁷ En l'espèce, la salariée relevait de l'adventisme, un mouvement chrétien dont la doctrine est basée sur le retour de Jésus-Christ et dont l'Église adventiste du septième jour est la plus grande subdivision : TA Fort-de-France, 19 juin 1976, *Demoiselle Coralie*.

⁴⁵⁸ L'office d'HLM a refusé la demande d'un agent d'entretien souhaitant s'absenter les vendredis de 14h à 15h pour se rendre à la moquée : CE, 16 février 2004, n° 264314, M. B. ; E. TAWIL, *La liberté de culte, liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative*, JCP A 2004, n° 1357, p. 724.

⁴⁵⁹ « *Il n'est pas rare de présenter les fonctionnaires et agents publics comme des « incarnations » de la personne publique (...) Bien entendu la chose est plus complexe (...) Parce que l'agent public est d'abord un être humain, une conscience religieuse peut s'imposer à lui (...) Pour autant, ce fait religieux qui saisit l'agent ne*

les services publics de 2007, élaboré par le Haut conseil à l'intégration, « *le fait pour un agent public de manifester ses convictions religieuses dans l'exercice de ses fonctions constitue un manquement à ses obligations* »⁴⁶¹. Le principe a ensuite été transposé dans la Charte de la laïcité à l'école de 2013, selon laquelle « *les personnels ont un devoir de stricte neutralité : ils ne doivent pas manifester leurs convictions politiques ou religieuses dans l'exercice de leurs fonctions* »⁴⁶². En 2015, l'information sur les obligations professionnelles découlant des principes de laïcité et de neutralité a été inscrite comme priorité de la formation professionnelle des agents de l'État⁴⁶³. L'article 1^{er} de la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, énonce solennellement qu'au titre du principe de laïcité, le fonctionnaire « *s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses* »⁴⁶⁴. Par conséquent, en vertu de ce principe, les agents ne peuvent refuser d'exécuter certaines missions au prétexte qu'elles seraient contraires à leurs convictions, en invoquant une prétendue objection de conscience⁴⁶⁵. Lors de l'adoption

peut s'imposer et prospérer publiquement à l'occasion de l'accomplissement du service. A défaut d'être nié, le fait religieux doit être tu, au nom de l'exigence de neutralité inhérente à la conception française du service public. Il doit être soustrait à la vue de l'usager, afin de ne pas heurter les propres convictions de ce dernier, et au-delà, ne pas entamer sa confiance dans le service et la collectivité » : L. MOREAU, *Le fonctionnaire et le fait religieux*, AJCT 2012, n° 6, p. 295.

⁴⁶⁰ Deux arrêts relativement récents pourraient sembler atténuer le principe concernant les candidats aux élections et les élus, s'ils n'étaient pas replacés dans leur contexte. En 2010, la Cour de cassation a donné raison aux juges du fond d'avoir décidé que commet une infraction pénale le maire qui prive une élue de l'exercice de son droit de parole, en raison du port par cette dernière d'un insigne symbolisant son appartenance à la religion chrétienne, dès lors qu'il n'est pas établi que cet insigne a été un facteur de trouble : Cass. crim., 1^{er} septembre 2010, n° 10-80.584, Bull. crim. n° 127 ; E. DREYER, *Une élue peut s'exprimer lors d'un conseil municipal en portant une croix*, JCP G 2010, n° 49, p. 1208 ; Y. MAYAUD, *Du bon usage de la laïcité par les élus locaux... Attention aux discriminations !*, RLCT 2010, n°62, p. 28. La même année, le Conseil d'État a rejeté le recours d'une association visant, *in fine*, à ce qu'il soit fait interdiction à un parti de présenter pendant toute la durée de la campagne électorale une candidate arborant un voile. Il y avait lieu, selon les juges, de combiner la liberté de conscience, d'où découle le principe de laïcité, revendiquée par les requérants avec la liberté individuelle de la candidate et le droit de celle-ci de se présenter à une élection : CE, 23 décembre 2010, n° 337079, *Association Arab Women's Solidarity*.

⁴⁶¹ Circulaire n° 5209/SG du 13 avril 2007 relative à la charte de laïcité dans les services publics.

⁴⁶² Circulaire n° 2013-144 du 6 septembre 2013 relative à la Charte de la laïcité à l'École et aux valeurs et symboles de la République.

⁴⁶³ Circulaire du 9 avril 2015, NOR : RDFF1509063C.

⁴⁶⁴ Cet article modifie la rédaction de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, dite « *Le Pors* » ; E. ROUX, *Loi « Déontologie » du 20 avril 2016 : les nouveaux impératifs déontologiques des fonctionnaires*, AJCT 2016, p. 292.

⁴⁶⁵ « *La désobéissance, au nom de principes personnels, conduirait l'agent à agir de manière discrétionnaire au risque d'opérer une certaine discrimination entre les usagers. (...) La désobéissance de l'agent en raison d'une clause de conscience apparaît alors dangereuse. Elle tend à conduire l'agent vers une application personnelle de la réglementation en vigueur. (...) C'est pourquoi, il devient nécessaire d'opposer à la clause de conscience le principe de neutralité.* » : S. BOUISSON, *L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone : la clause de conscience*, AJFP, mars/avril 2003, p. 34. À l'inverse, « *le principe de neutralité religieuse interdit l'adoption d'un règlement intérieur par un hôpital se référant « à la morale ou à l'éthique catholique pour*

de la loi du 17 mai 2013 permettant aux couples homosexuels de se marier⁴⁶⁶, il a donc été rappelé aux maires et adjoints, qui exercent leurs fonctions au nom de l'État, l'impossibilité de s'opposer à la célébration d'un mariage pour un motif non légal⁴⁶⁷. Ils ne peuvent s'exempter de leur devoir, par délégation, qu'en cas d'absence ou d'empêchement⁴⁶⁸, car il ne s'agit pas d'une objection de conscience, comme l'a expliqué le Conseil constitutionnel⁴⁶⁹. À l'inverse, depuis 2013, la CEDH reconnaît aux officiers d'état civil le droit de ne pas célébrer des unions civiles ou mariages entre personnes du même sexe⁴⁷⁰ lorsque cela constitue une manifestation de leurs convictions⁴⁷¹, au sens de l'article 9 de la Convention⁴⁷².

106. L'application à tous les services publics. Le principe de laïcité est applicable dans l'ensemble des services publics, qu'ils soient assurés par l'Administration, par une entreprise publique – comme la RATP⁴⁷³ ou la SNCF⁴⁷⁴ – ou par un organisme de droit privé. Dans ce dernier cas, il importe peu que la gestion privée soit organisée sous forme de concession, qu'elle soit imposée par une loi ou qu'elle résulte d'un faisceau de critères et d'indices énoncés par la jurisprudence⁴⁷⁵. Ce vaste champ d'application a été rappelé par les juges de l'ordre

interdire au personnel l'accomplissement de certains actes dans les soins prodigués aux usagers de l'hôpital » : TA Lyon, 1^{er} décembre 1988, Association de l'hôpital Saint-Luc ; cité par D. JEAN-PIERRE, *L'éthique du fonctionnaire civil*, thèse, dir. C. DEBBASCH, LGDJ, 1999, p. 61 ; et par S. BOUISSON, *art. préc.*, p. 34.

⁴⁶⁶ Loi n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

⁴⁶⁷ Circulaire du ministre de l'Intérieur, 13 juin 2013, NOR : INTK130095C.

⁴⁶⁸ J.-J. ZADIG, *La loi et la liberté de conscience*, RFDA 2013, p. 957.

⁴⁶⁹ Cons. const., QPC, 18 octobre 2013, n° 2013-353, *Franck M. et autres* ; E. PUTMAN, *Obligation de service public contre objection de conscience : fin de partie ou première manche ?*, Revue Juridique Personnes et Famille, 2013, 12.

⁴⁷⁰ CEDH, 15 janvier 2013, *Eweida et autres c/ Royaume-Uni*, n° 48420/1010 ; cf. *infra* n° 122, 185 et 187, notes n° 558, 1002 et 1011. Cet arrêt constitue un revirement de jurisprudence puisque la CEDH décidait auparavant que la faculté de l'agent de démissionner était une garantie suffisante de sa liberté de religion : CEDH, 9 avril 1997, *Stedman c/ Royaume-Uni*, n° 29107/95.

⁴⁷¹ Un tel refus n'est pas forcément d'origine religieuse et peut être le fait d'un athée se référant au droit naturel selon lequel le mariage est l'union d'une femme et d'un homme d'âge nubile, selon les termes de l'article 12 de la Convention : F. DIEU, *Opposition des officiers d'état civil au mariage entre personnes de même sexe : vers la reconnaissance de l'objection de conscience ?*, D. 2013, p. 1643.

⁴⁷² G. PUPPINCK, *L'objection de conscience des maires et la CEDH*, Revue Lamy Collectivités territoriales, 2013, p. 95.

⁴⁷³ En mai 2013, la RATP a publié un « guide pratique à destination des managers », intitulé « Laïcité et neutralité dans l'entreprise ». Elle y rappelle la règle qui figure dans tous les contrats de travail : « la RATP étant une entreprise de service public qui répond au principe de neutralité, vous vous engagez à proscrire toute attitude ou port de signe ostentatoire pouvant révéler une appartenance à une religion ou à une philosophie quelconque ».

⁴⁷⁴ En octobre 2015, la SNCF a adopté un « guide à l'attention des managers et des responsables RH » intitulé « Principes de laïcité et de neutralité au sein du groupe ferroviaire ».

⁴⁷⁵ F. DIEU, *Le principe de laïcité n'a pas sa place dans l'entreprise : l'extension très limitée de l'application du principe de laïcité aux salariés de droit privé*, JCP A 2013, n° 18, p. 44.

judiciaire dans l'arrêt « *CPAM Seine-Saint-Denis* » du 19 mars 2013, qui concernait une technicienne licenciée au motif qu'elle portait un foulard islamique en contradiction avec une note de service interdisant le port de signes religieux⁴⁷⁶. Le Conseil d'État avait, quant à lui, déjà eu l'occasion de juger que les organismes de sécurité sociale sont des organismes de droit privé chargés d'une mission de service public⁴⁷⁷ et que l'exigence de neutralité s'étend à l'ensemble des agents collaborant à un service public⁴⁷⁸. De son côté, la CEDH laisse une marge de manœuvre aux États membres et, lorsqu'elles lui apparaissent légitimes, autorise les interdictions du port de signes religieux aussi bien dans le service public de l'enseignement⁴⁷⁹ que dans les autres⁴⁸⁰.

107. L'application à tous les agents. Le rayonnement du principe de neutralité atteint l'ensemble des agents de l'administration, peu importe leur position hiérarchique dans le service ou la détention éventuelle de fonction de représentation, sachant que les usagers ne doivent pas être exposés aux choix religieux des agents publics. Il demeure toutefois permis de s'interroger sur l'opportunité de prendre en compte davantage de facteurs dans l'appréciation de la gravité de la faute et du caractère proportionné de la sanction. Dans l'avis précité « *Mlle Marteaux* », le Conseil d'État, tout en rappelant au préalable qu'« *il n'y a pas lieu d'établir une distinction entre les agents du service public selon qu'ils sont ou non chargés de fonctions d'enseignement* », avait admis que les suites disciplinaires à donner à ce genre de manquement dépendent « *de la nature et du degré de caractère ostentatoire [du]*

⁴⁷⁶ La Cour de cassation affirme que « *si les dispositions du Code du travail ont vocation à s'appliquer aux agents des CPAM, ces derniers sont toutefois soumis à des contraintes spécifiques résultant du fait qu'ils participent à une mission de service public, lesquelles leur interdisent notamment de manifester leurs croyances religieuses par des signes extérieurs, en particulier vestimentaires* » : Cass. soc., 19 mars 2013, n° 12-11.690, Bull. civ. V, n° 76 ; D. CORRIGNAN-CARSIN, *La Cour de cassation précise les contours du principe de laïcité*, JCP G 2013, n° 13, p. 608 ; B. BOSSU, *Un employeur privé ne peut se prévaloir du principe de laïcité*, JCP G 2013, n° 14, p. 27-30 ; B. GAURIAU, *La Cour de cassation soulève le voile qui recouvre la question de la laïcité*, Lexbase hebdo éd. soc. 2013, n° 522 ; J.-Ph. LHERNOULD, *Signes religieux au travail : arrêts Baby-Loup et CPAM 93*, JSL 2013, n° 342, p. 8-11 ; F. DIEU, *article préc.*, p. 44 ; E. DOCKÈS, *Liberté, laïcité, Baby-Loup : de la très modeste et très contestée résistance de la Cour de cassation face à la xénophobie montante*, Dr. soc. 2013, p. 388 ; J. COLONNA et V. RENAUX-PERSONNIC, *La liberté religieuse du salarié, Réflexions sur les arrêts récents de la chambre sociale de la Cour de cassation relatifs au port du voile islamique dans les entreprises*, Gazette du Palais, 8 juin 2013 n° 159, p. 13.

⁴⁷⁷ CE, Ass., 13 mai 1938, *Caisse primaire d'aide et de protection*.

⁴⁷⁸ CE, section, 31 janvier 1964, *CAF de l'arrondissement de Lyon*, Rec. p. 76.

⁴⁷⁹ L'interdiction du port du voile faite à une enseignante est jugée légitime car ce signe apparaît difficilement conciliable avec le message de tolérance et de non-discrimination de l'enseignement public : CEDH, 15 février 2001, n° 42393, *Lucia Dahlab c/ Suisse* ; cf. *infra* note n° 535 et 944.

⁴⁸⁰ CEDH, 26 novembre 2015, n° 64846/11, *Ebrahimian c/ France*, cf. *infra* n° 107 et 109, note n° 485 et n° 494.

signe, comme des autres circonstances dans lesquelles le manquement est constaté »⁴⁸¹. Mais cet avis ne détaille pas lesdites circonstances, la Haute juridiction ayant sans doute préféré ne pas ouvrir le débat d'une modulation de l'obligation en fonction du poste occupé par les agents⁴⁸². Ainsi, en 2009, le tribunal administratif de Toulouse a pu admettre la validité du licenciement d'une allocataire de recherche, travaillant dans un laboratoire du CNRS et qui refusait d'ôter son foulard, peu importe qu'elle n'eût aucune activité d'enseignement et donc aucun contact avec le public⁴⁸³. Pourtant, en 2002, dans l'affaire « *Ebrahimian* », le tribunal administratif de Paris avait considéré que l'obligation de neutralité s'impose de façon d'autant plus stricte dans les services publics dont les usagers sont dans un état de fragilité ou de dépendance⁴⁸⁴. Statuant sur cette même affaire en 2015, la CEDH a estimé que l'administration avait « *utilement souligné (...) que l'exigence de neutralité requise était impérative compte tenu des contacts qu'elle avait avec les patients* »⁴⁸⁵. Face aux interrogations des agents sur l'application concrète du principe de laïcité, le rapport « *Laïcité et Fonction publique* », précité, préconise d'intensifier l'effort de formation et de donner aux référents déontologues, institués par la loi du 20 avril 2016, le rôle complémentaire de référents-laïcité⁴⁸⁶.

108. L'interdiction des actes prosélytes et discriminatoires. Certaines manifestations de la conscience religieuse sont d'autant plus répréhensibles qu'elles sont dirigées contre autrui. Tel est le cas du prosélytisme qui désigne, péjorativement, le zèle déployé pour imposer ses

⁴⁸¹ CE, avis contentieux, 3 mai 2000, n° 217017, *Mlle Marteaux* ; cf. *supra* n° 101 et note n° 442, cf. *infra* n° 109 et note 493.

⁴⁸² C. BRICE-DELAJOUX, *La liberté religieuse sur les lieux de travail (publics et privés)*, Droit ouvr. 2011, n° 750, p. 58 et s.

⁴⁸³ TA Toulouse, ord. 17 avril 2009, n° 09-1424.

⁴⁸⁴ TA Paris, 17 octobre 2002, n° 0101740/5, *Mme Christine Ebrahimian* ; obs. M.-C. de Montecler, AJDA 2003, p. 99 ; cf. *infra* n° 109 et note n° 494.

⁴⁸⁵ CEDH, 26 novembre 2015, n° 64846/11, *Ebrahimian c/ France* ; A. ZARCA, *Interdiction du port du voile par les agents publics : les dits et non-dits de la Cour européenne des droits de l'homme*, AJFP 2016, p. 32 ; cf. *infra* n° 109 et note n° 494. Un auteur a critiqué la référence faite par la CEDH à l'avis « *Mlle Marteaux* » pour considérer que l'exigence de prévisibilité de la règle est satisfaite, dans la mesure où celui-ci ne vise expressément que les agents du service public de l'enseignement. Il reproche également à la Cour de ne pas vérifier si, en l'espèce, les doutes des usagers – quant à la protection de leur liberté de conscience face à un agent du service public manifestant ses convictions religieuses – sont objectivement justifiés : L. WILLOUX, *Le port de signes religieux au travail par des agents du service public CEDH*, 26 novembre 2015, n° 64846/11, *Ebrahimian c. France*, RDT 2016, p. 345.

⁴⁸⁶ Il est au préalable rappelé que « *la commission n'a donc pas eu pour ambition de redéfinir le principe de laïcité (...) elle s'en est tenue à l'idée selon laquelle la laïcité constitue la modalité française d'organiser la liberté de conscience qui implique, pour les pouvoirs publics, de respecter une posture de neutralité en matière de culte. Il s'en déduit que les agents publics ne peuvent -pendant leur service- afficher leurs convictions religieuses* ».

convictions à autrui⁴⁸⁷. Ainsi, en 2009, le Conseil d'État a confirmé la sanction prise à l'encontre d'un agent public qui avait distribué aux usagers des documents à caractère religieux à l'occasion de son service⁴⁸⁸. En 2016, la cour administrative d'appel de Versailles a confirmé la révocation d'un animateur-adjoint ayant diffusé ses convictions religieuses auprès des usagers et de ses collègues, caractérisant un prosélytisme actif d'autant plus grave qu'il était en relation avec de jeunes enfants⁴⁸⁹. Plus particulier était le cas de l'agent d'un établissement d'enseignement public, qui avait indiqué son adresse électronique professionnelle sur le site d'une organisation sectaire et avait utilisé la messagerie électronique d'un collègue à son insu. Dans un arrêt du 15 octobre 2003, le Conseil d'État a fait preuve de la même sévérité en validant la sanction de l'exclusion temporaire prononcée à l'encontre de cet agent⁴⁹⁰. Par ailleurs, certains comportements, pratiqués au nom de la conscience religieuse, peuvent s'avérer discriminatoires. En 2015, le tribunal administratif de Lyon a donné raison à une communauté urbaine d'avoir refusé d'embaucher un candidat à un poste d'agent de propreté, ce dernier ayant exprimé l'intention de manifester ses convictions religieuses sur son temps de service, notamment en refusant de serrer la main d'un membre féminin du jury⁴⁹¹.

109. L'interdiction du port de signes religieux. Dans l'avis « *Mlle Marteaux* » précité, le Conseil d'État a décidé très clairement que le fait pour un agent du service public – en l'espèce, une surveillante dans un établissement d'enseignement public – de porter un signe religieux est contraire à ses obligations professionnelles⁴⁹². Dans l'affaire « *Ebrahimian* » précitée également, le tribunal administratif de Paris a appliqué la règle en milieu hospitalier, pour valider le non-renouvellement du CDD d'une assistante sociale qui refusait d'ôter son voile, en dépit de plaintes de patients et de mises en garde de sa hiérarchie⁴⁹³. La CEDH a décidé que la décision de non-renouvellement n'est pas contraire à l'article 9 de la CESDH et que les juges français avaient pu valablement faire primer l'exigence de neutralité et

⁴⁸⁷ Cette définition est issue du dictionnaire du CNTRL en ligne.

⁴⁸⁸ CE, 19 février 2009, n°311633.

⁴⁸⁹ CAA Versailles, 30 juin 2016, n°15VE00140 : « *ce dernier professait, tant devant les enfants et leurs parents que devant ses collègues, une doctrine religieuse à caractère parascientifique portant, entre autres, sur le parcours de l'âme après la mort (...) il présentait comme étant des vérités établies la provenance planétaire des enfants, la déssexualisation des êtres humains ou encore l'imminence de la fin du monde* ».

⁴⁹⁰ CE, 15 octobre 2003, n°244428.

⁴⁹¹ TA Lyon, 17 juin 2015, n°1204943 ; J.-S. LAVAL, *Refus de recrutement fondé sur l'intention du candidat de manifester ses croyances religieuses en service*, AJFP 2016, p. 28.

⁴⁹² CE, avis contentieux, 3 mai 2000, n° 217017, *Mlle Marteaux* ; cf. *supra* n° 101 et 107, notes n° 442 et 481.

⁴⁹³ TA Paris, 17 octobre 2002, n° 0101740/5, *Mme Christine Ebrahimian* ; cf. *supra* n° 107 et note n° 484.

d'impartialité⁴⁹⁴. En novembre 2003, la Cour administrative d'appel de Versailles a confirmé que le port d'un signe ostentatoire d'appartenance à une religion par un contrôleur du travail et le refus réitéré de l'ôter est contraire à l'honneur professionnel, justifiant ainsi la décision de suspension provisoire⁴⁹⁵. Dans un jugement du 28 mai 2004, le tribunal administratif de Cergy Pontoise a rejeté le recours d'un agent d'entretien de piscine municipale, licencié pour avoir refusé de tailler sa barbe alors qu'elle était incompatible avec le port du masque de protection et que l'expression extérieure d'une conviction religieuse ne peut être tolérée dans un endroit accueillant du public dont des enfants. Le juge a considéré qu'en raison du principe de laïcité, ce fait constituait un manquement de l'agent d'entretien à ses obligations de fonctionnaire. En 2006, la Cour administrative d'appel de Versailles a confirmé le licenciement d'une assistante maternelle qui avait refusé d'enlever son voile malgré les demandes répétées de la directrice de la crèche familiale et du maire⁴⁹⁶.

§ 2 : Le débat sur l'extension du champ d'application

110. Dans son avis intitulé « *Rappel à la loi à propos de la laïcité et du fait religieux* » du 15 octobre 2013, l'Observatoire de la laïcité, mis en place le 8 avril 2013, a rappelé que « *la laïcité ne peut être invoquée pour résoudre tous les problèmes sociétaux qui peuvent être liés à la situation économique et sociale, au contexte urbain ou aux problèmes de l'intégration* ». Cela n'empêche pas qu'il puisse paraître tentant, pour les entreprises de droit commun, de recourir plus souvent au principe de laïcité, en tant qu'argument d'autorité, afin d'imposer des attitudes de neutralité religieuse⁴⁹⁷, sans distinction des fonctions exercées⁴⁹⁸. En France, le

⁴⁹⁴ CEDH, 26 novembre 2015, n° 64846/11, *Ebrahimian c. France* ; cf. *supra* n° 107 et note n° 485.

⁴⁹⁵ CAA Lyon, 27 novembre 2003, n°03LY01392, *Mlle Ben Abdallah* ; F. MELLERAY, *Port du foulard islamique par une fonctionnaire et principe de laïcité*, AJDA 2004, p. 154.

⁴⁹⁶ CAA Versailles, 23 févr. 2006, n°04VE03227 ; AJDA 2006, p. 1237.

⁴⁹⁷ Selon les auteurs du Précis Dalloz, la laïcité « *tend à devenir un argument rhétorique permettant de présenter sous un jour acceptable la montée de l'intolérance à l'égard de certaines religions. Cette évolution apparaît inquiétante* » : G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis, Dalloz, 2017, 31^{ème} édition, n° 718, p. 836.

⁴⁹⁸ Monsieur Frédérique de la Morena explique que, si la laïcité en tant que garantie de liberté de culte et règle d'organisation de l'espace public, ne peut être transposée au monde de l'entreprise, tel n'est pas le cas de la neutralité, qui en est le corollaire (Pour une position contraire : P. ADAM, *Les laïcités de l'entreprise privée*, Dr. soc. 2015, p. 708 ; cf. *infra* note n° 526). Elle insiste également sur ce paradoxe du droit français qui offre aux entreprises le choix religieux mais pas le choix laïque, réduisant ainsi la liberté de conscience à la liberté religieuse. L'article L. 1132-1 du Code du travail ne mentionne d'ailleurs pas les convictions autres que religieuses alors que la loi du 27 novembre 2008, dont il s'inspire directement, distingue les deux : F. DE LA MORENA, *Du principe de laïcité républicaine à l'application des valeurs de la laïcité dans l'entreprise*, Dr. soc. 2015, p. 699.

débat sur l'élargissement du champ d'application de la « *tendance laïque* » au monde de l'entreprise a d'ailleurs été récemment relancé à travers l'affaire dite « *Baby-Loup* ». Elle est devenue emblématique des nouvelles questions posées par l'application du principe de laïcité, dans une société française ayant connu de nombreuses mutations depuis 1905 (I). Il peut aussi s'avérer intéressant d'étudier les liens entre les Églises et l'État dans d'autres systèmes juridiques et de constater l'impact éventuel du régime choisi sur le monde de l'entreprise (II).

I : L'analyse en droit social français

111. Une véritable saga. Entre 2010 et 2013, l'extension du principe de laïcité a été au cœur de multiples discussions juridiques – voire juridictionnelles – et politiques, révélant des avis de tous bords (A). Finalement, en 2014, la Cour de cassation, dans sa formation la plus solennelle, a tranché le débat en décidant que l'entreprise de droit commun ne peut en aucun cas prétendre au statut d'« *entreprise de tendance laïque* », en l'absence de lien avec le service public (B).

A. Le tâtonnement des institutions

112. La première instance et les premières déclarations politiques. Au sein de la crèche « *Baby-Loup* », une association relevant de la loi de 1901, une éducatrice de jeunes enfants, exerçant également les fonctions de directrice adjointe, s'est présentée vêtue d'un voile islamique à son retour de congé de maternité. Or, ce choix vestimentaire constituait une violation des dispositions du règlement intérieur, celui-ci édictant une obligation de neutralité pour l'ensemble des activités de la crèche. Parce qu'elle avait refusé de retirer son voile et avait réagi de manière agressive, la salariée avait été licenciée pour faute grave. S'estimant victime d'une discrimination en raison de ses convictions religieuses, la salariée licenciée a saisi la HALDE ainsi que le conseil de prud'hommes, pour obtenir la nullité de son licenciement. En mars 2010, la HALDE a considéré que le licenciement était discriminatoire au sens de l'article L. 1132-1 du Code du travail⁴⁹⁹. Mais, en décembre 2010, les juges de première instance ont débouté la salariée requérante de ses demandes, après avoir retenu la violation des principes de laïcité et de neutralité visés par le règlement intérieur et pris en

⁴⁹⁹ HALDE, délib. n° 2010-82 du 1^{er} mars 2010.

considération l'activité de service public de cette dernière⁵⁰⁰. Quelques mois plus tard, dans sa résolution du 3 mai 2011, l'Assemblée nationale n'a pas hésité, violant le principe de la séparation des pouvoirs, à valider cette solution judiciaire, en plaidant pour l'extension du principe de laïcité « *à l'ensemble des personnes collaborant à un service public ainsi qu'à l'ensemble des structures privées des secteurs social, médico-social ou de la petite enfance chargées d'une mission de service public ou d'intérêt général* ». Elle a même déclaré « *souhaitable que, dans les entreprises, puisse être imposée une certaine neutralité en matière religieuse* »⁵⁰¹. Dans son avis du 1^{er} septembre 2011, le Haut Conseil à l'intégration⁵⁰², l'ancêtre de l'Observatoire de la laïcité, s'est lui aussi prononcé en faveur de l'application du principe de neutralité en matière d'expression religieuse dans l'entreprise, et plus particulièrement dans le secteur de la prise en charge de la petite enfance et des personnes âgées dépendantes⁵⁰³.

113. L'appel et les premières propositions de loi. En octobre 2011, la cour d'appel de Versailles a jugé que les restrictions apportées à la liberté religieuse par le règlement intérieur de la crèche étaient justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Elle a précisé qu'une crèche privée peut exiger une obligation de neutralité de son personnel dès lors qu'elle a vocation à accueillir tous les enfants du quartier qui, compte tenu de leur jeune âge, n'ont pas à être confrontés à des manifestations ostentatoires d'appartenance religieuse⁵⁰⁴. Deux jours avant cette décision, une proposition de loi visant à étendre l'obligation de neutralité aux structures privées en charge de la petite enfance avait été déposée au Sénat⁵⁰⁵. Elle n'a cependant été adoptée en première lecture que le 17 janvier 2012, puis transmise deux fois de suite à l'Assemblée nationale, en janvier et juillet 2012, avant d'être renvoyée devant la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République⁵⁰⁶. Certains ont considéré qu'une telle proposition

⁵⁰⁰ CPH Mantes-la-Jolie, 13 décembre 2010, RG n° F 10/00587.

⁵⁰¹ Résolution du 3 mai 2011 n° 672 sur l'attachement au respect des principes de laïcité, fondement du pacte républicain, et de liberté religieuse.

⁵⁰² Il a été créé en 1989 et a disparu en 2013.

⁵⁰³ R. de QUENAUDON, *Expression religieuse et laïcité en entreprise. À propos de l'avis rendu par le Haut Conseil à l'intégration le 1^{er} septembre 2011*, RDT 2011, p. 643.

⁵⁰⁴ CA Versailles, 11^{ème} ch., 27 octobre 2011, n° 10/05 642 ; F. GAUDU, *L'entreprise de tendance laïque*, Dr. soc. 2011, p. 1186.

⁵⁰⁵ Proposition de loi n° 61 visant à étendre l'obligation de neutralité à certaines personnes ou structures privées accueillant des mineurs et à assurer le respect du principe de laïcité.

⁵⁰⁶ La commission a amendé le projet et l'a adopté en l'état le 4 mars 2015. Elle a précisé que sont soumis à l'obligation de neutralité les établissements qui « *bénéficient de financements publics destinés à soutenir leur*

de loi mènerait à une « *dénaturation profonde du principe de laïcité* », en procédant à sa « *privatisation* »⁵⁰⁷. Le CNCDH a d'ailleurs recommandé « *le retrait pur et simple* » de la proposition de loi, à cause de laquelle risquait de « *resurgir une guerre sur le sens à donner au principe de laïcité* »⁵⁰⁸. Cela n'a toutefois pas empêché les députés d'adopter la proposition de loi le 13 mai 2015, en restreignant son champ d'application par rapport à la commission, et de la transmettre aux sénateurs⁵⁰⁹. Par la suite, une autre proposition de loi a été déposée à l'Assemblée nationale le 16 janvier 2013, puis renvoyée devant la commission précitée⁵¹⁰.

114. La cassation, la suite des propositions de loi et les avis politiques. Le 19 mars 2013, la Chambre sociale de la Cour de cassation a censuré l'arrêt, décidant que, « *s'agissant d'une crèche privée, le licenciement constituait une discrimination en raison des convictions religieuses de la salariée et devait être déclaré nul* ». Elle affirmait ainsi que le principe de laïcité instauré par l'article 1^{er} de la Constitution n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public⁵¹¹. À la suite de cet arrêt de

activité d'accueil ». Elle a étendu le champ de l'obligation de neutralité aux centres de vacances et de loisirs mais en a exclu les établissements médico-sociaux et les domiciles d'assistants maternels : Rapport du député Alain Tourret n° 2614 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 mars 2015. Dans un communiqué en date 9 mars 2015, l'Observatoire de la laïcité s'est opposé à cette proposition de loi.

⁵⁰⁷ V. LASSERRE, *Droit et religion*, D. 2012, p. 1072.

⁵⁰⁸ CNCDH, *Déclaration pour le retrait de la proposition de loi sur la laïcité*, 19 mars 2015.

⁵⁰⁹ La proposition de loi n° 516 restreint l'obligation de neutralité en matière religieuse aux « *établissements et services accueillant des enfants de moins de six ans gérés par une personne morale de droit public ou par une personne morale de droit privé chargée d'une mission de service public* » et a exclu les centres de vacances et de loisirs. Lors de cette séance à l'Assemblée nationale, a été rejeté un amendement visant à étendre le principe de laïcité à l'université : compte-rendu intégral de la séance du 13 mai 2015.

⁵¹⁰ Proposition n° 593 visant à étendre l'obligation de neutralité à certaines personnes ou structures privées accueillant des mineurs et à assurer le respect du principe de laïcité : ce texte vise à introduire une obligation de neutralité dans les dispositifs législatifs relatifs à la qualification professionnelle et à l'agrément des personnes habilitées à accueillir de jeunes enfants. Une proposition n° 2313, à l'intitulé strictement identique, a été déposée plus tard à l'Assemblée nationale, le 22 octobre 2014.

⁵¹¹ Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845, Bull. civ. V, n° 75, Juris-Data n° 2013-004454 : D. CORRIGNAN-CARSIN, *La Cour de cassation précise les contours du principe de laïcité*, JCP G 2013, n° 13, p. 608 ; B. BOSSU, *Un employeur privé ne peut se prévaloir du principe de laïcité*, JCP G 2013, n° 14, p. 27-30 ; B. GAURIAU, *La Cour de cassation soulève le voile qui recouvre la question de la laïcité*, Lexbase hebdo éd. soc. 2013, n° 522 ; J.-Ph. LHERNOULD, *Signes religieux au travail : arrêts Baby-Loup et CPAM 93*, JSL 2013, n° 342, p. 8-11 ; F. DIEU, *Le principe de laïcité n'a pas sa place dans l'entreprise : l'extension très limitée de l'application du principe de laïcité aux salariés de droit privé*, JCP A 2013, n° 18, p. 44 ; J. COLONNA et V. RENAUX-PERSONNIC, *La liberté religieuse du salarié, Réflexions sur les arrêts récents de la chambre sociale de la Cour de cassation relatifs au port du voile islamique dans les entreprises*, Gaz. Pal., 8 juin 2013, n° 159, p. 13 ; X. DUPRE de BOULOIS, *Le principe de laïcité n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public, Regard d'un publiciste sur l'affaire Baby Loup*, CSBP, 31 mai 2013 n° 252, p. 154 ; E. DOCKÈS, *Liberté, laïcité, Baby Loup : de la très modeste et très contestée résistance de la Cour de cassation face à la xénophobie montante*, Dr. soc. 2013, p. 388 ; J. MOULY, *La liberté d'expression religieuse dans l'entreprise : le raidissement de la Cour de cassation*, D. 2013. p. 963.

cassation, le Gouvernement a indiqué qu'il n'excluait pas de légiférer sur ce sujet⁵¹² et le Défenseur des droits de l'époque, Monsieur Dominique Baudis, a lui aussi manifesté son souhait de voir clarifier les dispositions législatives, recommandant une large consultation préalable⁵¹³. Si aucun projet de loi du gouvernement n'a finalement vu le jour, les propositions de loi sur le sujet se sont en revanche succédé en très peu de temps, mais sans qu'aucune n'aboutisse⁵¹⁴. Dans son avis du 26 septembre 2013, l'assemblée plénière de la CNCDH a confirmé l'analyse de la Cour de cassation et s'est opposé à l'adoption d'une loi visant à étendre le principe de laïcité à l'entreprise. Selon celle-ci, seules les activités de service public seraient soumises au principe de laïcité, ce dernier ne pouvant s'étendre aux entreprises privées⁵¹⁵. Deux semaines plus tard, le 15 octobre 2013, l'Observatoire de la laïcité a rendu deux avis. Le premier avis, déjà cité, apparaissait plus nuancé que les propositions de loi de 2013 en rappelant que, « *dans les structures soumises au droit du travail et non au régime du service public* », « *l'expression des convictions religieuses peut être limitée par le règlement*

⁵¹² Le 20 mars 2013, la porte-parole du gouvernement, Najat Vallaud-Belkacem, avait procédé à cette annonce et précisé que « *le principe de laïcité ne devait pas s'arrêter à la porte des crèches* ».

⁵¹³ Cette demande avait été formulée dans un courrier au Premier ministre en date du 22 mars 2013 : « *Le défenseur des droits veut "clarifier" la loi sur la laïcité après l'affaire Baby Loup* », Le Monde.fr avec AFP et Reuters, 22 mars 2013.

⁵¹⁴ Il y a eu la proposition de loi n° 865 du 28 mars 2013 visant à donner la possibilité aux entreprises d'inscrire dans leur règlement intérieur le principe de neutralité à l'égard de toutes les opinions ou croyances. Ensuite, la proposition de loi n° 998 du 24 avril 2013, relative au respect de la neutralité religieuse dans les entreprises et les associations, prévoyait de compléter ainsi les articles L. 1121-1 et L. 1321-3 alinéa 2 du Code du travail : « *Sont légitimes, dès lors qu'elles sont justifiées par la neutralité requise dans le cadre des relations avec le public ou par le bon fonctionnement de l'entreprise et proportionnées au but recherché, des restrictions visant à réglementer le port de signes et les pratiques manifestant une appartenance religieuse* ». Enfin, la proposition de loi n° 1027 du 15 mai 2013, visant à assurer le principe de laïcité dans les entreprises privées, envisageait l'ajout d'un article L. 1121-1 bis dans le Code du travail, qui disposerait notamment que « *tout salarié s'abstient du port de signe ou tenue vestimentaire ostensible d'appartenance religieuse* » et de « *toute manifestation d'activités affichant une appartenance religieuse* », sauf dans les entreprises à vocation confessionnelle. Il est sans doute permis de douter de la conscience politique des auteurs de ces propositions de loi, qui devaient être, pour certains, plus animés par une volonté de faire parler d'eux que de contribuer à l'amélioration du droit positif.

⁵¹⁵ Elle a déclaré en outre que la liberté de religion du salarié ne peut être limitée que si elle est caractéristique d'un prosélytisme abusif ou si elle est contraire à l'hygiène, à la sécurité ou à l'intérêt de l'entreprise : CNCDH, Avis sur la laïcité, 26 septembre 2013, Avis sur la laïcité de la CNDH : confinement de la neutralité religieuse aux services publics et consécration du droit jurisprudentiel, JCP A 2013, n° 43, act. 847 ; cf. supra n° 89 et note n° 408, cf. infra n° 193 et note 1056. Selon le Professeur Alain Supiot, « *contrairement à l'avis de la CNCDH, on ne peut suivre en effet la Chambre sociale lorsqu'elle affirme que « le principe de laïcité n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé ». Une telle affirmation (...) réduit la laïcité à la neutralité, qui n'en est qu'une application propre aux services publics. L'application du principe de laïcité à tous les citoyens sur tout le territoire de la République est la condition de la liberté de conscience reconnue à chacun* ». Il ajoute à ce sujet que « *si le principe de laïcité doit bien être « partagé par tous », comment la CNCDH peut-elle sans contradiction affirmer qu'il ne doit pas être étendu aux entreprises privées (...) ?* », considérant que « *le principe de laïcité n'oblige pas seulement l'État et ses agents, mais aussi les personnes privées, qui sont tenus de le respecter (...) Un régime où chacun entendrait vivre selon sa propre loi religieuse en ignorant les exigences d'une loi commune serait intenable* » : A. SUPIOT, Commentaire de l'Avis sur la laïcité adopté par l'Assemblée plénière du CNCDH le 26 septembre 2013, in *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*, dir. C. LAZERGES, Dalloz, 2016, p. 300 et s.

intérieur si la nature de la tâche à accomplir le justifie, à condition que la limitation soit proportionnée au but recherché », conformément à l'article L. 1121-1 du Code du travail⁵¹⁶. Dans un autre avis du même jour, l'Observatoire a rejeté la qualification de « *tendance laïque* » pour parler d'un organisme privé, tel une crèche⁵¹⁷.

B. L'affirmation de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation

115. La neutralité permise sous conditions dans les entreprises privées. La saga judiciaire « *Baby Loup* » a repris en novembre 2013 devant la cour d'appel de Paris, qui, statuant en tant que cour de renvoi, a fait de la résistance en confirmant le jugement du conseil de prud'hommes⁵¹⁸. L'arrêt a qualifié la crèche d'« *entreprise de conviction* » et considéré qu'elle pouvait, à ce titre, « *se doter de statuts et d'un règlement intérieur prévoyant une obligation de neutralité du personnel dans l'exercice de ses tâches* »⁵¹⁹. Par conséquent, la Cour de cassation a été saisie à nouveau, dans sa formation la plus solennelle. Dans un arrêt du 25 juin 2014, l'Assemblée plénière a donné raison à la cour d'appel de Paris d'avoir considéré que la restriction à la liberté de manifester sa religion édictée par le règlement intérieur ne présentait pas un caractère général, mais était, au contraire, suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par certains salariés de l'association et proportionnée au but recherché⁵²⁰. Contrairement à la Chambre sociale, l'Assemblée plénière

⁵¹⁶ Il mettait aussi en garde le pouvoir politique sur ses velléités de légiférer en alertant sur « *le risque de contrevenir à un droit fondamental et ainsi d'une condamnation de la Cour européenne des droits de l'Homme voire d'une censure du Conseil constitutionnel* » : Observatoire de la laïcité, avis « *Rappel à la loi à propos de la laïcité et du fait religieux* », cf. *supra* n° 110.

⁵¹⁷ Observatoire de la laïcité, avis sur la définition et l'encadrement du fait religieux dans les structures privées qui assurent une mission d'accueil des enfants.

⁵¹⁸ CA Paris, 27 novembre 2013, n° 13/02981, *Fatima L. c/ Assoc. Baby-Loup*, Juris-Data n° 2013-026587 ; B. BOSSU, *Affaire Baby-Loup : le retour à la case départ*, JCP E, n° 51, 19 Décembre 2013, 1710 ; J.-E. RAY, *À propos d'une rébellion (CA Paris, 27 nov. 2013, Baby Loup)*, Dr. soc. 2014, p. 4 ; F. DIEU, *L'affaire Baby-Loup : quelles conséquences sur le principe de laïcité et l'obligation de neutralité religieuse ?*, JCP A n° 15, 14 Avril 2014, 2114 ; F. CHAMPEAUX, *Une atteinte à la liberté religieuse, Entretien avec Nicolas Moizard Maître de conférences à l'Université de Strasbourg*, SSL 2013, 1609 ; J. MOULY, *L'affaire Baby Loup devant la cour de renvoi : la revanche de la laïcité ?*, D. 2014 p. 65 ; G. CALVES, *Devoir de réserve imposé aux salariés de la crèche Baby Loup, Quelle lecture européenne du problème ?*, RDT 2014, p. 94 ; C. WILLMAN, *L'athéisme (neutralité), un nouveau critère d'identification de l'entreprise de tendance ?*, Lexbase hebdo éd. soc. 2013, n° 550 ; F. GEA, *La tentation de la laïcité*, SSL 2014, 1619 ; cf. *supra* note n° 204 et 236.

⁵¹⁹ Encore faut-il préciser que l'employeur a finalement plaidé que la clause de neutralité ne visait que les éducateurs en contact avec les enfants alors que, au début de l'instance, la clause était censée être d'application générale : J.-G. HUGLO, *La Cour de cassation et le fait religieux dans l'entreprise : présentation des enjeux juridiques*, Dr. soc. 2015, p. 682.

⁵²⁰ Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Mme A. c/ Assoc. Baby-Loup*, Bull. A.P., n° 1 ; I. DESBARATS, *Affaire Baby loup : l'orthodoxie en guise d'épilogue*, JCP E, n° 36, 4 Septembre 2014, 1445 ; J.-E. RAY, *Baby Loup, Les enfants d'abord !*, JCP G 2014, 804 ; J. MOULY, *L'affaire Baby-Loup devant l'Assemblée plénière :*

ne s'est plus référée aux articles L. 1132-1 et L. 1133-1 du Code du travail, relatifs au principe de non-discrimination et aux différences de traitement autorisées, mais uniquement aux articles L. 1121-1 et L. 1321-3 dudit code, concernant les conditions des restrictions susceptibles d'être apportées aux libertés⁵²¹. La solution est d'ailleurs transposable à l'ensemble des entreprises de droit privé, et pas seulement au secteur précis de la petite enfance. Ce pan de la solution est cependant critiqué par un avis du Comité des droits de l'homme de l'ONU⁵²², rendu le 10 août 2018⁵²³. En effet, celui-ci a considéré que la restriction contenue dans le règlement intérieur de la crèche constitue une violation de l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, c'est-à-dire une atteinte à la liberté de manifester sa religion, tandis que le licenciement fondé sur ce règlement est une discrimination en raison de la religion et du genre, en violat de l'article 26 dudit Pacte. Puisque le Comité n'est pas un organe juridictionnel et que ses avis ne sont pas contraignants, il a seulement « invité » l'État français à publier la décision, à proposer une indemnisation à la plaignante sous 180 jours et à prendre les mesures nécessaires pour prévenir des violations similaires à l'avenir. Aussi, la France n'a pas d'obligation de suivre cet avis⁵²⁴.

quelques accommodements avec les principes, Dr. soc. 2014, p. 811 ; cf. *supra* notes n° 208 et 237, cf. *infra* notes n° 592 et 912.

⁵²¹ J.-M. CHONNIER, *Le contentieux soulevé par le fait religieux dans l'entreprise*, JCP S 2016, 1083.

⁵²² Le Comité des droits de l'homme est un organe composé d'experts indépendants qui surveille la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques par les États parties. Le premier Protocole facultatif se rapportant au Pacte, entré en vigueur le 23 mars 1976, permet au Comité d'examiner des plaintes individuelles émanant de particuliers qui se disent victimes d'une violation des droits reconnus dans le Pacte et qui ont épuisé les voies de recours interne : <https://www.ohchr.org/FR/HRBodies/CCPR/Pages/Intro.aspx>. C'est en vertu de cette procédure que les avocats de l'ancienne salariée de la crèche Baby-Loup avaient déposé une requête le 18 juin 2015.

⁵²³ Dans son rapport de onze pages, le Comité a estimé que l'État n'avait pas expliqué « dans quelles mesures le port du foulard serait incompatible avec la stabilité sociale et l'accueil promus au sein de la crèche », d'autant plus que la crèche avait pour but de « permettre l'insertion économique, sociale et culturelle des femmes [...] sans distinction d'opinion politique ou confessionnelle ». Il relève en outre que le port d'un foulard islamique ne pouvait être considéré comme « un signe extérieur fort » ou « ostentatoire » et « constitutif d'un acte de prosélytisme ». Le motif du licenciement, une « faute grave », est également critiqué, car il empêche toute indemnité de licenciement et est « particulièrement stigmatisant » : M. LEMONNIER, *Baby-Loup : la France condamnée à l'ONU pour « discrimination envers les femmes musulmanes »*, L'Obs, 24 août 2018 ; *Crèche Baby-Loup : l'ONU critique la France pour le licenciement d'une salariée voilée*, Le Monde, 25 août 2018.

⁵²⁴ Après avoir rappelé la portée juridique des constatations du Comité, le Professeur Julie Klein note que la saisine de ce Comité, qui – même s'il n'est pas question de l'application du principe de laïcité dans l'affaire « Baby-Loup » – s'était déjà prononcé à l'encontre de la loi du 15 mars 2004 sur le port de signes religieux dans les établissements d'enseignement publics, a pu être opportunément préférée à l'introduction d'un recours devant la CEDH, plus susceptible de conforter la décision de l'Assemblée plénière : J. KLEIN, *Affaire Baby-Loup : la France a-t-elle réellement été condamnée par l'ONU ?*, 30 août 2018, consultable en ligne sur le site du Club des Juristes.

116. La tendance laïque réservée aux entreprises relevant du service public.

L'Assemblée plénière n'avait toutefois pas donné entièrement raison à la cour d'appel de renvoi, rejetant la qualification d'« *entreprise de conviction* »⁵²⁵ et confirmant ainsi la solution de la Chambre sociale sur ce point. Cet arrêt solennel affirme implicitement que la tendance laïque ne peut être le propre que de l'administration ainsi que des organismes privés exerçant une mission de service public⁵²⁶. Or, la qualification de mission de service public est écartée pour l'activité de la crèche « *Baby-Loup* ». En effet, les juges du droit ont considéré que ni l'existence d'un financement public – à hauteur de 80 % – ni la poursuite de l'intérêt général ne suffisaient à caractériser une mission de service public. Cela signifie, qu'une mission d'intérêt général est donc à distinguer d'une mission de service public. La solution semble surprenante puisqu'en l'espèce, le contrat d'aide financière, conclu avec la caisse d'allocations familiales et la commune, imposait à l'association « *Baby Loup* » l'obligation de respecter une totale neutralité politique, philosophique ou confessionnelle. De surcroît, dans la mesure où la qualification de service public a pu être retenue pour un commerce d'alimentation en milieu rural⁵²⁷ ou l'exploitation d'une plage⁵²⁸, il est d'autant plus difficile de comprendre le raisonnement de l'Assemblée plénière⁵²⁹.

117. L'accord avec la jurisprudence administrative. La Cour de cassation a pu s'inspirer du raisonnement du Conseil d'État en la matière, dans ses fonctions aussi bien juridictionnelle que consultative. En effet, dans un arrêt de 2007, la Haute juridiction administrative avait délimité la notion de mission de service public, énonçant que lorsque, « *eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a*

⁵²⁵ Selon le Professeur Pierre Delvolvé, « *on pourrait relever une contradiction entre le refus de voir dans l'association Baby-Loup une entreprise de conviction et la référence à son règlement intérieur insistant sur le principe de laïcité pour admettre que la nature des tâches accomplies par les salariés, compte tenu du but recherché, justifiait l'interdiction du port de signes religieux. En tenant compte de la particularité des fonctions des salariés, la Cour de cassation arrive au même résultat. Dans un cas comme dans l'autre, il est justifié* » : P. DELVOLVÉ, *Entreprise privée, laïcité, liberté religieuse. L'affaire Baby Loup*, RFDA 2014, p. 954.

⁵²⁶ Le Professeur Patrice Adam considère que la Cour de cassation a opéré une confusion en assimilant laïcité et neutralité car, si l'exigence de neutralité des agents publics n'est pas transposable aux salariés, la laïcité est applicable au monde de l'entreprise en ce sens qu'elle y autorise l'expression des convictions religieuses : P. ADAM, *Les laïcités de l'entreprise privée*, Dr. soc. 2015, p. 708.

⁵²⁷ CAA Marseille, 24 janv. 2011, n° 09MA00172.

⁵²⁸ CE, 21 juin 2000, n° 212100, Rec. p. 282.

⁵²⁹ X. DUPRE de BOULOIS, *art. préc.*, p. 154.

entendu (...) confier une telle mission » à l'organisme privé⁵³⁰. Par ailleurs, dans l'étude adoptée par l'assemblée générale le 19 décembre 2013, à la suite de sa saisine par le Défenseur des droits⁵³¹, le Conseil d'État a expliqué que le service public se caractérise par son rattachement à une ou plusieurs personnes publiques. Le cumul du critère matériel et du critère organique est donc impératif pour que la qualification soit retenue. Ainsi, lorsqu'une personne privée assure une mission d'intérêt général qui n'est pas qualifiée par les textes de service public, il faut vérifier ce rattachement en recherchant s'il existe la volonté d'une personne publique de créer ce service public. Cette volonté est caractérisable dans deux situations : soit l'activité est exercée sous le contrôle⁵³² de l'administration et la personne privée est investie de prérogatives de puissance publique, soit l'administration est suffisamment impliquée dans la création, l'organisation ou le fonctionnement de l'activité, ainsi que dans les obligations imposées⁵³³.

II : L'étude du droit social comparé

118. Aperçu de la jurisprudence de la CEDH. L'Europe est un lieu de développement privilégié du pluralisme religieux mais aussi un espace de pluralité d'appréhension de la religion, celle-ci pouvant fortement différer selon les pays. Certains États affichent une séparation officielle avec les Églises mais il y existe des cultes reconnus. La CEDH a alors la mission de veiller à ce que l'existence de religions reconnues par l'État ne contrevienne pas au pluralisme religieux, « *principe consubstantiel* » d'une société démocratique⁵³⁴. Par ailleurs, la Cour admet que les agents publics puissent être soumis à une obligation de discrétion dans l'expression publique de leurs convictions religieuses, dès l'instant où un principe de

⁵³⁰ CE, Sect., 22 février 2007, n° 264541, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*.

⁵³¹ Par une lettre de saisine en date du 20 septembre 2013, le Défenseur des droits a confié une étude au Conseil d'État afin qu'il précise davantage la distinction entre mission de service public et mission d'intérêt général, et celle entre collaborateur occasionnel du service public et participant au service public.

⁵³² Le Conseil d'État précise que le contrôle administratif doit aller au-delà du simple régime d'autorisation ou de déclaration de l'activité, de sorte que l'autorisation du conseil général pour l'implantation d'une crèche n'est pas suffisante pour caractériser l'existence d'un service public. Il en va de même du subventionnement qui ne caractérise pas un contrôle suffisant de la personne publique sur l'organisme privé.

⁵³³ Ces explications sont détaillées dans la partie de l'étude intitulée « 2. *L'identification des services publics* », aux pages 21 et suivantes.

⁵³⁴ CEDH, 25 mai 1993, n°14307/88, *Kokkinakis c/ Grèce*, cf. *infra* note n° 854. Ainsi, « *le contrôle de l'article 9 de la Convention par la CEDH ne diffère pas en fonction du caractère laïc ou non de l'État concerné. (...) la CEDH ne semble pas prendre plus de précautions à l'égard d'un État non laïc.* » : B. PALLI, *Les outils méthodologiques et conceptuels développés par la CEDH face à la Grèce, pays à religion dominante : quels enseignements pour un État laïc comme la France ?*, Dr. social 2018, p. 347.

neutralité⁵³⁵ ou de laïcité⁵³⁶ est en vigueur dans le pays concerné. La CEDH a ainsi reconnu les convictions laïques⁵³⁷, même si certains y ont vu une confusion de la part des juges européens entre la laïcité et l'athéisme, qui pourrait seul être qualifié de conviction⁵³⁸.

119. Les pratiques étrangères. Ainsi, si peu d'États peuvent être qualifiés de « *laïques* » en prenant pour référence le modèle français, il apparaît que d'autres pratiques de la laïcité existent⁵³⁹. Pour mieux prendre conscience de la diversité des approches, il paraît pertinent d'analyser de plus près la situation de pays européens voisins (A) et de contrées plus éloignées (B), afin de savoir, entre autres, s'il existe des cas d'extension de l'obligation de neutralité de la sphère publique vers la sphère privée.

A. La perception de la tendance laïque en Europe

120. En Belgique. Le Royaume voisin se définit comme un État neutre mais pas laïque⁵⁴⁰. Une exigence de neutralité, à valeur constitutionnelle, est imposée aux agents des services

⁵³⁵ CEDH, 15 février 2001, n° 42393-98, *Lucia Dahlab c/ Suisse*, cf. *supra* note n° 479, cf. *infra* note n° 944.

⁵³⁶ CEDH, 24 janvier 2006, n° 65500/01, *Kurtulmus c/ Turquie* ; cf. *infra* n° 123 et note n° 566 ; CEDH, 4 décembre 2008, n° 27058-05, *Dogru c/ France*, cf. *supra* n° 92 et note n° 409 ; CEDH, 26 novembre 2015, n° 64846/11, *Ebrahimian c/ France*, cf. *supra* n° 107 et 109, notes n° 485 et 494.

⁵³⁷ « La Cour souligne que les partisans de la laïcité sont en mesure de se prévaloir de vues atteignant le « degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance » requis pour qu'il s'agisse de « convictions » au sens des articles 9 de la Convention et 2 du Protocole n°1 (arrêt *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, du 25 février 1982, série A n°48, § 36). Plus précisément, il faut voir là des « convictions philosophiques » au sens de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole n°1, dès lors qu'elles méritent « respect » dans une société démocratique », ne sont pas incompatibles avec la dignité de la personne et ne vont pas à l'encontre du droit fondamental de l'enfant à l'instruction (*ibidem*). » : CEDH, 18 mars 2011, n° 30814-06, *Lautsi e.a c/ Italie*, n° 58 ; J.-P MARGUENAUD, *Avortement et crucifix : l'éclatant retour aux racines chrétiennes de l'Europe*, RTD civ. 2011, 303 ; cité par J.-E. RAY, *À propos d'une rébellion*, Dr. soc. 2014, p. 4.

⁵³⁸ J.-G. HUGLO, *art. préc.*, p. 682.

⁵³⁹ En outre, en élargissant davantage le champ de vision, il apparaît qu'une Déclaration universelle sur la laïcité a été signée en 2005 par 250 intellectuels de 30 pays différents, afin de réagir contre l'idée reçue selon laquelle la laïcité serait une exception française. Selon cette Déclaration, trois principes universels constituent la laïcité, à savoir la garantie de la liberté de conscience et de sa pratique tant individuelle que collective, l'autonomie de l'État et de la société civile par rapport aux religions, et, enfin, le principe d'égalité des droits. La laïcité y est en effet définie comme « l'harmonisation, dans diverses conjonctures socio-historiques et géopolitiques, (de ces) trois principes ». La Déclaration a vu le jour sous l'égide de trois sociologues professeurs d'université, le Professeur mexicain Roberto Blancarte, le Professeur canadien Micheline Milot et le Professeur français Jean Baubérot. Le texte a été présenté au Sénat français le 9 décembre 2005 et publié par le journal *Le Monde* le 10 décembre 2005 : J. BAUBÉROT, *Les laïcités dans le monde*, Que sais-je ?, PUF 4^{ème} éd., 2010, p. 3. Dans certains pays, un modèle antagoniste à celui de la séparation des Églises et de l'État, sous ces différentes formes, existe également. Le pouvoir religieux y détient alors une compétence politique et les règles religieuses sont assimilées à des règles juridiques. Par exemple, dans les États du nord du Nigéria, au Soudan et en Mauritanie, la charia, corpus de règles dérivées de l'interprétation du Coran, est appliquée.

⁵⁴⁰ « La science politique a longtemps qualifié le système belge de « consociationaliste » et de « pilarisé » pour indiquer, sous ces vocables peu avenants, que le système repose sur un régime de coalition entre les trois grands

publics⁵⁴¹. À titre d'illustration, un décret de la Communauté française de Belgique⁵⁴² du 31 mars 1994 définit la neutralité de l'enseignement en son sein, en déclarant notamment que l'enseignant s'abstient « *de témoigner en faveur d'un système religieux* ». Pour le Conseil d'État belge, cette neutralité « *consiste en une attitude de réserve et d'abstention* »⁵⁴³. Cependant, l'article 181 de la Constitution belge prévoit que « *les traitements et pensions des ministres des cultes sont à la charge de l'État* »⁵⁴⁴ ainsi que ceux « *des délégués des organisations reconnues par la loi qui offrent une assistance morale selon une conception philosophique non confessionnelle* »⁵⁴⁵. Il existe donc des cultes reconnus, comme dans les départements de la Moselle, du Haut-Rhin et du Bas-Rhin, qui appartenaient à l'Allemagne lorsque la loi de 1905 a été votée. En Belgique, des juges du fond ont admis que des employeurs privés puissent se déclarer « *neutres* » et adopter dans leur règlement intérieur une politique d'interdiction générale de l'expression de croyances religieuses, à condition que les salariés soient au courant des règles et que la même neutralité soit appliquée en matière politique et philosophique⁵⁴⁶. Dans l'une de ces affaires, la CJUE a été saisie et a décidé que l'interdiction de porter le foulard islamique, s'il découle d'une règle interne générale de

mondes idéologiques catholique, libéral et socialiste. (...) L'abandon de plusieurs propositions récentes d'introduction d'un concept de laïcité dans la Constitution belge est significatif de la distance qui se maintient encore entre le système belge et le modèle français. (...) En définitive, le concept de neutralité en droit public belge demeure traversé par une profonde spécificité du droit belge. Celle-ci se caractérise par le refus classique d'assimiler le régime belge à un régime de laïcité » : L.-L. CHRISTIANS et L. VANBELLINGEN, *Neutralités d'entreprise et neutralité de l'État : tendances asymétriques en droit belge*, Dr. soc. 2018, p. 338-339.

⁵⁴¹ Conseil d'État belge, 20 mai 2008, n° 44.521/AG ; Conseil d'État belge, 21 décembre 2010, n° 210.000, cf. *supra* note n° 384 ; cités par F. KRENG, *Quelques considérations sur la religion dans la vie professionnelle*, in *La vie privée au travail*, dir. M. VERDUSSEN et P. JOASSART, Anthémis, Centre de Recherche sur l'État et la Constitution (CRECO), 2011, p. 127.

⁵⁴² La Communauté française de Belgique, appelée désormais la Fédération Wallonie-Bruxelles, est l'une des trois communautés fédérées de la Belgique. Elle exerce ses compétences sur le territoire de la région de langue française et de la région bilingue de Bruxelles-Capitale. Elle dispose de ses propres institutions, parlement et gouvernement.

⁵⁴³ Conseil d'État belge, 21 décembre 2010, cf. *supra* note n° 541.

⁵⁴⁴ À ce titre, sont reconnus les cultes catholique, protestant, anglican, orthodoxe, et musulman.

⁵⁴⁵ Les organisations les plus importantes sont le Centre d'action laïque, francophone, et l'Union des libres penseurs, néerlandophone. Au titre de cet article 181§2, la loi du 21 juin 2002 reconnaît une « *communauté philosophique non confessionnelle* » par province ainsi qu'un « *Conseil central laïque* » au niveau national. En Belgique, l'ensemble de ces organisations légalement reconnues est désigné par le vocable « *laïcité organisée* ». Prise en ce sens, la laïcité devient davantage synonyme de « *libre pensée* ». Le même type de statut public accordé à des associations laïques existe en Norvège et en Allemagne.

⁵⁴⁶ Cour du travail de Bruxelles, 15 janvier 2008, Journal des tribunaux du travail, 2008, p. 140-141 ; Tribunal du travail de Tongres, 2 janvier 2013 ; Tribunal du travail d'Anvers, 27 avril 2010, confirmé par Cour du travail d'Anvers, 23 décembre 2011. Dans cette dernière affaire, la Cour de cassation belge a décidé de surseoir à statuer et a interrogé la CJUE : Cour de cassation de Belgique, 9 mars 2015, n° de rôle S.12.0062.N. Ces arrêts sont cités par : G. CALVES, *Le critère « religion ou convictions », même sens et même portée à Luxembourg et à Strasbourg ?*, Dr. soc. 2018, p. 323 ; L.-L. CHRISTIANS et L. VANBELLINGEN, *art. préc.*, p. 341

l'entreprise appliquée de manière identique à l'ensemble des salariés, ne constitue pas une discrimination directe⁵⁴⁷. La Cour a toutefois laissé le soin aux juridictions belges de vérifier l'existence d'une discrimination indirecte⁵⁴⁸.

121. En Allemagne. L'État allemand reconnaît les Églises comme des corporations de droit public, chaque citoyen pouvant verser à la religion de son choix un impôt culturel. Depuis 1919, l'Allemagne connaît le principe de séparation de l'État et des Églises⁵⁴⁹, dont est déduit celui de neutralité de l'État en matière religieuse, et l'article 4§1 de la Loi fondamentale proclame la liberté de foi et de conscience⁵⁵⁰. Cela n'empêche cependant pas l'État de privilégier certaines sociétés religieuses et en particulier l'Église catholique et les différentes Églises protestantes. Dans l'affaire « *Ludin* », l'État de Baden-Württemberg avait refusé d'embaucher une femme à un poste d'enseignante, dans le secteur public, car elle refusait de retirer son voile. Si la Cour administrative a donné raison à l'administration, en raison du principe de neutralité religieuse susvisé, la Cour constitutionnelle fédérale a considéré que cette autorité n'avait pas le pouvoir d'interdire le foulard et que la question devait être réglée par le législateur⁵⁵¹. Après cette décision, plusieurs *länder* ont adopté des « *Neutrality Acts* » proscrivant le port de symbole religieux pour les enseignants, et parfois même pour d'autres travailleurs du secteur public. Mais, en raison d'un revirement survenu en 2015, ces législations pourraient être remises en cause car les juges constitutionnels considèrent dorénavant que, sauf s'il existe un danger suffisamment concret pour la neutralité de l'État ou pour la paix scolaire, une interdiction générale des manifestations religieuses dans l'apparence extérieure des enseignants des écoles publiques n'est pas compatible avec la liberté de croyance⁵⁵².

⁵⁴⁷ CJUE, 14 mars 2017, C-157/15, *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions* ; cf. *infra* n° 173 et s., notes n° 919.

⁵⁴⁸ L'affaire est toujours pendante devant la cour d'appel de Gand, désignée comme cour de renvoi par la Haute juridiction belge : Cour de cassation de Belgique, 9 octobre 2017, RG n° S.12.0062.N

⁵⁴⁹ L'article 137§1 de la Constitution de Weimar, qui proclame qu'« *il n'y a pas d'Église d'État* » est toujours en vigueur puisqu'il a été incorporé à l'article 140 de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne.

⁵⁵⁰ Cet article dispose que « (1) *La liberté de croyance et de conscience et la liberté de professer des croyances religieuses et philosophiques sont inviolables. (2) Le libre exercice du culte est garanti. (3) Nul ne doit être astreint contre sa conscience au service armé en temps de guerre. Les modalités sont définies par une loi fédérale* ».

⁵⁵¹ Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, *Ludin*, 24 septembre 2003.

⁵⁵² Dans cette décision, la Cour a aussi précisé que les valeurs et traditions chrétiennes ne doivent pas être privilégiées : Cour constitutionnelle allemande, 27 janvier 2015, publié le 13 mars 2015 ; A. GAILLET, *Port du voile par les enseignantes des écoles publiques : retour à Karlsruhe*, AJDA 2015, p. 1401.

122. Dans les États de tradition protestante. La situation est très différente au Royaume-Uni⁵⁵³ ou au Danemark, où il est question de religion nationale et d'Église d'État⁵⁵⁴. Dans ces pays, la religion est un symbole de l'identité nationale et se doit d'exercer des missions de service public⁵⁵⁵. En revanche, en vue de respecter l'article 9 de la CESDH, il n'existe aucune obligation de suivre les préceptes de la religion d'État, ses normes et pratiques n'étant valables que pour ceux qui veulent les suivre⁵⁵⁶. En outre, au Royaume-Uni, le port de signe religieux dans la fonction publique n'est pas proscrit, de sorte que même les policiers de confession sikhe sont autorisés à porter le turban. Ainsi, les administrations publiques ne sont pas spécifiquement laïques ou neutres mais seulement tolérantes⁵⁵⁷. Par ailleurs, comme l'a révélé l'arrêt « *Eweida* » de la CEDH, en 2013, une entreprise privée britannique peut adopter une politique de neutralité, notamment pour des raisons commerciales, et justifier par celle-ci une interdiction du port des signes religieux⁵⁵⁸. Quant à la Finlande, la Suède et la Norvège, elles ont opté pour un modèle de séparation avec l'Église luthérienne – qui n'y est plus qu'une Église dite « *établie* » et non plus « *d'État* » – respectivement en 1869, en 2000⁵⁵⁹ et en 2012⁵⁶⁰. Il existerait ainsi une conception des rapports entre État et Églises propre aux pays de tradition protestante, dans lesquels l'Église a toujours été plus faible et intégrée à l'État, à l'inverse de l'Église catholique et de sa vocation expansionniste qu'il a fallu cantonner⁵⁶¹.

⁵⁵³ En Angleterre et en Écosse, les Églises anglicanes et presbytériennes sont établies.

⁵⁵⁴ En Europe, il faut aussi mentionner le cas de Malte et de la Grèce, qui ont une religion officielle, respectivement le catholicisme et l'orthodoxie.

⁵⁵⁵ Au Royaume-Uni, chaque citoyen a droit aux services de baptême, mariage et office funèbre de l'Église établie.

⁵⁵⁶ J. BAUBEROT, *Les laïcités dans le monde*, Que sais-je ?, PUF 4^{ème} éd., 2010, p. 101.

⁵⁵⁷ Toutefois, le Royaume-Uni distingue clairement les mouvements sectaires des religions et a, à ce titre, refusé l'entrée du pays à une ressortissante néerlandaise qui venait occuper un poste de secrétaire auprès de l'Église de scientologie, considérée comme sectaire : CJCE, 4 décembre 1974, n°41/74, *Van Duyn*, Rec. CJCE 1974 p. 1951.

⁵⁵⁸ La CEDH l'admet en effet mais il faut alors examiner, dans chaque cas concret, si cette interdiction ne constitue pas une restriction trop importante au droit de manifester sa religion : CEDH, 15 janvier 2013, n° 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *Eweida et autres c/ Royaume-Uni*, cf. *supra* n° 105 et note n° 470, cf. *infra* n° 185 et 187, notes n° 1002 et 1011..

⁵⁵⁹ J. RINGELHEIM, *Du voile au crucifix : la neutralité de l'État dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme de l'Université Catholique de Louvain, Working Paper 2014/1, p.6.

⁵⁶⁰ Le 21 mai 2012, le Parlement norvégien a aboli la disposition constitutionnelle faisant de l'Église évangélique luthérienne l'Église d'État.

⁵⁶¹ S. CHARLOT, *L'État et la laïcité*, Fiche 10, in *Les politiques publiques, édition 2015-2016*, dir. S. MAURY, La Documentation française, 2015. Le Professeur Roseline Letteron considère quant à elle que l'objectif du modèle anglo-saxon est de « *protéger les religions contre l'État* » alors que celui du modèle français est de « *protéger l'État contre les religions* » : R. LETTERON, *Droit européen et laïcité : la diversité des modèles*, AJDA 2017, p.1368.

B. La perception de la tendance laïque dans le monde

123. La Turquie. Ce pays, qui n'est certes pas membre de l'Union européenne mais qui est bien membre du Conseil de l'Europe⁵⁶², est le seul à avoir cherché à transposer de façon pérenne la laïcité « à la française », sous l'égide de Mustapha Kemal, appelé Atatürk. La Constitution de 1937 affirmait en effet que « *l'État turc est républicain, nationaliste, populiste, étatiste, laïque et révolutionnaire* ». La Constitution qui est actuellement en vigueur a conservé l'adjectif « *laïque* »⁵⁶³. Dès 1922, un règlement administratif a interdit le port du voile à l'université. Une loi du 13 décembre 1934 a étendu cette interdiction hors des lieux de culte et des cérémonies religieuses⁵⁶⁴, tandis qu'une loi du 15 juillet 1965 a confirmé cette interdiction dans le cadre de la fonction publique. En 2005 et 2006, la CEDH a ensuite confirmé la légalité de l'interdiction du port du voile à l'université pour les étudiantes⁵⁶⁵ et les enseignantes⁵⁶⁶, au nom des principes de laïcité et de neutralité des services publics, inscrits dans la Constitution turque. Par un décret présidentiel de 1999, une députée avait été déchue de sa nationalité turque pour s'être présentée voilée⁵⁶⁷. Dans une décision du 5 juin 2008, la Cour constitutionnelle turque a annulé l'amendement autorisant implicitement le port du voile à l'université⁵⁶⁸. Ainsi, l'application du principe de laïcité en Turquie pourrait sembler aller plus loin qu'en France. Toutefois, cette affirmation doit être tempérée, dans la mesure où l'Islam sunnite bénéficie d'un statut particulier⁵⁶⁹. L'atténuation du principe de laïcité s'est en

⁵⁶² Aussi, en plus d'être liée par la Charte sociale européenne, la Turquie est aussi partie à la Déclaration universelle des droits de l'Homme et est membre de l'OIT.

⁵⁶³ L'article 2 de la Constitution turque du 7 novembre 1982 dispose « *La République de Turquie est un État de droit démocratique, laïque et social, respectueux des droits de l'homme dans un esprit de paix sociale, de solidarité nationale et de justice, attaché au nationalisme d'Atatürk et s'appuyant sur les principes fondamentaux exprimés dans le préambule* ».

⁵⁶⁴ Annexe 3 - Tableau comparatif du 30 octobre 2003 sur le port des signes religieux dans les autres pays de l'Union européenne, au Québec et dans quelques pays musulmans (étude du ministère des Affaires étrangères, effectuée à la demande de la mission), Rapport de la mission d'information sur la question du port de signes religieux à l'école, présidée par J.-L. DEBRE, n° 1275, enregistré à l'Assemblée nationale le 4 décembre 2003.

⁵⁶⁵ CEDH, Gde ch., 10 novembre 2005, n° 44774/98, *Leyla Sahin c/ Turquie* ; note de G. GONZALEZ, AJDA 2006, 315.

⁵⁶⁶ CEDH, 24 janvier 2006, n° 65500/01, *Kurtulmus c. Turquie*, cf. *supra* n° 536.

⁵⁶⁷ *Merve Kavakci déchue de sa nationalité turque*, Libération, 17 mai 1999.

⁵⁶⁸ L'amendement prévoyait qu'une personne ne puisse être privée de l'accès à l'enseignement supérieur « *sous aucun prétexte* » : Propos tenus par Monsieur Éric Sales, lors de la Conférence-débat sur « *République et laïcité* » organisée à l'Université Panthéon-Assas le 10 mars 2016, sous la présidence du Professeur Robert Badinter.

⁵⁶⁹ Il existe une Direction des affaires religieuses, en place depuis 1924 et directement rattachée au Premier ministre, qui assure le contrôle des activités liées aux croyances de l'Islam sunnite. En outre, l'enseignement du phénomène religieux dans les écoles publiques donne une place prépondérante à cette même branche de l'Islam.

outre accélérée depuis l'arrivée au pouvoir en 2002 du parti politique AKP qui a levé l'interdiction du port de signes religieux dans la fonction publique en octobre 2013⁵⁷⁰.

124. Aux États-Unis. Sur le continent nord-américain, il existe une vision très différente des liens entre État et Églises. En effet, aux États-Unis, la religion est officiellement séparée de l'État par le premier amendement de la Constitution⁵⁷¹, dont l'« *Establishment clause* » dispose que le Congrès ne fera aucune loi qui touche l'établissement ou interdise le libre exercice d'une religion. Pourtant, la présence d'une religion civile, dérivée du christianisme, est incontestable⁵⁷². La Cour suprême considère d'ailleurs que les références à Dieu dans la vie politique sont conformes à l'« *Establishment clause* »⁵⁷³. L'application de la « *laïcité* » aux États-Unis est très différente de la pratique française. Elle y est à la fois plus stricte car elle interdit à l'État d'aider les religions, de faire de leurs représentants des interlocuteurs privilégiés du dialogue politique ou de financer des écoles confessionnelles. Mais, d'un autre côté, pour les agents de l'État et du secteur public, le port des symboles religieux est directement protégé par le premier amendement. Cette laïcité est dite « *de reconnaissance* » en ce que les pouvoirs publics considèrent qu'ils doivent reconnaître la dimension religieuse de certaines pratiques, afin de prendre en considération les opinions d'une partie de la population. En effet, dès lors qu'un agent public invoque la Constitution, les tribunaux⁵⁷⁴ opèrent un contrôle en vertu duquel l'État est autorisé à imposer des restrictions au port de symboles religieux à condition que cette mesure se rattache substantiellement à la défense d'un motif d'intérêt général⁵⁷⁵. Dès lors, dans la mesure où l'administration américaine ne peut pas imposer d'obligation de neutralité à ses agents, il semble encore plus difficile à

⁵⁷⁰ *Quatre députées voilées : une première en Turquie*, Libération, par AFP, 31 octobre 2013.

⁵⁷¹ Il convient de noter que la Constitution américaine ne contient pas de référence à la liberté de conscience ni à une divinité supérieure, malgré les devises religieuses qui existent dans le discours politique, telles que « *In God we trust* » ou « *God bless America* » : D. LACORNE, *Une laïcité à l'américaine*, Études 2008/110 (tome 409), SER, p. 112.

⁵⁷² L'expression « *under God* » figure dans le serment d'investiture du président et celle de « *in God we trust* » sur les billets de banque.

⁵⁷³ Les juridictions américaines utilisent le « *standard de l'observateur raisonnable* » pour contrôler si une manifestation religieuse dans l'espace public est susceptible de choquer ou non un individu ne partageant pas les mêmes convictions : propos tenus par le Professeur Gwenaëlle Calvès lors de la Conférence-débats sur « *Laïcité et République* » organisée par le Centre de Droit Public Comparé à l'Université Panthéon-Assas le 10 mars 2016, sous la présidence du Professeur Robert Badinter.

⁵⁷⁴ Cour d'appel fédérale des États-Unis, 3^{ème} circuit, *Tenafly Eruv Association v. Borough of Tenafly*, 7 novembre 2001.

⁵⁷⁵ Ces explications sur la situation des États-Unis d'Amérique figurent dans l'arrêt « *Eweida* » de la CEDH, au sein de la partie où la Cour rappelle les éléments pertinents de droit comparé : CEDH, 15 janv. 2013, n° 48420/1010, *Eweida et autres c/ Royaume-Uni*.

envisager qu'en France que des employeurs privés puissent interdire de façon générale les pratiques et signes religieux.

125. Au Canada. Cette conception plus extensive de la religion existe aussi au Canada⁵⁷⁶. Le Préambule de la Charte canadienne des droits et libertés, à valeur constitutionnelle, fait ainsi état de la « *suprématie de Dieu* »⁵⁷⁷. Cependant, la Constitution n'établit aucune Église, l'État ne finance aucune religion et la collaboration qui existait autrefois dans les sphères éducatives, caritatives et hospitalières a disparu. En 1985, la Cour suprême a pu pour la première fois interpréter le contenu de la liberté de religion sous l'empire de la Charte canadienne, qui n'est invocable que dans les rapports avec l'État et ses administrations⁵⁷⁸. Trente ans plus tard, elle a considéré que la liberté de religion impose une obligation de neutralité à l'État⁵⁷⁹. Lors de l'entrée en vigueur en 1988 de la loi de 1985 sur le multiculturalisme canadien a entériné le choix du pays de reconnaître officiellement cette notion ainsi que celle d'« *accommodement raisonnable* », ou « *reasonable accommodation* » en anglais. Ce concept signifie que lorsque l'application d'une loi entraîne des effets restrictifs sur la liberté de religion de certaines personnes, celles-ci ont le droit d'obtenir des aménagements, qui peuvent prendre la forme d'exemptions compatibles avec l'intérêt public⁵⁸⁰. Cela consiste, par exemple, à prévoir un régime d'exception permettant aux

⁵⁷⁶ Cour suprême, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, Recueil 2004, 2 RCS 551, CSC 47 : la liberté de religion « s'entend comme la liberté de se livrer à des pratiques et d'entretenir des croyances ayant un lien avec une religion, pratiques et croyances que l'intéressé exerce ou manifeste sincèrement (...) indépendamment de la question de savoir si la pratique ou la croyance est prescrite par un dogme religieux officiel ».

⁵⁷⁷ L. SOSSIN, "God at work: religion in the workplace and the limits of pluralism in Canada", *Comparative Labour Law and Policy Journal*, vol. 30.

⁵⁷⁸ La Cour suprême a jugé que la loi sur le dimanche (en anglais « *Lord's Day Act* »), qui interdisait la vente de marchandises ce jour-là, viole la liberté de conscience et de religion protégée par l'article 2 de la Charte canadienne : Cour suprême, 24 avril 1985, n° 18125, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, Recueil 1985, 1 RCS. 295 :

⁵⁷⁹ « Ni la Charte québécoise ni la Charte canadienne n'énoncent explicitement l'obligation de neutralité religieuse de l'État. Cette obligation résulte de l'interprétation évolutive de la liberté de conscience et de religion » : Cour suprême, 15 avril 2015, n°35496, *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, Recueil 2015, 2 RCS 3, 2015 CSC 16.

⁵⁸⁰ Il peut être défini comme « l'adaptation d'une norme de droit, notamment dans le but d'atténuer ou d'éliminer l'impact que cette norme peut avoir sur un droit ou une liberté constitutionnellement protégée, en particulier la liberté de conscience » : P. BOSSET, *Droits de la personne et accommodements raisonnables : le droit est-il mondialisé ?*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, Université Saint-Louis, Bruxelles, p. 1 et s. C'est « une obligation qui entraîne, dans certains cas, l'État, les personnes et les entreprises privées à modifier certaines normes, pratiques, et politiques légitimes et justifiées, d'apparence neutre, qui s'appliquent donc sans distinction à tous, pour tenir compte des besoins particuliers de certaines personnes appartenant à certaines catégories caractérisées par un motif de discrimination interdit » : J.-M. WOEHLING, *L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse*, *McGill Law Journal*, 1998, vol. 43, p. 325. V. aussi : J.-M. WOEHLING, *La liberté de religion, le droit à l'« accommodement raisonnable » et l'obligation de neutralité religieuse de l'État en droit canadien*, *Revista catalana de dret públic*, n° 33, 2006, p. 369 et s. ; E. MASCOVA, *La pratique de l'accommodement raisonnable*, in *Entreprises et diversité*

enseignants de prendre congé les jours des fêtes religieuses qui les intéressent, tout en percevant leur salaire⁵⁸¹. À côté de ces accommodements, il existe aussi des « *exigences professionnelles normales* »⁵⁸² qui permettent aux employeurs, publics et privés, de restreindre la liberté de religion. Ainsi, dans une affaire concernant la compagnie des chemins de fer nationaux, avant sa privatisation, la Cour suprême a validé l'interdiction faite à un salarié de porter un turban car celui-ci empêchait le port du casque de sécurité⁵⁸³. En 2007, le Premier ministre du Québec a chargé la Commission dite « *Bouchard-Taylor* » d'examiner les questions liées aux accommodements raisonnables. Elle a rendu un rapport, publié le 22 mai 2008, expliquant que ni le multiculturalisme du Canada, ni la laïcité dite « *restrictive* » de la France ne semblent être adaptés à la réalité québécoise. Selon le Rapport, si les quatre principes fondateurs de la laïcité sont communs à ceux appliqués en France⁵⁸⁴, le Québec doit choisir une laïcité plus « *ouverte* », en reconnaissant l'importance de la dimension spirituelle de l'existence pour de nombreux citoyens et en permettant le port de signe religieux à l'école et par la majorité des agents de l'État. Le Rapport n'a cependant pas connu d'application concrète car le projet de loi de 2013, portant la Charte affirmant les valeurs de laïcité et de neutralité religieuse de l'État, n'a jamais été adopté.

126. Conclusion de section. En France, la tendance laïque n'est donc pas exportable en dehors des frontières de l'Administration et des entreprises relevant du service public. Au-delà des frontières nationales, le régime de laïcité « *à la française* » ne s'exporte pas non plus – ou du moins, pas entièrement – car il est le fruit d'une histoire propre à un territoire. Cela n'empêche toutefois pas que, à l'inverse, des mécanismes juridiques d'origine étrangère influencent les ordres juridiques européens et français. Il en est ainsi de la notion d'accommodement raisonnable, issue du droit canadien et du droit américain, dont la

religieuse, un management par le dialogue, dir. T.-M. COURAU, Association française des managers de la diversité, mars 2013, p. 85.

⁵⁸¹ Cour suprême, 23 juin 1994, n°23188, *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, cité par J.-M. WOEHLING, *art. préc.*, p. 369 et s.

⁵⁸² En anglais, cela se traduit par « *bona fide occupational requirement* ».

⁵⁸³ Cour suprême, 17 décembre 1985, n° 17694, *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* ; cité par J.-M. WOEHLING, *art. préc.*, p. 369 et s.

⁵⁸⁴ Il s'agit de l'égalité morale des personnes, de la liberté de conscience et de religion, de la neutralité de l'État à l'égard des religions et de la séparation de l'Église et de l'État.

potentielle transposition en France est parfois contestée en doctrine⁵⁸⁵ mais qui arrive sur le devant de la scène européenne pour les entreprises sans tendance, au vu de la jurisprudence récente de la CJUE⁵⁸⁶.

127. Conclusion de chapitre. Même si le phénomène apparaît minoritaire ou strictement cantonné, étudier l'entreprise de tendance – quelle que soit cette tendance, de confessionnelle à laïque, ou de politique à philosophique, entre autres – est nécessaire pour définir *a contrario* l'entreprise sans tendance. Certes, si la tendance est une dérogation et si la laïcité est réservée au service public, quel est le droit commun de l'appréhension de la conscience dans l'entreprise sans tendance ?

⁵⁸⁵ Au sujet du régime de laïcité française, le Professeur Alain Supiot écrit : « *il n'y a pas de place dans un tel régime pour des accommodements négociés entre les dogmes religieux et les principes fondamentaux de la République (...)* Ce point tend à être perdu de vue avec le processus contemporain de « pulvérisation du Droit en droits subjectifs » observé par Carbonnier (J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 121). (...) Dans un univers juridique réduit à une poussière de droits subjectifs négociables, la liberté de conscience serait en effet elle-même négociable et cesserait d'être également garantie à tous les citoyens. (...) il est inconséquent de chercher à imposer en France, entre la loi républicaine et les lois religieuses, des « accommodements raisonnables » qui sont incompatibles avec ce principe » : A. SUPIOT, *Commentaire de l'Avis sur la laïcité adopté par l'Assemblée plénière du CNCDH le 26 septembre 2013*, in *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*, dir. C. LAZERGES, Dalloz, 2016, n°4, p. 303.

⁵⁸⁶ cf. *infra* n° 172 et s., spéc. n° 174.

Chapitre 2 : L'encadrement de la conscience dans l'entreprise sans tendance

128. Définition. Les entreprises sans tendance revendiquée constituent les entreprises de droit commun, aussi appelées « *entreprises ordinaires* »⁵⁸⁷ ou « *entreprises neutres* »⁵⁸⁸ par certains. Elles incluent l'immense majorité des entreprises⁵⁸⁹. A *contrario* des entreprises de tendance et de l'Administration, il peut régner une véritable diversité de courant de conscience au sein des entreprises sans tendance, qui se caractérisent par leur attitude de neutralité mais sans pouvoir, en principe, interdire l'expression des convictions individuelles⁵⁹⁰. Dans ces entreprises, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans l'affaire « *Baby-Loup* » précitée, les employeurs ne sont légalement autorisés à apporter des limitations à la liberté individuelle de conscience que lorsqu'elles sont « *justifiées par la nature de la tâche à accomplir* » et « *proportionnées au but recherché* »⁵⁹¹. Il s'agit de la formule apparaissant aux articles L. 1121-1 et L. 1321-1 du Code du travail, portant respectivement sur l'encadrement du pouvoir de direction de l'employeur et sur l'encadrement du contenu du règlement intérieur. Depuis peu, cette formule se retrouve aussi à l'article L.

⁵⁸⁷ F. MESSNER, P.H. PRELOT et J.-M. WOHRING, *Droit français des religions*, LexisNexis, 2013, p. 1175.

⁵⁸⁸ « *Il s'agit d'entreprises commerciales ou de services qui n'ont aucune orientation religieuse, même implicite* » : Ph. WAQUET, *L'entreprise et les libertés du salarié, Du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, Éditions Liaisons, 2003, p. 175 ; I. DESBARATS, *Quelle place pour la religion au travail ? Débat classique, nouveaux enjeux*, in *Le travail humain au carrefour du droit et de la sociologie*, Hommage au Professeur Nikitas Aliprantis, Presses Universitaires de Strasbourg, 2014, p. 132.

⁵⁸⁹ Le Professeur Pierre Delvolvé tente d'en esquisser les contours, en excluant les entreprises publiques : « *Il est constant qu'il n'y a pas de définition juridique de l'entreprise. On s'entend pour y voir une organisation, sous des statuts qui peuvent être divers, ayant pour activité la production de biens ou de services, eux-mêmes très divers. Elle a le plus souvent un but lucratif ; elle peut ne pas l'avoir - ce qui est souvent le cas pour des activités présentant un intérêt général, notamment à caractère social. L'entreprise est privée en raison à la fois de la forme juridique de personne morale de droit privé qu'elle prend (société notamment, mais non exclusivement) mais aussi du statut privé des personnes qui la détiennent : s'en distinguent donc celles dont le capital appartient, majoritairement, directement ou indirectement, ensemble ou séparément, à des personnes publiques et sont ainsi des entreprises du secteur public ou, plus simplement, des entreprises publiques* » : P. DELVOLVÉ, *Entreprise privée, laïcité, liberté religieuse. L'affaire Baby Loup*, RFDA 2014, p. 954, cf. *supra* note n° 388.

⁵⁹⁰ Il existerait une « *obligation de ne pas empêcher l'exercice des libertés de conscience et de religion* » incombant à l'employeur, qui aurait la tâche de trouver un équilibre « *entre les souhaits exprimés par le salarié dans le cadre de ses convictions religieuses et les contraintes de la vie en entreprise* » : Ph. WAQUET, Y. STRUILLOU et L. PECAUT-RIVOLIER, *Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié, Du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, Éd. Liaisons, 2014, p. 241 et s. Dans la version plus ancienne de cet ouvrage, le doyen Waquet écrivait que l'entreprise « *neutre* » est « *a priori, laïque : si elle doit respecter les croyances (...), elle n'a pas, pendant le temps de travail, à supporter les exigences, aussi nombreuses que variées, qui résultent de l'observation stricte de chaque religion* » : Ph. WAQUET, *op. cit.*, p. 175.

⁵⁹¹ Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Mme A. c/ Assoc. Baby-Loup*, Bull. A.P., n° 1 ; cf. *supra* n° 115, notes n° 208, 237 et 521, cf. *infra* note n° 912.

1321-2-1, qui vise directement les « *convictions des salariés* »⁵⁹², et, en substance, à l'article L. 1133-1 dudit Code énonçant que les différences de traitement, fondées notamment sur les opinions politiques, les activités syndicales ou mutualistes, et les convictions religieuses, sont permises uniquement si elles « *répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante* » ainsi qu'au double critère de légitimité et de proportionnalité. À défaut de respecter ces exigences légales, il s'agit d'une discrimination interdite en vertu de l'article L. 1132-1 du Code du travail⁵⁹³, de l'article 2 de la directive 2000/78/CE et de l'article 14 de la CESDH.

129. Des convictions aux croyances. Pour mettre en œuvre correctement ces prescriptions légales, les employeurs doivent avoir à l'esprit que la conscience humaine est multiple, puisqu'elle comprend à la fois les croyances religieuses et les autres convictions⁵⁹⁴. Par conséquent, il paraît pertinent d'étudier le sort que l'entreprise de droit commun réserve à l'invocation de la conscience morale du travailleur, sous sa forme générale (**Section 1**), avant de s'intéresser à la construction d'un régime particulier encadrant l'expression de sa conscience religieuse (**Section 2**).

⁵⁹² cf. *infra* n° 194.

⁵⁹³ En vertu de l'article L. 1132-4 du Code du travail, « *toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre est nul* ».

⁵⁹⁴ cf. *supra* n° 39.

Section 1 : L’invocation de la conscience morale

130. Un élément perturbateur. Dans une entreprise sans tendance, la conscience personnelle du travailleur n’est pas un élément constitutif de la relation de travail puisqu’il n’y a nul besoin qu’elle fasse le lien entre les parties au contrat. Elle peut apparaître au contraire comme un obstacle à l’accomplissement du travail. Dans certains cas, la conscience individuelle du salarié peut être considérée comme une entrave à l’exécution du travail, pendant un laps de temps plus ou moins étendu (§1). Mais, dans d’autres hypothèses, la force de l’invocation de la conscience est telle qu’elle sonne le glas de la relation de travail (§2).

§ 1 : La conscience, entrave à l’exécution du travail

131. L’entrave à la réalisation de la prestation de travail, pour laquelle le travailleur a été engagé, peut être seulement ponctuelle lorsqu’il s’agit d’un refus d’exécuter une tâche en particulier. Elle prend alors la forme d’une objection de conscience (I). En revanche, lorsque l’entrave est susceptible de devenir plus pérenne, il est alors question d’engagement de conscience (II).

I : L’objection de conscience, entrave ponctuelle

132. Définition. À la question « *peut-on, au nom de sa conscience, refuser légalement de se soumettre à la règle de droit ?* », le Professeur Philippe Ardant répond positivement et définit l’objection de conscience comme la légalisation du refus d’obéissance à la règle de droit de la part d’individus, dans le cadre d’une démarche personnelle⁵⁹⁵. En effet, ce mécanisme permet la non-application d’une règle juridique, de force pourtant obligatoire⁵⁹⁶,

⁵⁹⁵ Ph. ARDANT, *La clause de conscience, « Conscience des libertés et liberté de conscience »*, I^{er} colloque d’Athènes (1980), Athènes, 1983, p. 150.

⁵⁹⁶ C’est à ce titre qu’il faut distinguer l’objection de conscience de l’« *option de conscience* », qui permet aux professionnels, tenus en principe par le secret professionnel, de choisir entre le silence et la parole. Ainsi, en vertu des articles 434-1 et 434-3 du Code pénal, sont exceptées de l’obligation de dénoncer un crime, ou des mauvais traitements infligés à une personne en état de faiblesse, les personnes tenues au secret professionnel de l’article 226-13 du même code. En revanche, si ces mêmes professionnels décident de parler, l’article 226-14 du Code pénal énonce que le secret ne s’applique plus aux révélations consenties. Dans ce cas-ci, la conscience est sollicitée comme « *instance de choix entre deux normes juridiques contraires* » mais d’égale valeur pour l’intérêt général. Le conflit est donc interne au système juridique et il faudrait alors exclure la qualification de clause de conscience : D. HIEZ, *La clause de conscience ou la conscience source du droit ?*, in *Libres propos sur les sources du droit : Mélanges en l’honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 209, spéc. p. 211 ; F. ALT-

au profit du seul épanouissement des convictions intimes du sujet de droit⁵⁹⁷. Elle constitue, du point de vue du droit, « *le fait, paradoxal en soi, de régir sa propre non-application* »⁵⁹⁸. Dans sa thèse, le Professeur Dominique Fenouillet a clairement expliqué que l'objection de conscience est caractérisée par l'éviction de la règle de droit « *qui permet l'application d'un régime de faveur à un individu par considération pour sa conscience* », de sorte qu'elle résout « *le conflit entre le devoir juridique, sanctionné par la règle de droit strict, et le devoir moral que prescrit la conscience de l'individu par le fléchissement de la rigueur du droit* »⁵⁹⁹. Elle ne serait qu'« *une créature du positivisme* »⁶⁰⁰ puisqu'elle n'aurait normalement pas lieu d'être dans une société où le droit refléterait des principes moraux partagés par tous. L'objection de conscience serait dictée « *par un souci de l'intérêt de la communauté dans son ensemble* », faisant de l'objecteur « *un être profondément social, au point que paradoxalement il n'hésiterait pas à s'opposer à la majorité de ses concitoyens* »⁶⁰¹.

MAES, *Un exemple de dépénalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel*, RSC 1998, p. 301. À propos des avocats : quel que soit l'arbitrage réalisé, l'avocat ne peut être sanctionné ni pénalement ni disciplinairement : S. BORTOLUZZI, D. PIAU, T. WICKERS, H. ADER et A. DAMIEN, *Règles de la profession d'avocat 2018/2019*, Dalloz, 2017, n° 411.74, p. 543.

⁵⁹⁷ Le « *Vocabulaire juridique* » du Professeur Gérard Cornu présente l'objection de conscience comme la « *collision de deux ordres juridiques dans la conscience individuelle (Carbonnier) ; sentiment intime d'un conflit de devoirs ; débat cornélien* » : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^{ème} éd., 2018, entrée « *conscience* », p. 239.

⁵⁹⁸ « *On peut concevoir cela comme une faiblesse du droit comme poussé à reconnaître ses propres limites, tout juste autorisé à les définir. Mais d'un autre côté, délimiter ses propres frontières conduit à maîtriser celles de la conscience et donc d'une certaine manière à la contrôler. En fait, il s'agit surtout de constater l'embarras du droit à se saisir de sujets à forte connotation morale en regard desquels le plus intime de l'individu est appelé à se prononcer* » : A. BONDUELLE, *La clause de conscience et le fonctionnaire*, LPA 1996, n° 117, p. 16.

⁵⁹⁹ D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, préf. G. CORNU, LGDJ, 1993, p. 178, n° 306, et p. 214, n° 371. Dans un article ultérieur, le Professeur Dominique Fenouillet confirme que « *l'objection de conscience est une mesure de faveur par laquelle le droit autorise un individu à invoquer sa conscience personnelle pour se soustraire à l'application d'une règle de droit qui lui est en principe applicable. Le droit permet alors à l'individu soit d'adopter un comportement en principe interdit par le droit mais prescrit par sa conscience, soit de s'abstenir d'un comportement en principe prescrit par le droit mais interdit par sa conscience, ce sans encourir les foudres du droit* » : D. FENOUILLET, *Règlement de copropriété et liberté religieuse, ou la difficile cohabitation des consciences*, LPA 2006, n°133, p. 9. Quant à l'idée du conflit, elle a été reprise par d'autres auteurs également : Le législateur permet à la personne de choisir entre le droit et sa conscience individuelle, entendus comme deux systèmes normatifs distincts : A. LEPAGE, *Droit pénal et conscience*, Revue Droit pénal, janvier 1999, chron. 1, p. 4. « *Par ce mécanisme, le droit prend acte de l'existence d'un conflit « inter-normatif » et esquisse une solution : l'autorisation de se soustraire à la règle juridique contestée. Dans cette autorisation gît l'ambiguïté congénitale de cette clause : autonomie de conscience, elle résulte toutefois d'une disposition expresse du droit. Le droit, conscient de la contestation dont il est l'objet, organise lui-même les contours de la solution par la clause de conscience. Cependant, par-là même, il ouvre une porte sur une revendication de celle-ci à participer à sa création.* » : D. HIEZ, *La clause de conscience ou la conscience source du droit ?*, in *Libres propos sur les sources du droit : Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 209, spéc. p. 211.

⁶⁰⁰ J.-J. ZADIG, *La loi et la liberté de conscience*, RFDA 2013, p. 957.

⁶⁰¹ Ainsi, l'objection de conscience se distingue du jeu des partis d'opposition dans une société démocratique mais représente bien le choix d'un groupe ou d'un individu de violer délibérément « *une règle adoptée par la*

133. De la cité à l'entreprise. L'objection de conscience a d'abord été – et est toujours – la manifestation pacifique de l'opposition à l'ordre donné ou à la règle édictée, illustrée notamment par la citation d'Albert Einstein : « *Ne faites jamais rien contre votre conscience, même si l'État vous le demande.* »⁶⁰² (A). Elle a ensuite été transposée dans le monde professionnel pour devenir synonyme du refus d'accomplir une tâche pourtant incluse dans le contrat de travail⁶⁰³ (B).

A. Les origines de l'objection de conscience

134. De l'Antiquité... L'objection de conscience a pu être incarnée par des personnages illustres, réels comme Socrate qui mettait la voix de sa conscience au-dessus des lois de la Cité, ou fictifs comme l'Antigone de Sophocle qui brava l'interdiction du tyran Créon de ne pas donner de sépulture à son frère. Les martyres chrétiens constituent d'autres figures antiques symbolisant l'objection de conscience, puisqu'au nom de leurs convictions religieuses ils refusaient d'accomplir certaines obligations civiles à l'image du culte devant être rendu à l'empereur⁶⁰⁴. Le revirement de situation constituée par le ralliement de l'empereur Constantin à l'Église chrétienne n'a pas fait disparaître l'objection de conscience puisque de nombreux chrétiens, qui suivaient la doctrine de leur Église, refusaient de porter les armes, à l'image de Saint Martin⁶⁰⁵. Dès ces premiers exemples, il est possible de comprendre que l'exigence supérieure, au nom de laquelle l'objecteur se soustrait à la règle générale, n'est pas toujours d'ordre religieux mais peut aussi relever de ses convictions morales, éthiques ou politiques.

majorité des citoyens ou imposée par un gouvernement, et ce au nom d'une exigence supérieure qu'il perçoit dans sa conscience » : J.-P. CATTELAÏN, *L'objection de conscience*, Que sais-je ?, PUF 1973, p. 7-8.

⁶⁰² Cité par C. BOURION et S. TREBUCQ, *Le bore-out syndrom*, *Revue internationale de psychologie*, 2011/41, vol. XVII, p. 376.

⁶⁰³ Bien entendu, une objection de conscience est susceptible de se manifester dans d'autres types de relations contractuelles, à l'instar du contrat de commission qui lie un photographe à une agence de presse. Ainsi, plusieurs photographes accrédités pour le concert ayant eu lieu le soir des attentats au Bataclan ont rencontré un « *problème de conscience* » face à leurs clichés, pris avant la tuerie, et ont demandé à leurs agences de ne pas diffuser ou de retirer les images où le public était visible, par respect pour les proches des victimes : C. GUILLOT, *Le cas de conscience des photographes du Bataclan*, *Le Monde*, 19 novembre. 2015.

⁶⁰⁴ M. SCHOYANS, *L'objection de conscience en matière de santé : le cas des hommes politiques*, *Revue de la recherche juridique et du droit prospectif*, 2005/1, p. 506.

⁶⁰⁵ Saint-Martin aurait déclaré vers 350 : « *Je suis soldat du Christ, je n'ai pas le droit de combattre* ».

135. ...au 20^{ème} siècle. L'Histoire a même révélé des situations où l'objection de conscience aurait dû prendre l'ascendant sur la règle officielle. Ce fut le cas lors du second procès de Nuremberg, entre 1946 et 1947, où il fut reproché aux médecins nazis d'avoir obéi à des ordres injustes, au lieu de pratiquer l'objection de conscience en refusant les expériences inhumaines⁶⁰⁶. Naissait ainsi le Principe de Nuremberg, selon lequel l'individu ne peut être dégagé de sa responsabilité s'il a obéi à un ordre injuste, alors qu'il avait la faculté morale de choisir⁶⁰⁷. La CEDH considère que l'objection de conscience peut même être un devoir pour un agent public qui reçoit un ordre légal mais illégitime, car il serait gravement injuste⁶⁰⁸. Il s'agit de la théorie des « *baïonnettes intelligentes* » selon laquelle un subordonné peut – voire doit – refuser d'exécuter un ordre illégal, d'abord appliquée dans l'armée puis dans la fonction publique civile⁶⁰⁹. Si le devoir d'obéissance au supérieur hiérarchique constitue pourtant l'une des règles fondamentales de la fonction publique⁶¹⁰, le Conseil d'État a affirmé dès 1944 qu'il existe, au-delà du droit à désobéir, un véritable devoir de désobéissance des agents titulaires et contractuels⁶¹¹, quand les ordres sont « *à la fois manifestement illégaux et de nature à compromettre un intérêt public* »⁶¹². En réalité, cette double condition rend la

⁶⁰⁶ M. SCHOOPYANS, *art. préc.*, p. 512.

⁶⁰⁷ Un tel principe avait déjà été intégré dans le Code pénal belge de 1867, sans distinction entre les militaires et les agents civils, puis repris dans la loi du 14 janvier 1975 portant le règlement de discipline des Forces armées. Le dernier alinéa de l'article 11§2 de la loi dispose qu'« *un ordre ne peut cependant être exécuté si cette exécution peut entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit* ».

⁶⁰⁸ CEDH, 21 juin 2011, n° 2615/10, *Polednova c/République tchèque* ; CEDH, 22 mars 2001, n° 37201/97, *K.H. W. c/Allemagne*.

⁶⁰⁹ J.-E. RAY, *Droit du travail et règles morales*, in *Éthique, déontologie et gestion de l'entreprise*, dir. H. de la BRUSLERIE, Economica, 1992, p. 107. Cette théorie « *impose à l'exécutant de se faire juge de la légalité des ordres qu'il reçoit, en le rendant systématiquement responsable en cas d'exécution d'un ordre illégal* » : E. DESMONS, *L'articulation du principe d'obéissance hiérarchique et de la responsabilité pénale des fonctionnaires*, LPA 1996, n° 78, p. 10.

⁶¹⁰ Cette « *organisation hiérarchique signifie en soi superposition de degrés dans une organisation des agents, non pas sous l'obligation directe et unique d'observer la loi, mais sous l'obligation d'obéir au chef qui s'interpose entre eux et la loi* » : M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Sirey, 1927, p. 50 ; cité par S. BOUISSON, *L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone : la soumission à l'État*, AJFP, janvier/février 2003, p. 44.

⁶¹¹ La Haute juridiction juge que la révocation dont a fait l'objet le chef du service du chômage de la mairie de Drancy n'est pas entachée d'un détournement de pouvoir dans la mesure où celui-ci s'est livré à des agissements qui ont permis à de nombreuses personnes de percevoir indûment des allocations de chômage, et où il doit être considéré comme responsable de ses actes, même s'il a ainsi exécuté les instructions données par le maire, son supérieur hiérarchique. En l'espèce, l'intéressé avait pourtant attiré l'attention du maire sur l'illégalité des détournements de fonds : CE section, 10 novembre 1944, *Sieur Langneur*, Rec. p. 288.

⁶¹² À propos du receveur des PTT ayant obéi à l'ordre illégal du préfet de retenir provisoirement des exemplaires d'une affiche critiquant l'inéligibilité des anciens parlementaires qui avaient voté les pleins pouvoirs au Maréchal Pétain, ce qui constituait une atteinte à la sécurité des correspondances postales et autorisaient les tribunaux judiciaires à statuer sur les conséquences dommageables de ces agissements : TC, 10 décembre 1956, *Randon*, Rec. p. 592. À propos d'un sous-brigadier de police, « *la circonstance que la décision affectant le sieur Maccario en Algérie aurait été entachée d'illégalité, ne pouvait dispenser l'intéressé d'exécuter l'ordre reçu de rejoindre son poste* » : CE, 31 mai 1961, *Ministre de l'Intérieur c/ Sieur Maccario*, AJDA 1962, p. 55. À propos

désobéissance quasiment impossible à mettre en œuvre⁶¹³. Le seul critère prévu à l'article 122-4 du Code pénal pour retenir la responsabilité de la personne subordonnée est d'ailleurs le caractère manifestement illégal de l'acte⁶¹⁴. Il a fallu ensuite attendre l'article 28 de la loi du 13 juillet 1983⁶¹⁵ pour que le législateur s'empare du sujet de la désobéissance, même s'il était déjà apparu dans une loi de 1941 où il semblait moins difficile à mettre en œuvre que dans le système actuellement en vigueur⁶¹⁶.

136. L'objection de conscience au service militaire en France. L'objection de conscience a d'abord été légalisée pour accorder des dispenses à l'accomplissement du service militaire, à l'époque où celui-ci était obligatoire et était en général effectué avant de commencer l'exercice d'une profession⁶¹⁷. Dans un arrêté du 18 août 1793, le Comité du Salut

d'un gardien de la paix, « à supposer même que l'ordre donné au requérant de rejoindre une affectation en Algérie eut été manifestement illégal, un tel ordre n'était pas de nature à compromettre gravement un intérêt public » : CE, 4 janvier 1964, *Sieur Charlet*, Rec. p. 1. À propos d'un agent de La Poste ayant refusé d'appliquer une instruction de distribuer des messages publicitaires : « si cet ordre, en l'absence d'obligations statutaires, était manifestement illégal (...), il n'était pas de nature à compromettre gravement un intérêt public ; qu'ainsi, c'est à bon droit que l'administration a pu baisser la notation de M. Charny pour l'année 1990 » : CAA Paris, 6 octobre 1998, *Charny*, AJFP, 1999-2, p. 44.

⁶¹³ Pourtant, comme l'avait formulé le Professeur Bernard Chérigny, « ne conviendrait-il pas notamment d'admettre que lorsque l'ordre du supérieur est entaché d'une illégalité manifeste, cette irrégularité grossière compromet par là-même nécessairement un intérêt public, celui du respect de la légalité ? ». Il rappelait également dans sa conclusion : « Comme si l'exécution d'un ordre manifestement illégal ne compromettrait pas toujours nécessairement, eu égard à sa gravité, l'existence même de l'État de droit et le premier des intérêts qui y est attaché : le respect de la légalité » : B. CHERIGNY, *Ordre illégal et devoir de désobéissance dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique civile*, RDP 1975, p. 905 et p. 933.

⁶¹⁴ C. pén. art. 122-4 al. 2 : « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ».

⁶¹⁵ Alinéa premier de l'article 28 de la loi « *Le Pors* » n° 83-634 du 13 juillet 1983 : « Tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public ».

⁶¹⁶ Le Professeur René Chapus considérait le système proclamé par cette ancienne loi, annulée par l'ordonnance du 9 août 1944 portant rétablissement de la légalité républicaine, comme plus réaliste car il ne faisait pas peser de sanction latente sur l'agent en cas de désobéissance illégale et car seul le supérieur hiérarchique pouvait être considéré comme responsable de l'instruction donnée. En effet, le problème du régime actuel, selon le Professeur Laurent Sermet, est qu'il place l'agent public devant le dilemme suivant : « l'instruction hiérarchique illégale doit-elle prévaloir sur la loi et à quelles conditions ? ». Il ajoute qu'« un juste milieu entre légalité et obéissance pourrait être redéfini » : L. SERMET, *La désobéissance de l'agent public*, in *Droit et déontologies professionnelles*, dir. J.-Y. NAUDET, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997, p. 252.

⁶¹⁷ La clause de conscience du journaliste est considérée par certains comme la première apparition de l'objection de conscience dans la loi française : Ph. ARDANT, *art. préc.*, p. 150. Cependant, dans la mesure où la mise en œuvre de cette clause entraîne la fin de la relation de travail du journaliste avec son employeur et où l'« *entreprise de journal* » est une entreprise de tendance, elle n'est pas assimilable à une objection de conscience au sens de cette partie : cf. *supra* n° 78 et s.

public avait prévu une dispense de service armé pour les Anabaptistes⁶¹⁸ qui refusaient de porter les armes⁶¹⁹. Il faut ensuite attendre la loi du 21 décembre 1963⁶²⁰, dont l'article premier permet aux « *jeunes gens qui, avant leur incorporation, se déclarent, en raison de leurs convictions religieuses ou philosophiques opposés en toute circonstance à l'usage personnel des armes* » d'effectuer leur service national sous une forme différente⁶²¹. Les conditions⁶²² et la procédure⁶²³ de l'objection de conscience sont précisées aux articles suivants de cette même loi. Le caractère antérieur à l'incorporation de la demande était probablement déjà un indice du sérieux des convictions de l'objecteur. Ce dernier, par ailleurs, était tenu de ne pas « *contaminer* » d'autres consciences, l'incitation d'autrui à bénéficier de ce régime étant puni d'une peine d'emprisonnement et d'une amende⁶²⁴. Par la loi du 10 juin 1971, ces dispositions ont été codifiées aux articles L. 116-1 et suivants du Code du service national, dans le chapitre relatif au « *service des objecteurs de conscience* »⁶²⁵. Cette loi a été modifiée par celle du 8 juillet 1983⁶²⁶, à partir de laquelle il a été permis de constater une augmentation « *des demandes retenues par rapport aux démarches*

⁶¹⁸ Extrait du registre des arrêtés du comité de salut public de la Convention Nationale du 18 Août 1793 (Musée virtuel du protestantisme : <http://www.museeprotestant.org/notice/les-amish-en-alsace-au-xviii-siecle/>).

⁶¹⁹ L'anabaptisme est un courant évangélique chrétien qui existe toujours et prône un report du baptême à un âge où l'individu a une « *pleine conscience* ».

⁶²⁰ Loi n° 63-1255 du 21 décembre 1963 relative à certaines modalités d'accomplissement des obligations imposées par la loi sur le recrutement.

⁶²¹ Il s'agissait, toujours en vertu de l'article 1^{er}, de faire son service dans une formation militaire non armée ou dans une formation civile assurant un travail d'intérêt général.

⁶²² En vertu de l'article 2, il convenait d'adresser une demande au ministre de la Défense, assortie des justificatifs utiles, dans les quinze jours de la publication du décret d'appel. Il est permis de se demander comment justifier de sa conscience, si cela n'est par une attestation sur l'honneur réalisée par le jeune ou un tiers le connaissant particulièrement bien.

⁶²³ Les articles 3 et 4 précisent que la demande était examinée par une commission juridictionnelle se réunissant au moins un mois avant l'incorporation du contingent de l'intéressé. Cette commission était tenue de faire le tri entre les objecteurs de conscience, dignes de son nom, c'est-à-dire les individus ayant des revendications philosophiques (au sens large) considérées comme « *légitimes* », et les « *faux* » objecteurs, ayant des convictions politiques antimilitaristes : Explications données par le Professeur Patrick Wachsmann lors du séminaire « *La personne - Corps et Esprit* » organisé par le Laboratoire de sociologie juridique le 22 février 2018 à l'Université Paris II. Il intervenait dans le cadre du second sujet « *L'objection de conscience : principe ou exception ?* ». La Commission européenne des droits de l'homme a permis un tri similaire entre les consciences en justifiant une discrimination entre pacifistes et témoins de Jéhovah au regard de la dispense de service militaire, dont bénéficiaient seulement ces derniers, au motif qu'ils étaient inclus dans une communauté religieuse structurée : Comm. EDH, 11 octobre 1984, *N. c/ Suède*, n° 10410/83 ; cité par D. HIEZ, *La clause de conscience ou la conscience source du droit ?*, in *Libres propos sur les sources du droit : Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 209, spéc. p. 221. Dans une autre décision, la Commission a déclaré irrecevable la requête d'un étudiant en philosophie, contraint d'effectuer un service civil de remplacement et qui arguait d'une discrimination par rapport aux étudiants en théologie, exemptés des deux services : Comm. EDH, 30 novembre 1994, *Peters c. Pays-Bas*, n° 22793/93.

⁶²⁴ L'article 11 de la loi de 1963 dispose que ce type de propagande est puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 360 F à 10.000 F.

⁶²⁵ Loi n° 71-424 du 10 juin 1971 portant code du service national.

⁶²⁶ Loi n° 83-605 du 8 juillet 1983 modifiant le code du service national.

introduites »⁶²⁷ et une « tendance à supposer les demandes sincères dès lors que les objecteurs acceptaient un temps de service national plus long »⁶²⁸. En vertu de l'article 2 de la loi n° 97-1019 du 28 octobre 1997 portant réforme du service national, ces dispositions ont été suspendues pour les jeunes gens nés après le 31 décembre 1978⁶²⁹.

137. L'objection de conscience dans la jurisprudence européenne. Dans un revirement de jurisprudence⁶³⁰ de 2011, la Grande Chambre de la CEDH a reconnu le droit à l'objection de conscience à l'encontre du service militaire⁶³¹. Pour admettre que l'objection de conscience constitue une modalité de manifestation de ses convictions, la CEDH s'est fondée sur l'article 9 de la Convention relatif à la liberté de conscience plutôt que sur son article 4 lié à l'interdiction du travail forcé⁶³². Elle démontrait ainsi que cette dernière est un instrument vivant, dont l'interprétation peut évoluer au cours du temps. Dans un arrêt confirmatif de la même année, cette juridiction a montré qu'elle ne comptait pas pousser son contrôle jusqu'à sonder les âmes quant à la sincérité de leurs convictions et qu'elle se contenterait de se référer aux valeurs prônées par l'entité à laquelle appartenait le requérant⁶³³. Auparavant, en 2000,

⁶²⁷ « Cela semble indiquer que le ministère qui gère l'admission est infiniment plus tolérant que ne l'était la Commission juridictionnelle ». Certes, la loi de 1983 a non seulement fait disparaître la Commission, au profit d'une procédure d'agrément à la discrétion du ministre de la Défense, mais elle a aussi étendu les motivations exigées des objecteurs à travers l'expression de « motifs de conscience », sans référence à leur caractère philosophique ou religieux. Il ne fallait toutefois pas en conclure que l'objection de conscience politique était admise : J. ROBERT et J. DUFFAR, *Droit de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2009, 8^{ème} éd., p. 608, n°565.

⁶²⁸ J. MORANGE, *La liberté de conscience en droit comparé*, in *La conscience et le droit*, Actes du XVIII^e colloque national de la Confédération des Juristes Catholiques de France, Pierre Téqui éditeur, 2002, p. 38. Cette situation avait déjà été décrite par le Professeur Jean Duffar en 1991 : « la sincérité des motifs est établie par l'acceptation d'un service de 24 mois », ce dont il était permis de déduire qu'« un service d'une durée plus courte entraînerait vraisemblablement un examen de la sincérité des motifs par le ministre » : J. DUFFAR, *L'objection de conscience en droit français*, Rev. de droit public, 1991, p. 657, spéc. p. 671-672, n°23.

⁶²⁹ Cette loi a été modifiée ensuite par l'ordonnance n°2003-483 du 5 juin 2003 relative aux dispositions rendues nécessaires par la suspension du livre II du Code du service national.

⁶³⁰ Auparavant, la Commission européenne et la CEDH avaient jugé qu'il ne pesait sur les États aucune obligation de reconnaissance de l'objection de conscience. Voir par exemple : Comm. EDH, X. c/ Autriche, 2 avril 1973, n° 5591/72.

⁶³¹ Il s'agissait en l'espèce d'un témoin de Jéhovah qui avait refusé d'effectuer son service militaire et avait été condamné à deux ans d'emprisonnement alors qu'il avait proposé la réalisation d'un service civil : CEDH (Gde Ch.), *Bayatyan c/ Arménie*, 7 juillet 2011, n° 23459/03 ; W. JEAN-BAPTISTE, *La reconnaissance du droit à l'objection de conscience par la Cour européenne des droits de l'homme*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 91/2012, p. 671 et s.

⁶³² L'article 4 §3-b cite expressément l'objection de conscience : « N'est pas considéré comme « travail forcé ou obligatoire » au sens du présent article : (...) tout service de caractère militaire ou, dans le cas d'objecteurs de conscience dans les pays où l'objection de conscience est reconnue comme légitime, à un autre service à la place du service militaire obligatoire ». Dans un second temps, la CEDH a donc décidé que cet article ne formulait qu'une simple illustration et non pas une preuve du choix laissé aux différents gouvernements nationaux d'autoriser ou non les objections de conscience.

⁶³³ CEDH, *Erçep c/ Turquie*, 22 novembre 2011, n° 43695/04 §62.

dans une affaire concernant un témoin de Jéhovah qui s'était vu refuser sa nomination en tant qu'expert-comptable, motif pris de sa condamnation pénale pour refus de service militaire, la CEDH avait sanctionné la Grèce dont le législateur aurait dû prévoir des exceptions appropriées pour éviter que des personnes soient discriminées du fait de leurs convictions, dans le cadre de leur travail⁶³⁴.

B. La transposition de l'objection de conscience dans le monde du travail

138. L'objection de conscience des auxiliaires de justice. Même en partant du postulat quelque peu utopiste, que, contrairement au service militaire qui était obligatoire, le travail est toujours librement choisi, cela n'empêche pas un individu de ne pas adhérer à certains actes de sa profession⁶³⁵. Le législateur a prévu des objections de conscience – qui sont appelées à tort des « *clauses* »⁶³⁶ – pour certaines professions⁶³⁷, à l'image des avocats, collaborateurs et salariés⁶³⁸, des notaires salariés⁶³⁹ ainsi que des huissiers salariés⁶⁴⁰, ces derniers devenant

⁶³⁴ CEDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, n° 34369/97 ; cité par I. DESBARATS, *Entre exigences professionnelles et liberté religieuse : quel compromis pour quels enjeux ?*, JCP S 2011, 1307.

⁶³⁵ Il est indéniable que les raisons avancées seront souvent liées à la croyance religieuse de l'individu objecteur. Mais, puisqu'elles peuvent aussi relever de choix philosophiques, éthiques, voire scientifiques, et donc sans lien avec le divin, l'objection de conscience est étudiée dans cette section et non dans la section 2 relative à l'invocation de la conscience strictement religieuse.

⁶³⁶ En effet, ces objections peuvent être invoquées à l'occasion de l'exécution du contrat et non pas lors de la rupture : sur la clause de conscience des journalistes, cf. *supra* n° 78 et s. Elles ont pour trait commun de se retrouver dans les professions dites « *libérales* » mais exécutées à titre salarié (ou du moins subordonné pour les avocats collaborateurs libéraux), permettant ainsi au professionnel en question d'échapper ponctuellement à la subordination hiérarchique : S. BEN HADJ YAHIA, *La fidélité et le droit*, thèse, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, 2013, n° 555, p. 483-484.

⁶³⁷ Auparavant, une telle objection existait aussi pour les conseils juridiques. L'article 4-14 du règlement intérieur national de cette profession précisait que « *le conseil juridique reste libre, pour des raisons qui relèvent de sa seule conscience, de refuser d'exécuter ou de poursuivre une mission* ».

⁶³⁸ L'article 6 de la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 a ajouté le 6° alinéa suivant à l'article 7 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 : « *en aucun cas, les contrats ou l'appartenance à une société, une association ou un groupement ne peuvent porter atteinte aux règles déontologiques de la profession d'avocat, et notamment au respect des obligations en matière d'aide judiciaire et de commission d'office, et à la faculté pour l'avocat collaborateur ou salarié de demander à être déchargé d'une mission qu'il estime contraire à sa conscience ou susceptible de porter atteinte à son indépendance* ». Cette disposition est reprise par l'article 139-3° du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat. L'article 14.2 du Règlement Intérieur National (RIN) de la profession d'avocat prévoit aussi que le contrat de collaboration libérale ou salariée doit prévoir les conditions garantissant « *la faculté de demander à être déchargé d'une mission contraire à sa conscience* ». À l'époque du projet de loi, un auteur avait insisté sur l'importance de l'autonomie dans l'exercice de l'art, garante de l'indépendance technique même pour un avocat salarié. Cette autonomie implique « *la liberté de refuser de travailler pour tel client en invoquant des raisons d'ordre moral* » : J. BARTHELEMY, *Contrat de travail et activité libérale*, JCP 1990, I, n° 3450. Un autre cas particulier d'objection est prévu à l'article 18.5 du RIN, propre à la collaboration interprofessionnelle : « *Si l'avocat estime que le fait pour le client de conférer un caractère confidentiel à certaines informations est de nature à entraver le bon déroulement de la mission commune, il lui appartient d'apprécier en conscience si son intervention peut dans ces conditions se poursuivre à charge pour lui d'en informer le client* ». Cet article prouve que la déontologie est un corpus normatif vivant

prochainement les commissaires de justice salariés⁶⁴¹. Ces professionnels peuvent en effet demander à leur employeur – ou à l’avocat associé pour lequel ils travaillent – d’être déchargés d’une mission qu’ils estiment contraire à leur conscience⁶⁴², mais « *suffisamment tôt pour ne pas en perturber l’avancement du dossier* »⁶⁴³. La procédure est cependant plus complexe pour les avocats commis d’office car c’est alors auprès du bâtonnier ou du président de la Cour d’assise qu’ils doivent faire approuver leurs motifs d’excuse ou d’empêchement⁶⁴⁴.

139. L’objection de conscience générale des médecins. L’objection de conscience est sans doute plus connue dans le milieu médical, où son existence pourrait être justifiée par une raison identique à celle pouvant être opposée au service militaire, à savoir le refus d’ôter la vie humaine. Puisque « *la finalité de leur art professionnel* » est « *la conservation de la vie et*

qui évolue avec les pratiques professionnelles : propos tenus par Maître Emmanuel Daoud lors du séminaire « *La personne - Corps et Esprit* » organisé par le Laboratoire de sociologie juridique le 22 février 2018 à l’Université Paris II. Il intervenait dans le cadre du second sujet « *L’objection de conscience : principe ou exception ?* ».

⁶³⁹ L’article 45 de la loi n° 90-1259 précitée a ajouté un article 1 ter à l’ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat : « *nonobstant toute clause du contrat de travail, le notaire salarié peut refuser à son employeur de recevoir un acte ou d’accomplir une mission lorsque cet acte ou cette mission lui paraissent contraires à sa conscience ou susceptibles de porter atteinte à son indépendance* ». En vertu des termes de l’ordonnance, « *l’appréciation appartient au notaire salarié seul et ne peut plus être remise en cause ultérieurement, même si l’appréciation du notaire est erronée. Il doit agir selon sa conscience et cette conscience est l’expression même de sa personnalité dans toute sa plénitude.* » : Ph. LANGLOIS et J.-F. PILLEBOUT, *Le notaire salarié*, LPA 6 juin 1994, n° 67, p. 19.

⁶⁴⁰ La loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 a inséré un article 3 ter dans l’ordonnance n° 4525-92 du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers, dont l’alinéa 3 dispose : « *Nonobstant toute clause du contrat de travail, l’huissier de justice salarié peut refuser à son employeur de délivrer un acte ou d’accomplir une mission lorsque cet acte ou cette mission lui paraissent contraires à sa conscience ou susceptibles de porter atteinte à son indépendance* ».

⁶⁴¹ Sur habilitation de la loi n° 2015-990, dite « *Macron* », du 6 août 2015, l’ordonnance n° 2016-728 du 2 juin 2016, qui entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2022, crée la profession de commissaire de justice regroupant les professions d’huissier de justice et de commissaire-priseur judiciaire. L’article 6 de cette ordonnance transpose la clause de conscience aux commissaires de justice salariés.

⁶⁴² Ainsi, pour les avocats, en vertu de l’article 14.3 du RIN, « *l’avocat collaborateur libéral ou salarié peut demander à celui avec lequel il collabore ou à son employeur d’être déchargé d’une mission qu’il estime contraire à sa conscience ou susceptible de porter atteinte à son indépendance* » mais, en cas d’« *abus de droit caractérisé par un refus systématique non lié à un changement significatif dans l’orientation du cabinet* » le litige est soumis à l’appréciation du bâtonnier : S. BORTOLUZZI, D. PIAU, T. WICKERS, H. ADER et A. DAMIEN, *Règles de la profession d’avocat 2018/2019*, Dalloz, 2017, n° 811.124, p. 1611.

⁶⁴³ S. BORTOLUZZI et autres, *op. cit.*, n° 811.124, p. 1611.

⁶⁴⁴ Dans l’affaire dite « *Berton* », du nom de l’avocat concerné, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution les dispositions de l’article 9 de la loi du 31 décembre 1971 : Cons. const., 4 mai 2018, n° 2018-704. Pourtant, faire approuver ses motifs de conscience, s’ils sont issus des confidences du client, auprès du président de la cour d’assise pourrait entraîner une violation du secret professionnel, qui est une faute déontologique et une infraction pénale. Le président peut quant à lui être placé dans une situation de recel de violation du secret professionnel : O. DUFOUR, *Affaire Berton : la Cour de cassation transmet la QPC*, Gaz. Pal. 2018, n° 06, p. 8.

non sa destruction »⁶⁴⁵, le personnel médical peut refuser de pratiquer certains soins en invoquant sa « *clause de conscience* »⁶⁴⁶, bien qu'il s'agisse d'une objection. Cependant, celle-ci n'est pas apparue avec la loi « *Veil* » de 1975⁶⁴⁷. Le Code de déontologie médicale de 1947 prévoyait déjà une « *clause générale de conscience* »⁶⁴⁸ permettant au médecin de refuser ses soins⁶⁴⁹. Cette objection est maintenant présente à l'article R. 4127-47 du Code de la santé publique⁶⁵⁰. Le Conseil national de l'Ordre des médecins interprète la possibilité d'invoquer des « *raisons personnelles* » comme une référence à la conscience⁶⁵¹. Or, celle-ci ne pouvant pas être sondée, les médecins n'ont pas à expliquer aux patients, ni à leur employeur⁶⁵², les

⁶⁴⁵ E. CLAVEL, *La clause de conscience du médecin dans la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse*, JCP 1978, I, 2915.

⁶⁴⁶ Il ne faut pas la confondre avec « *l'exception thérapeutique* » ou « *le droit au mensonge* », qui permet au professionnel de santé de ne pas informer son patient lorsqu'il estime « *en conscience* », que ce dernier ne pourra pas supporter un diagnostic ou un pronostic grave et qui est parfois aussi qualifiée de « *clause de conscience* » ou de « *devoir d'humanisme médical* » apprécié au vu de la « *liberté de conscience professionnelle* » : S. WELSCH, *Responsabilité du médecin*, Éditions du Juris-Classeur, 2003, n° 153, p. 88 ; J.-M. DUVAL, *Faute personnelle, faute disciplinaire et faute pénale, en matière d'activité médicale hospitalière*, *Revue du droit public et de la science politique*, 2001, n° 6, p. 1843. Concernant les médecins, l'article R. 4127-35 du Code de la santé publique ne prévoit plus cette disposition depuis le décret n° 2012-694 du 7 mai 2012, mais elle est toujours prévue, indirectement, par l'article R. 4321-83 du même code. Elle existe pour les chirurgiens-dentistes (CSP art. R. 4127-239) et les sages-femmes (CSP art. R. 4127-331).

⁶⁴⁷ La loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 est la première loi emblématique relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

⁶⁴⁸ L'expression est de : C. MATHIEU et C. NICOD, *L'individu confronté à l'organisation collective du travail*, in *Le singulier en droit du travail*, dir. J.-M. BÉRAUD et A. JEAMMAUD, Dalloz, 2006, p. 57. Elle est aussi appelée « *clause de conscience expresse* » : G. MEMETEAU, *Recherche Antigone en bon état ou la clause de conscience et la bioéthique*, *Éthique, La vie en question*, 1993/3, n°9, p. 64.

⁶⁴⁹ L'article 27 du décret n° 47-1169 en date du 27 juin 1947 disposait que « *hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a toujours le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles* ». Par la suite, l'article 35 du décret n° 55-1591 portant code de déontologie médicale, l'article 39 du décret n° 79-506 du 28 juin 1979 (qui avait ajouté l'exception du cas où le médecin manquerait « *à des obligations d'assistance* » qui disparaîtra ensuite) et l'article 47 du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale vont formuler la même règle : cette chronologie a été rappelée par le Professeur Dominique Thouvenin lors du séminaire « *La personne - Corps et Esprit* » organisé par le Laboratoire de sociologie juridique le 22 février 2018 à l'Université Paris II. Elle intervenait dans le cadre du second sujet « *L'objection de conscience : principe ou exception ?* ».

⁶⁵⁰ Cet article dispose que « *hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles* ». Cette disposition a été codifiée par le décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004. Elle se retrouve également à l'alinéa 7 de l'article L. 1110-3 du Code de la santé publique, inséré par la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 et dont la formule est quelque peu différente : « *Hors le cas d'urgence et celui où le professionnel de santé manquerait à ses devoirs d'humanité, le principe énoncé au premier alinéa du présent article ne fait pas obstacle à un refus de soins fondé sur une exigence personnelle ou professionnelle essentielle et déterminante de la qualité, de la sécurité ou de l'efficacité des soins* ».

⁶⁵¹ Rapport sur la clause de conscience du médecin adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins du 16 décembre 2011, sous l'égide du Docteur Jean-Marie Faroudja (<http://www.conseil-national.medecin.fr/article/clause-de-conscience-du-medecin-1160>).

⁶⁵² « *Elle est opposable à tous, non seulement au patient lui-même mais également à l'employeur ou à l'établissement de soins* » : P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, Éditions Cujas, 2013, n° 456, p. 268.

motifs de leur refus⁶⁵³ et peuvent changer de convictions au cours de leur carrière⁶⁵⁴. Ce silence connaît néanmoins une limite au cas où le patient vient à invoquer l'existence d'une discrimination à son égard, le médecin devant prodiguer ses soins en étant indifférent aux caractéristiques de ce dernier⁶⁵⁵. S'il veut éviter d'être pénalement sanctionné, le médecin a alors intérêt à dévoiler sa conscience, en expliquant au patient pourquoi il refuse de pratiquer tel acte médical⁶⁵⁶. En outre, l'invoquer de l'objection de conscience n'est conditionnée à aucune déclaration ou publicité de la part du personnel soignant car elle est inhérente à la qualité professionnelle de celui qui l'invoque⁶⁵⁷. En vertu de la « *clause* » de conscience, aucune sanction ne peut, en cas de refus de soin, être infligée au personnel soignant⁶⁵⁸ et leur responsabilité civile ne peut être engagée qu'à la double condition que l'exercice de ce droit discrétionnaire soit assorti d'une volonté de nuire et qu'il engendre un dommage⁶⁵⁹. En revanche, comme le reconnaît l'Ordre⁶⁶⁰, il ne peut y avoir neutralisation des poursuites pénales lorsque le patient est en péril⁶⁶¹. Dans un tel cas, le médecin objecteur peut être condamné pour non-assistance à personne en danger⁶⁶² ou omission de porter secours⁶⁶³. Par ailleurs, il n'y a pas d'objection qui vaille lorsque le médecin est réquisitionné par l'autorité publique et devient collaborateur occasionnel du service public⁶⁶⁴.

⁶⁵³ « *Il n'appartient à personne de juger* » les raisons « dite de « conscience » ou personnelles » : Ph. PEDROT, E. CADEAU et P. LE COZ, *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, Ellipses, 2006, p. 82-83.

⁶⁵⁴ « *La clause de conscience reste ouverte à tout moment au médecin dans sa vie professionnelle, même s'il ne l'a auparavant jamais invoquée. Le médecin ne peut (...) renoncer à l'avance à la clause de conscience* » : E. CLAVEL, *art. préc.*, 2915 ; « *Cette liberté de conscience est très puissante car la clause peut être invoquée à tout moment par le médecin, et le fait d'avoir pratiqué antérieurement des interruptions de grossesse ne peut valoir renonciation pour l'avenir au bénéfice de la liberté de conscience* » : P. MISTRETTA, *op. cit.*, p. 268.

⁶⁵⁵ CSP, art. 4127-7 al. 1^{er} et Code de déontologie médicale, art. 7 al. 1^{er}.

⁶⁵⁶ L'article 225-3 du Code pénal punit « *de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* » la discrimination qui consiste à refuser la fourniture d'un service.

⁶⁵⁷ E. CLAVEL, *art. préc.*, 2915.

⁶⁵⁸ A. CASTELLETTA, *Responsabilité médicale, Droits des malades*, Dalloz, 2004, n° 21.61, p. 40.

⁶⁵⁹ E. CLAVEL, *art. préc.*

⁶⁶⁰ « *La seule « clause de conscience » ne saurait donc être invoquée dans le cadre d'une urgence vitale* » : <https://www.conseil-national.medecin.fr/article/clause-de-conscience-du-medecin-1160>

⁶⁶¹ CSP, art. R. 4127-9 et R. 4127-47.

⁶⁶² C. pén., art. 223-6. Cette obligation d'aider autrui a été renforcée par le Code de la santé publique pour les médecins (art. R. 4127-9), les chirurgiens-dentistes (art. R. 4127-205), les sages-femmes (art. R. 4127-315), les infirmiers et infirmières (art. R. 4312-6) et les pharmaciens (art. R. 4235-7).

⁶⁶³ C. pén., art. 223-7.

⁶⁶⁴ CSP, art. L. 4163-7 al. 2 ; A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, 2007, n° 374, p. 420.

140. Les objections de conscience spécifiques des médecins. Certains auteurs s'interrogent toutefois sur le caractère véritablement général de l'objection de conscience de l'article R. 4127-47 du Code de santé publique⁶⁶⁵. Le Conseil national de l'Ordre des médecins semble lui donner une portée relativement large en permettant son invocation pour les situations de fin de vie des patients, en l'absence d'une clause de conscience spécifique sur ce sujet, qu'il ne juge d'ailleurs pas utile⁶⁶⁶. Mais il est indéniable que le droit des médecins à refuser l'exécution d'un acte médical n'est pas aussi clairement exprimé dans cet article que dans ceux relatifs à la stérilisation à visée contraceptive⁶⁶⁷, à la recherche sur embryon⁶⁶⁸ et à l'interruption volontaire de grossesse⁶⁶⁹, les deux derniers cas visant d'ailleurs un public plus large que les médecins. Le Conseil constitutionnel a consacré l'importance de la dernière clause dans sa décision du 27 juin 2001, en insistant sur le nécessaire respect de la liberté de

⁶⁶⁵ Selon le Professeur Jean-René Binet, « *il est permis de s'interroger sur l'existence d'un principe général en vertu duquel le médecin pourrait invoquer la clause de conscience, chaque fois qu'il est sollicité pour accomplir un acte que sa conscience réproouve* » : J.-R. BINET, *Droit médical*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2010, n° 73, p. 42-43. Selon le Professeur Jacques Bonneau, la disposition de l'article R. 4127-47 n'est pas une clause de conscience car celle-ci « *est un motif spécifique de refus, une objection à la loi imposée pour des raisons éthiques ou religieuses* », « *elle ne peut donc pas être généralisée car « elle est source de désagrégation du corps social » selon G. Mémeteau* » et « *ne doit être logiquement réservée qu'à certains actes médicaux* » : J. BONNEAU, *La clause de conscience et le droit médical*, Gaz. pal., 19-20 juin 2002, p. 1014. Pour Gérard Mémeteau, la clause de conscience peut effectivement « *devenir un ferment de négation du bien commun, de déchirure du tissu social* ». Dès lors, elle doit être le moyen « *de défendre des valeurs et non d'en détruire d'autres non moins précieuses* » : G. MEMETEAU, *Recherche Antigone en bon état ou la clause de conscience et la bioéthique*, Éthique, La vie en question, 1993/3, n°9, p. 81.

⁶⁶⁶ Le Conseil a réaffirmé l'importance de cette clause vis-à-vis de l'« *assistance à mourir* » dans un texte adopté le 8 février 2013 et son communiqué du 14 février 2013.

⁶⁶⁷ CSP, art. L. 2123-1 dernier al. : « *Un médecin n'est jamais tenu de pratiquer cet acte à visée contraceptive mais il doit informer l'intéressée de son refus dès la première consultation* ».

⁶⁶⁸ CSP, art. L. 2151-7-1 : « *Aucun chercheur, aucun ingénieur, technicien ou auxiliaire de recherche quel qu'il soit, aucun médecin ou auxiliaire médical n'est tenu de participer à quelque titre que ce soit aux recherches sur des embryons humains ou sur des cellules souches embryonnaires* ».

⁶⁶⁹ L'article L. 2212-8 du Code de la santé publique énonce qu'aucun médecin, infirmier, sage-femme ou auxiliaire médical n'est tenu de concourir à une interruption volontaire de grossesse (IVG). Il précise aussi que les établissements de santé privés peuvent refuser que des IVG soient pratiquées dans leurs locaux, si d'autres établissements sont en mesure de répondre aux besoins locaux. Auparavant, la loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979, relative à l'interruption volontaire de grossesse, avait modifié l'ancien article L. 162-8 du Code de la santé publique, issu de la loi « *Veil* », afin de permettre au médecin chef de service de refuser que des avortements aient lieu dans son service. Cela obligeait néanmoins les conseils d'administration à désigner des unités en charge de tels actes médicaux, afin qu'ils puissent avoir lieu malgré l'exercice potentiel de clause de conscience. Ce droit au refus de pratiquer des avortements au sein d'un service entier a disparu avec la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception. Mais, comme l'a énoncé le Conseil constitutionnel, le chef de service conserve « *le droit de ne pas en pratiquer lui-même* » : Cons. const., 27 juin 2001, n° 2001-446 DC ; P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. LELIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVA et A. ROUX, *GDCC*, Dalloz, 18^{ème} éd., 2016, n° 15, p. 197. Il faut noter que, dans un contentieux antérieur à cette loi, le Conseil d'État avait rejeté la demande, du chef du service de gynécologie-obstétrique, d'annulation pour excès de pouvoir de la décision du conseil d'administration du centre hospitalier qui affecte plusieurs salles d'un établissement à la pratique des « *IVG* ». Le commissaire du gouvernement avait rappelé que la clause de conscience de ce médecin ne pouvait pas, en l'espèce, être méconnue puisque cette pratique allait avoir lieu dans un nouveau service, en dehors de celui qu'il dirigeait : CE, 8 janvier 1982, *Dr Lambert*, Rec. p. 17 ; ccl de B. GENEVOIS, RDSS 1982, p. 450.

conscience du personnel soignant susceptible de participer à ce type d'intervention⁶⁷⁰. Mais le professionnel de santé doit informer sans délai le patient qu'il fait valoir sa clause de conscience et lui communiquer immédiatement le nom de praticiens susceptibles de réaliser l'intervention⁶⁷¹. Cette situation, qui oblige parfois les patientes à se rendre dans un établissement hospitalier plus éloigné, peut créer des disparités en fonction des territoires et donc des inégalités d'accès aux soins⁶⁷². Malgré cette obligation d'information, il a pu être jugé en première instance qu'il n'existe pas de sanction pénale lorsqu'un médecin invoque la clause postérieurement à la première visite d'une patiente⁶⁷³.

141. L'objection de conscience des médecins en Europe⁶⁷⁴. Il ne s'agit pas d'une exception française car l'objection de conscience existe notamment en Allemagne, en matière d'avortement, et en Belgique pour le refus de recourir à l'euthanasie⁶⁷⁵. Elle fait également l'objet de réglementations européennes et internationales, qui s'efforcent de concilier les différentes libertés en jeu. En 2002, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a affirmé que « *le droit à l'objection de conscience est une composante fondamentale du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion reconnu dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et la Convention européenne des droits de l'homme* »⁶⁷⁶. L'Assemblée a ensuite adopté une résolution en 2010, posant comme principe le droit à l'objection de conscience pour les personnels médicaux et protégeant l'objecteur de conscience contre les

⁶⁷⁰ Cons. const., 27 juin 2001, *préc.* ; cité par : E. TERRIER, *Obligations de soins, autopsie de conflits juridiques*, Revue générale de droit médical, 2010, n° 35, p. 187.

⁶⁷¹ CSP, art. L. 2212-8.

⁶⁷² L'hôpital du Bailleul dans la Sarthe en a fourni une récente illustration. Après le départ en retraite du médecin pratiquant les IVG, les trois autres praticiens ont fait valoir leur clause de conscience si bien qu'aucune IVG n'y a été pratiquée depuis janvier 2018. Une réunion entre les professionnels du secteur et la secrétaire d'État à l'égalité entre les femmes et les hommes a dû avoir lieu le 7 septembre 2018 pour qu'une solution soit trouvée : le seul médecin n'ayant pas fait valoir sa clause travaille désormais à temps plein dans ce service et, pendant ses périodes d'absence, une continuité est assurée dans les établissements de santé environnants. Un autre poste à temps plein est par ailleurs ouvert au recrutement : *L'hôpital sarthois du Bailleul va de nouveau pratiquer les IVG*, Le Monde, 7 septembre 2018, consulté en ligne le 12 septembre 2018.

⁶⁷³ Trib. corr. Rouen, 9 juillet 1975 ; JCP 1976, II, 18258, note de J. SAVATIER ; D. 1976, 531, note G. ROUJOU DE BOUBÉE.

⁶⁷⁴ Il faut aussi signaler une recommandation de l'OIT, qui préconise l'exemption des tâches qui seraient en conflit avec les « *convictions religieuses, morales ou éthiques* » des membres du personnel infirmier : Recommandation de l'OIT n° 157 du 21 juin 1997 sur l'emploi et les conditions de travail du personnel infirmier.

⁶⁷⁵ Article 14 de la loi relative à l'euthanasie du 28 mai 2002, publié au Moniteur belge le 22 juin 2002, p. 28515.

⁶⁷⁶ Recommandation n° 1518 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 1^{er} mars 2002 sur l'exercice du droit à l'objection de conscience au service militaire dans les États membres du Conseil de l'Europe, §8.

discriminations et les pressions⁶⁷⁷. Dans cette résolution, le Parlement européen décidait de ne pas faire primer la liberté d'avorter des patientes sur la liberté de conscience des médecins⁶⁷⁸. Le Conseil français de l'Ordre des médecins indique sur son site que, avant de parvenir à ce résultat, il s'était opposé de façon véhémente à une proposition de résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, visant à forcer les professionnels de santé à justifier leur objection de conscience et à créer un registre des objecteurs de conscience⁶⁷⁹. Ce projet avait finalement été retiré⁶⁸⁰. En 2011, la CEDH⁶⁸¹ a eu l'occasion de rappeler que « *Les États sont tenus d'organiser leurs services de santé de manière à garantir que l'exercice effectif de la liberté de conscience des professionnels de la santé dans un contexte professionnel n'empêche pas les patients d'accéder à des services auxquels ils ont légalement droit* »⁶⁸².

142. Le refus d'une objection de conscience au profit des pharmaciens. En dehors de ces objections de conscience légalement encadrées, il est permis de se demander s'il existe des objections de conscience « *implicites* »⁶⁸³. Même s'il a pu être admis pendant un temps que le pharmacien n'était pas obligé de vendre des contraceptifs⁶⁸⁴, les juridictions ont ensuite considéré qu'un pharmacien ne peut refuser de vendre un produit contraceptif ou abortif au nom de ses convictions personnelles, dans la mesure où il n'existe aucun texte qui l'y autorise⁶⁸⁵. En effet, en l'état actuel des textes, le refus du pharmacien constitue une infraction aux dispositions de l'article L. 121-11 du Code de la consommation, dont le

⁶⁷⁷ Résolution n° 1763 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 7 octobre 2010, relative au droit à l'objection de conscience dans le cadre des soins médicaux légaux.

⁶⁷⁸ J.-R. BINET, *Éthique et droit vivant*, Revue générale de droit médical, mars 2011, n° 38, p. 384-385.

⁶⁷⁹ <https://www.conseil-national.medecin.fr/article/clause-de-conscience-du-medecin-1160>

⁶⁸⁰ Si la création d'un tel registre avait vu le jour, il aurait fallu se demander quelle aurait été la force probatoire de l'inscription au registre : le caractère non-discriminatoire de l'objection aurait-il été irréfragable ? Et quid des médecins invoquant la clause sans être inscrits ?

⁶⁸¹ Auparavant, en 1987, la Commission européenne des droits de l'homme a été saisie d'une requête de trois infirmières stagiaires, à qui le certificat de sage-femme n'avait pas été délivré car elles avaient refusé de placer un dispositif de contraception, considérant que cet acte allait à l'encontre de leurs convictions chrétiennes. Le certificat leur ayant finalement été remis avec une mention précisant qu'elles n'avaient pas procédé à cet acte, l'affaire a été rayée du rôle et la Commission ne s'est pas prononcée : Comm. EDH, 7 octobre 1987, n° 12375/86, *Gerdas, Lindell et Under c. Suède*.

⁶⁸² CEDH, 26 mai 2011, *R.R. c/ Pologne*, n°27617/04.

⁶⁸³ Ph. ARDANT, *art. préc.*, p. 153.

⁶⁸⁴ La cour d'appel ne pouvait pas condamner le pharmacien pour refus de vente alors que ce dernier n'avait pas le contraceptif réclamé dans son officine et qu'il n'existe pas d'obligation légale de proposer au client de commander la marchandise qu'il n'a pas en stock : Cass. crim., 16 juin 1981, JCP 1982, II, 19707, note. Y. CHAPUT ; cité par : J. BONNEAU, *La clause de conscience et le droit médical*, Gaz. pal., 19-20 juin 2002, p. 1014 ; E. FOUASSIER, *Vers une clause de conscience du pharmacien d'officine ?*, RDSS 2003, p. 43, spéc. p. 45.

⁶⁸⁵ CA Bordeaux, 14 janvier 1997 ; confirmé par : Cass. crim., 21 octobre 1998, n° 97-80.981, Bull. crim. n° 273, note dans Contrats, Concurrence, Consommation, 1999, n° 2, p.2.

premier alinéa énonce notamment qu'« *est interdit le fait de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime* »⁶⁸⁶. Il peut paraître surprenant que, dans ce cas, un impératif de conscience ne constitue pas un « *motif légitime* ». En outre, le Code de la santé publique permet à des auxiliaires médicaux, dont certains ne seront jamais confrontés à des cas d'avortement, de bénéficier de l'objection⁶⁸⁷. Le pharmacien devrait pouvoir bénéficier du même droit que le personnel soignant, dans la mesure où, par sa déontologie et ses obligations, il participe de la relation médicale⁶⁸⁸. Mais, en 2016, face au tollé provoqué par le projet de l'Ordre des pharmaciens d'introduire une clause de conscience dans leur code de déontologie, celui-ci a finalement été abandonné⁶⁸⁹. La prohibition du refus de vente semble être envisagée « *comme une contrepartie du monopole* » du pharmacien, alors que d'autres professionnels de santé bénéficient d'un tel monopole d'exercice⁶⁹⁰. La CEDH refuse elle aussi de reconnaître une objection en faveur des pharmaciens⁶⁹¹.

143. L'admission ponctuelle d'objections de conscience en jurisprudence. Les juridictions veillent à ne reconnaître des objections de conscience autres que celles déjà prévues par le législateur qu'avec parcimonie. Ainsi, en 1980, la cour d'appel de Paris a jugé sans cause réelle et sérieuse le licenciement du salarié d'un hôtel, qui avait refusé de porter les bagages d'officiers argentins en invoquant l'atteinte aux droits de l'Homme constituée

⁶⁸⁶ L'article R. 132-1 du Code de la consommation dispose que ce refus est puni de la peine d'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe, c'est-à-dire d'une amende de 1.500 euros au plus pour un pharmacien (C. pén. art. 131-13) ou de 7.500 euros au plus pour une société (C. pén. art. 131-38).

⁶⁸⁷ En Belgique, à l'inverse, le Code de déontologie pharmaceutique prévoit une objection de conscience au profit des pharmaciens, celle-ci ne pouvant cependant pas être actionnée lorsque l'accès aux soins du patient est menacé. L'article 32 du Code dispose : « *Sans préjudice aux droits du patient, à la continuité des soins et à l'exécution de la prescription, le pharmacien a le droit de refuser la délivrance en raison de ses objections de conscience. Dans ce cas, il doit renvoyer le patient auprès d'une pharmacie où le produit en question peut bien être délivré. Si ce n'est pas le cas, le pharmacien doit exécuter la prescription. Durant le service de garde, la clause de conscience doit toujours s'effacer devant le droit du patient à la continuité des soins* ».

⁶⁸⁸ G. MEMETEAU, *Avortement et clause de conscience du pharmacien*, JCP G 1990, I, 3443.

⁶⁸⁹ Communiqué de presse de l'Ordre des pharmaciens, *Clause de conscience/ suspension de la consultation des pharmaciens*, 21 juillet 2016.

⁶⁹⁰ « *Pour faire simple : le pharmacien bénéficie d'une activité protégée ; il est le seul à pouvoir dispenser les médicaments ; il ne peut donc s'abstenir de fournir les médicaments demandés.* » : E. FOUASSIER, *art. préc.*, spéc. p. 49 et p. 50.

⁶⁹¹ Dès lors que la vente du produit en cause (pilule contraceptive) « *est légale, intervient sur prescription médicale uniquement et obligatoirement dans les pharmacies, les requérants ne sauraient faire prévaloir et imposer à autrui leurs convictions religieuses pour justifier le refus de vente de ce produit, la manifestation desdites convictions pouvant s'exercer de multiples manières hors de la sphère professionnelle* » : CEDH, 2 octobre 2001, n° 49853/99, *Pichon et Sajous c/ France*, cf. *supra* note n° 199.

par les tortures pratiquées par le régime argentin⁶⁹². En 1992, la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel ayant retenu la faute lourde du directeur général qui avait refusé d'obéir à certains ordres des administrateurs, à savoir l'ordre illégal de ne pas donner suite à une mesure d'expertise dans le cadre du droit d'alerte de l'ancien comité d'entreprise et l'ordre de licencier un salarié⁶⁹³. Or, comme l'avaient écrit les Professeurs Jean Savatier et Jean Riveiro un an plus tôt, « *un ordre qui ne respecterait pas la loi – par exemple un ordre contraire à la liberté de conscience du travailleur –, a fortiori l'ordre de commettre une illégalité n'obligent pas celui qui les reçoit* »⁶⁹⁴. Plus tard, en 2000, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi de l'Institut national de recherche et de sécurité (appelé « INRS ») formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Nancy, qui avait jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement d'un chercheur⁶⁹⁵. Celui-ci avait été licencié pour faute grave pour avoir refusé de participer à une réunion, à laquelle l'avait convoqué son supérieur hiérarchique, avec l'INSERM⁶⁹⁶, qui entendait mettre en cause son étude sur les dangers de l'éther de glycol⁶⁹⁷. Cet arrêt, pourtant inédit, a pu être considéré comme le premier protégeant les lanceurs d'alerte⁶⁹⁸, alors que les faits ne révèlent pas la volonté du chercheur d'alerter sur

⁶⁹² Les magistrats ont jugé en ce sens en prenant en considération le comportement du salarié et le fait que le refus était inspiré par des sentiments respectables et qu'il avait été opposé discrètement, de sorte que le trouble dans la bonne marche du service n'avait été que léger et qu'il n'y avait pas eu d'atteinte à la réputation de l'hôtel : CA Paris, 7 mars 1980, Juris-Data n° 1980-093240, S.A. *Société Nouvelle du Grand Hôtel c/ Albraini*.

⁶⁹³ Cass. soc., 12 mars 1991, n° 89-41.941, Bull. civ. V, n° 129 ; cf. *infra* note n° 2366. Concernant le refus d'entraver l'expertise, Monsieur Maurice Cohen a écrit que « *le refus d'exécuter un ordre illégal est licite car l'autorité du chef d'entreprise ne peut s'exercer à l'encontre de la légalité. A fortiori en est-il ainsi quand l'exécution consciente de l'ordre reçu rend l'exécutant auteur d'un délit. (...) Sans employer le mot « illégal », il (l'arrêt) évoque implicitement mais clairement l'illégalité demandée puisqu'il dit que l'intéressé « n'avait pas le pouvoir » d'obéir* ». Concernant le refus de licencier le salarié, il est intéressant de constater que l'arrêt d'appel, qui a été cassé, affirmait que « *cette faute était de nature à mettre en péril la politique économique et sociale de la société telle qu'elle la concevait, peu important la conception que pouvait en avoir, même en toute bonne foi et conscience, le salarié* » : M. COHEN, *Le refus d'obéir à un ordre illégal est licite*, Dr. ouvr. 1992, p. 38 : Sur l'objection de conscience permettant de ne pas moucharder auprès de l'employeur : Cass. soc. 16 avril 1969, cf. *infra* n° 146 et note n° 720.

⁶⁹⁴ J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF, 12^e éd., 1991, p. 172.

⁶⁹⁵ Ce chercheur, André Cicoella, a milité pour la reconnaissance du statut de lanceur d'alerte (notamment en tant que dirigeant de la Fondation Sciences citoyennes : cf. *infra* n° 356) et est président de l'association Réseau Environnement Santé, qui est notamment à l'origine de l'interdiction du bisphénol A dans les biberons.

⁶⁹⁶ Institut national de la santé et de la recherche médicale.

⁶⁹⁷ Selon le chercheur, une telle rencontre était de nature à compromettre l'organisation d'un symposium qui devait avoir lieu peu de temps après et dont il devait assurer la présidence : Cass. soc., 11 octobre 2000, n° 98-45.276, inédit ; F.-G. TRÉBULLE, *Alertes et expertise en matière de santé et d'environnement, les enjeux de la loi du 16 avril 2013*, Environnement 2013, étude 21 ; cités par : M. DELPINCE, *Le lanceur d'alerte en droit de l'environnement*, in *Lanceurs d'alerte : innovation juridique ou symptôme social*, dir. M.-C. SORDINO, Presses de la Faculté de Droit et de Sciences politiques de Montpellier, 2016, p.77-78 ; et par : O. LECLERC, *Protéger les lanceurs d'alerte, La démocratie technique à l'épreuve de la loi*, LGDJ, 2017, p. 7 et s.

⁶⁹⁸ M.-C. BLANDIN, *Risques chimiques au quotidien : éthers de glycol et polluants de l'air intérieur. Quelle expertise pour notre santé ? Compte-rendu des auditions (tome 2)*, Rapport n° 176 fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 23 janvier 2008, p. 311.

l'existence d'un risque, du moins à ce stade⁶⁹⁹. En 2005, la Cour de cassation a également rejeté un pourvoi formé contre un arrêt d'appel ayant jugé sans cause réelle et sérieuse le licenciement fondé sur le refus du salarié de se prêter à une pratique illicite de minoration des compteurs⁷⁰⁰. En 2015, le conseil de prud'hommes d'Avignon a reconnu la validité du licenciement d'un salarié, employé au sein de la société Veolia depuis vingt ans, qui avait refusé pendant plusieurs années de couper l'eau aux familles qu'il jugeait défavorisées⁷⁰¹. Dans ce dernier cas, l'ordre donné, bien que manquant d'humanité, n'était pas illicite.

144. Le débat sur l'opportunité d'une généralisation. Cette approche restrictive de l'objection de conscience répondrait au respect du principe d'égalité des citoyens devant la loi⁷⁰² et au problème de versatilité potentielle de la conscience individuelle. En outre, il peut s'avérer compliqué pour le juge de vérifier que l'objection n'est pas invoquée par pur opportunisme et il n'est pas non plus souhaitable qu'il se transforme en « *juge de la foi* »⁷⁰³. Aussi, la CEDH a toujours refusé de consacrer un droit général à l'objection de conscience sur le fondement de l'article 9 de la Convention, car l'objection met en cause la légitimité de la loi et la cohésion sociale⁷⁰⁴. Quant à la Cour de cassation, elle rejette l'assimilation de l'objection de conscience à un fait justificatif⁷⁰⁵. En sens contraire, le Professeur Jean Savatier considérerait que l'objection de conscience serait une manifestation d'une idée plus générale qu'est l'« *exécution consciencieuse* »⁷⁰⁶ de la prestation de travail, qui s'impose au salarié tout en lui permettant de résister aux instructions qui lui poseraient un problème de

⁶⁹⁹ La décision concerne davantage l'indépendance qui doit être reconnue aux chercheurs et leur permettre de s'opposer à l'exécution de certaines tâches.

⁷⁰⁰ Cass. soc., 8 février 2005, n° 02-45.291, inédit.

⁷⁰¹ La presse l'a surnommé « *le Robin des Bois de l'eau* » : L. SOULIER, *L'homme qui refusait de couper l'eau aux plus démunis*, Le Monde, 6 mars 2014.

⁷⁰² Dans sa thèse, Sonia Ben Hadj Yahia évoque un autre principe constitutionnel : « *Son invocation doit demeurer ponctuelle et rester soumise à certains cas exceptionnels, afin de ne pas heurter le principe de laïcité* » : S. BEN HADJ YAHIA, *La fidélité et le droit*, thèse, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, 2013, n° 556, p. 484.

⁷⁰³ W. JEAN-BAPTISTE, *La reconnaissance du droit à l'objection de conscience par la Cour européenne des droits de l'homme*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 91/2012, p. 680.

⁷⁰⁴ G. PUPPINCK, *L'objection de conscience des maires et la CEDH*, Revue Lamy Collectivités territoriales, 2013, p. 95.

⁷⁰⁵ En matière de fraude fiscale, sur le refus d'acquiescer ses impôts pour des raisons idéologiques : Cass. crim. 19 mai 1983, n° 82-93.433, Bull. n° 150 ; Gaz. Pal. 1984, 1, somm. 4.

⁷⁰⁶ Le Professeur Jean Savatier cite ici une formule des Professeurs Guillaume-Henri Camerlynck et Paul Durand : G. H. CAMERLYNCK, *Contrat de travail, Tome I, Traité de droit du travail*, dir. G. H. CAMERLYNCK, Dalloz, 1968, p. 200, n° 113 (la section concernée s'intitule « *Exécution consciencieuse* ») ; P. DURAND, *Traité de droit du travail*, tome II, Dalloz, 1950, n°317 bis, p. 584, cf. *infra* n° 205, notes n° 1137 et 1138.

conscience⁷⁰⁷. De son côté, en 2013, l'Institut européen de bioéthique a formulé des conditions à l'admissibilité d'une objection de conscience dans le domaine de la santé mais qui sont d'une généralité telle qu'elles pourraient concerner d'autres domaines professionnels. Parmi ces conditions se trouvent la consistance de simple abstention de réaliser un acte, le sérieux des motifs de conscience invoqués et l'existence d'un aménagement raisonnable, spécialement dans les relations de travail⁷⁰⁸. Nul doute que la question du travailleur qui objecte au nom de sa conscience continuera de se poser. Avec le développement fulgurant de l'intelligence artificielle, des informaticiens et salariés d'entreprises technologiques ont déjà manifesté leur opposition à certaines utilisations des techniques développées⁷⁰⁹ et pourraient bientôt s'interdire de réaliser certaines programmations⁷¹⁰.

II : L'engagement de conscience, entrave pérenne

145. Les différentes sphères de l'engagement. Certains salariés peuvent souhaiter s'engager davantage dans une cause chère à leur conscience. Mais cet engagement nécessite parfois plus de temps que celui que l'individu peut lui consacrer dans sa vie personnelle, de

⁷⁰⁷ Cela peut concerner aussi bien des professions où l'indépendance est grande vis-à-vis de l'employeur (médecin du travail, assistante sociale, etc.) que des emplois où le degré de subordination hiérarchique est plus élevé : J. SAVATIER, Dr. soc. 1969, p. 510, comm. sous Cass. soc., 5 mars 1969.

⁷⁰⁸ *Clause de conscience au profit des professionnels de santé*, Institut de bioéthique européen, 2013.

⁷⁰⁹ Ainsi, le 19 juin 2018, une centaine de salariés de Microsoft aux États-Unis ont signé une lettre ouverte contre la fourniture de services « cloud » à la police américaine des frontières, demandant à leur employeur d'« adopter une position éthique et placer les familles et les enfants au-dessus du profit », en pleine polémique sur la séparation par la police des parents et enfants à la frontière mexicaine. Le PDG a cependant répondu que si la politique du gouvernement est abjecte, les outils fournis par Microsoft ne participent pas au projet de séparation des familles. En avril 2018, plus de 4.000 salariés de Google s'étaient indignés de la fourniture d'outils d'intelligence artificielle au Pentagone, craignant que les images récoltées par les drones permettent de mieux cibler les tirs en zone de guerre. Ce mouvement a abouti à l'annonce de Google de ne pas renouveler le contrat avec le ministère de la Défense : A. MOUTOT, *L'activisme des salariés, nouveaux défis pour les entreprises technologiques*, Les Echos, 21 juin 2018.

⁷¹⁰ Cette réflexion découle des propos tenus par Serge Abiteboul, informaticien et directeur de recherche à l'Inria et à l'ENS Paris, lors du séminaire « *Intelligences artificielles et robots : des choses et/ou des personnes ?* », qui s'est tenu le 14 mai 2018 à l'Université Paris II, dans le cadre des séminaires du Laboratoire de sociologie juridique « *Flexibles notions - La personne* ». Celui-ci a en effet rappelé que ce sont des humains dont il faut se méfier et de l'utilisation qu'ils décident de faire des technologies, et non pas des machines. Cela rejoint l'idée que la responsabilité doit prendre en compte le fait que l'homme « *est devenu dangereux pour lui-même* » et que « *la responsabilité, à l'âge technologique, s'étend aussi loin que le font nos pouvoirs dans l'espace et dans le temps, et dans les profondeurs de la vie* » : P. RICOEUR, *Lectures I, Autour du politique*, Éditions du Seuil, 1991, p. 284 ; cité par : J. RUSS, *La pensée éthique contemporaine*, Que sais-je, PUF, 2^{ème} éd., 1995, p. 32. « *Comme d'habitude, une nouvelle technologie n'est pas bonne ou mauvaise en soi : c'est l'usage qui en est fait qui est déterminant. Or il est souvent imprévisible.* » : J.-E. RAY, *Intelligence artificielle et droit du travail : une nouvelle Odyssée de l'Espèce ?*, SSL 2018, n° 1806, p. 4.

sorte qu'il va empiéter sur le temps de travail⁷¹¹. Si certains engagements de conscience s'exercent nécessairement en dehors de l'entreprise, forçant celui qui s'en prévaut à suspendre son contrat de travail (A), d'autres sont au contraire étroitement liés à l'activité professionnelle et au lieu de travail (B).

A. L'engagement de conscience en dehors du travail

146. La conscience politique. Il apparaît que le contrat de travail et le statut, pourtant caractérisés par l'état de subordination dans lequel le salarié ou l'agent public accepte de se placer vis-à-vis de son employeur, ne sont pas incompatibles avec l'exercice par le salarié ou l'agent de ses libertés fondamentales⁷¹². Il devient même possible d'y exercer sa « *citoyenneté* », les libertés publiques devant « *entrer dans l'entreprise dans les limites compatibles avec les contraintes de la production* »⁷¹³. Or, les engagements politiques et associatifs constituent sans doute l'aboutissement de la citoyenneté en révélant le rôle actif que l'individu veut jouer dans la société. À ce titre, la liberté d'expression des opinions politiques sur le lieu de travail ne peut ni être entravée par une quelconque clause du règlement intérieur de l'entreprise⁷¹⁴, ni justifier une sanction disciplinaire ou la rupture du contrat⁷¹⁵, bien qu'il n'en ait pas toujours été ainsi⁷¹⁶. Tout salarié peut, par exemple, décider d'apporter son soutien au candidat politique de son choix ou de le lui retirer, sans que cela ne soit pris en considération par son

⁷¹¹ Il faut aussi signaler le cas inverse que représente celui de l'engagement de conscience se manifestant par un don de son temps de repos à un collègue qui en a particulièrement besoin parce que son enfant est gravement malade : C. trav. art. L. 1225-65-1 et L. 3142-25-1, décret n° 2015-580 du 28 mai 2015 permettant à un agent public civil le don de jours de repos à un autre agent public parent d'un enfant gravement malade et Code de la défense art. R. 4138-33-1. Ce dispositif est d'ailleurs né d'un mouvement de solidarité des salariés au sein de l'entreprise Badoit : C. RADÉ, *Le cœur à l'ouvrage*, Dr. soc. 2014, p. 489.

⁷¹² J. SAVATIER, *La liberté dans le travail*, Dr. soc. 1990, p. 49.

⁷¹³ J. AUROUX, *Les droits des travailleurs*, Rapport remis au président de la République et au Premier ministre, Septembre 1981, La Documentation française, p. 7.

⁷¹⁴ L'article 30, deuxième alinéa du règlement intérieur prévoyait : « *sont notamment interdits, sans que la liste ci-après en soit limitative : les actes de nature à troubler l'ordre : (...) Les discussions politiques ou religieuses et d'une manière générale toutes conversations étrangères au service (...)* » : CE, 25 janvier 1989, n° 64296, *Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/ Société Industrielle Teinture et Apprêts (SITA)* ; Dr. soc., 1990, p. 201, concl. J. de CLAUSADE.

⁷¹⁵ Le licenciement d'un couple de salariés a été jugé abusif car le vrai motif était le « *désaccord existant entre les salariés et le directeur régional de l'union hospitalière d'assistance à l'enfance sur des questions d'opinions et de politique générale sortant du cadre de l'activité professionnelle de l'entreprise* » : Cass. soc., 14 octobre 1970, n° 69-40.355, Bull. civ. n° 517 ; D. 1971, Jurisprudence, p. 53-54. Il avait déjà été jugé que l'employeur qui rompt le contrat d'un salarié en raison d'une mésentente idéologique sans incidence sur la marche du service et l'activité de l'entreprise, agit avec légèreté blâmable : Cass. soc., 10 déc. 1959, *Société Anonyme Dognin c/ Chirat*, Bull. civ. IV, n° 1242, Dr. ouvr. 1960, p. 390.

⁷¹⁶ Cass. soc., 5 janvier 1945, obs. J. CARBONNIER, *Le Statut des Employés supérieurs*, Dr. soc. 1946, p. 36 ; cf. *infra* note n° 596.

employeur⁷¹⁷. Il en va ainsi de l'employé communal qui soutient le concurrent du maire sortant⁷¹⁸ ou de la secrétaire parlementaire qui se retire de la liste de candidats en préparation par le député qui est son employeur⁷¹⁹. En réalité, l'employeur ne doit même pas chercher, par quelque moyen que ce soit, à obtenir des renseignements sur les opinions politiques de son personnel. En lien avec le thème précédent, la Cour de cassation a même créé une objection de conscience permettant à tout salarié de refuser de se livrer à un tel « *mouchardage* » auprès de l'employeur et donc de désobéir aux ordres, étant donné que ces renseignements sont sans rapport avec l'exécution du travail⁷²⁰. Cependant, il semblerait que les travailleurs ne soient pas, pour la plupart, enclins à user de leur liberté d'expression, par peur de se voir attribuer une étiquette ou de créer des entraves au bon déroulement de leur carrière⁷²¹. Si l'expression des opinions est licite au sein de l'entreprise, qui doit demeurer neutre d'un point de vue politique⁷²², y mener des actions de propagande ou y tenir des réunions politiques n'est en revanche pas autorisé⁷²³. Ainsi, peut être interdite par le juge des référés une réunion tenue par la cellule d'un parti politique dans les locaux du comité social et économique, ce dernier ne

⁷¹⁷ Sur le fondement de la liberté d'expression, les fonctionnaires ont, en principe, également le droit d'être inscrits à un parti politique, de militer activement dans un groupement d'opposition, de parler et d'écrire librement, de se présenter aux élections. Ainsi, doit être annulée la décision refusant d'inscrire un candidat sur la liste d'aptitude à un emploi d'ouvrier professionnel de l'administration centrale de l'air aux motifs que l'intéressé participe régulièrement à la vente d'un hebdomadaire dont l'introduction dans les établissements militaires est interdite : CE, 3 janvier 1962, *Ministre des armées c. Hocdé*, Rec. p. 3 ; Dr. ouvr. 1962, 43. Il existe toutefois des exceptions à ce principe, lorsque le fonctionnaire occupe un emploi supérieur à la discrétion du gouvernement, car ce dernier est alors tenu d'un véritable loyalisme à l'égard du gouvernement, ou lorsqu'il occupe de hautes fonctions qui rendent son devoir de réserve plus strict : CE Ass., 13 mars 1953, *Sieur Teissier*, Rec. p. 133 ; GAJA, Dalloz, 16^{ème} éd., 2007, n° 71.

⁷¹⁸ Le salarié était moniteur de sport d'une association intercommunale : CA Grenoble, 22 juin 1992, RJS 1993, p. 718.

⁷¹⁹ Le licenciement pour perte de confiance est déclaré sans cause réelle et sérieuse car si le secrétaire parlementaire peut être tenu de s'abstenir de toute position personnelle pouvant gêner l'engagement politique de son employeur, aucune autre restriction ne peut être apportée à sa liberté d'opinion/ Cass. soc., 28 avril 2006, n° 03-44.527, Bull. civ. V, n° 151.

⁷²⁰ Ne commet aucune faute le chef de service qui refuse de fournir à l'employeur des renseignements sur l'appartenance à des partis politiques extrêmes et sur les sentiments nationaux du personnel placé sous ses ordres, en vue de les fournir aux autorités publiques. Les juges du droit expliquent d'ailleurs que, par ce refus, le salarié a agi « *conformément à ce que lui dictait sa conscience* », en citant l'arrêt d'appel/ Cass. soc., 16 avril 1969, *Société S.F.C. c/ C.*, Bull n° 229 ; Dr. ouvr. 1969, p. 422 ; cité par J.C. JAVILLIER, *L'obligation de loyauté des cadres*, Dr. ouvr. 1977, p. 137 ; J. SAVATIER, Dr. soc. 1969, p. 510.

⁷²¹ Un sondage IFOP-Cadremploi, publié le 14 mars 2014, révèle que 53 % des cadres ne livrent pas facilement leurs opinions à leurs collègues (40 % des cadres interrogés répondent « *plutôt non* » lorsqu'on leur demande s'ils parlent facilement de politique avec leurs collègues, et 13 % « *non, pas du tout* »).

⁷²² Lors du Conseil des ministres du 5 janvier 1977, le Président de la République, Valéry Giscard d'Estaing, a déclaré que la « *tentative de politisation des entreprises (...) est contraire à la nature de l'entreprise, qui doit rester un lieu de travail conservant son caractère de neutralité politique, où les préoccupations des travailleurs s'expriment par la voix des organisations syndicales et par les institutions représentatives du personnel* » (extrait du site Vie publique de la Direction de l'information légale et administrative : <http://discours.vie-publique.fr/notices/776000301.html>).

⁷²³ J. SAVATIER, *Les activités politiques dans l'entreprise*, Dr. soc. 1977, p. 231.

pouvant donner d'orientation politique aux œuvres sociales qu'il gère⁷²⁴. Quant aux syndicats, ils ne peuvent inviter des « *personnalités extérieures autres que syndicales* » à participer à une réunion de leur section syndicale qu'avec l'accord de l'employeur⁷²⁵.

147. L'engagement politique. Si un salarié assume pleinement ses convictions et souhaite prendre un engagement politique durable⁷²⁶, l'employeur doit excuser les absences en lien avec cet engagement. Ainsi, le salarié candidat peut d'abord s'absenter entre dix et vingt jours, selon les postes visés, pour participer à la campagne électorale⁷²⁷. La prise de ce congé – non rémunéré⁷²⁸ mais considéré comme du temps de travail effectif – est relativement souple puisque le candidat en use à sa convenance⁷²⁹. L'employeur peut en revanche s'assurer de la sincérité de la conscience politique du salarié en lui demandant de présenter le récépissé de dépôt de déclaration délivré par le préfet⁷³⁰. Ensuite, en cas d'élection, le contrat de travail de l'élu européen, national ou local est suspendu, à sa demande, jusqu'à l'expiration de son mandat. Il faut qu'il ait au préalable manifesté son engagement pour l'entreprise qui l'emploie, en étant en mesure de justifier d'une ancienneté minimale d'une année au sein de celle-ci⁷³¹. Ce lien avec l'entreprise ne doit pas être suspendu plus de cinq ans si bien qu'en cas de volonté de renouveler son mandat politique, le salarié doit parfois faire un choix entre son emploi et son mandat⁷³². À l'expiration du mandat, l'employeur doit proposer à l'intéressé son emploi précédent, ou un emploi analogue assorti d'une rémunération équivalente⁷³³, de sorte

⁷²⁴ Le thème de la réunion qui a été annulée était « *Les travailleurs de la SECAN et la crise : les solutions du parti communiste à celle-ci* » : CA Paris, 14 décembre 1976, *Comité d'entreprise SECAN c/ SA SECAN*, Juris-Data n° 1976-615068 ; J. SAVATIER, *art. préc.*, p. 231.

⁷²⁵ C. trav. art. L. 2142-10 al. 3 Si la formule est suffisamment large que pour comprendre à la fois des élus locaux et des personnalités connues sur le plan national, il y a fort à parier que l'employeur sera plus enclin à autoriser la venue d'un adjoint au maire venant présenter la situation économique du bassin d'emploi que celle du candidat à la présidence de la République, qui risque de transformer la réunion en véritable « *meeting* » politique : N. DECOOPMAN, *Syndicats et politiques dans l'entreprise*, in *L'actualité de la Charte d'Amiens*, PUF, 1987, p. 159.

⁷²⁶ Ce salarié aura intérêt à être, au préalable, conscient des sacrifices que cet engagement peut entraîner, pas forcément en termes de revenus mais surtout en termes de temps de repos. En effet, même si un aménagement du temps de travail est accordé, la charge de travail n'est pas forcément diminuée d'autant : *Quand les salariés s'engagent*, Liaisons sociales magazine, juin 2017, n° 183, p. 22.

⁷²⁷ C. trav. art. L. 3142-79 du Code du travail.

⁷²⁸ Sauf à ce que le salarié demande que ces absences ne soient imputées sur ses congés payés, en vertu de l'article L. 3142-81 du Code du travail.

⁷²⁹ L'article L. 3142-80 du Code du travail pose quand même des réserves car chaque absence doit être au moins égale à une demi-journée et l'employeur doit être averti au moins vingt-quatre heures à l'avance

⁷³⁰ Rapport Bohl, commission des affaires sociales du Sénat, p. 11, débats qui ont précédé le vote de la loi du 2 janvier 1978 ; Liaisons sociales quotidien 2015, dossier n° 132, édition du 24 juillet 2015.

⁷³¹ C. trav. art. L. 3142-83 et L. 3142-88 par renvoi à CGCT art. L. 2123-9, L. 3123-7 et L. 4135-7.

⁷³² C. trav. art. L. 3142-85.

⁷³³ C. trav. art. L. 3142-84.

qu'aucune mise au placard n'est envisageable. En revanche, si le salarié s'est absenté plus de cinq ans, il ne peut plus prétendre récupérer son poste mais bénéficie alors d'une priorité de réembauche pendant un an⁷³⁴. Quant aux salariés membres d'un conseil local, l'employeur doit leur laisser le temps nécessaire pour administrer leur collectivité, sous forme d'autorisations d'absence⁷³⁵ ou de crédit d'heures⁷³⁶. Ces temps d'absence ne sont payés par l'employeur, qu'il convient d'ailleurs de prévenir afin de ne pas perturber le fonctionnement de l'entreprise⁷³⁷. Dans une démarche d'incitation des citoyens français à briguer des mandats politiques locaux, une loi du 31 mars 2015 a étendu le bénéfice du statut de salarié protégé aux élus qui conservent leur activité professionnelle⁷³⁸. Enfin, certaines grandes entreprises vont au-delà des obligations légales et prennent des mesures pour faciliter la conciliation du mandat politique de leurs salariés élus avec le maintien de leur activité professionnelle⁷³⁹.

148. L'engagement associatif ou militant. Les salariés qui optent pour un engagement autre que politique⁷⁴⁰ bénéficient aussi de certaines facilités leur permettant de concilier cet engagement avec leur activité professionnelle. Par exemple, les salariés qui représentent une association au sein d'une instance établie auprès d'une autorité nationale ou territoriale⁷⁴¹ peuvent s'absenter dans le cadre du congé de représentation, qui est assimilé à du temps de travail effectif⁷⁴². Des compensations financières de la part de l'État ou de la collectivité territoriale sont mêmes prévues en cas de perte de rémunération⁷⁴³. Cependant, contrairement au domaine politique, l'employeur peut refuser que le salarié s'absente s'il estime, après avis des représentants du personnel, que cela aurait des conséquences préjudiciables à la

⁷³⁴ C. trav. art. L. 3142-85 dernier al.

⁷³⁵ CGCT art. L. 2123-1, L. 3123-1 et L. 4135-1.

⁷³⁶ CGCT art. L. 2123-2, L. 3123-2 et L. 4135-2.

⁷³⁷ Par ex. : CGCT art. R. 2123-1 et R. 2123-3.

⁷³⁸ La loi n°2015-366 du 31 mars 2015, visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat, a modifié en ce sens : CGCT art. L. 2123-9, L. 3123-7 et L. 4135-7.

⁷³⁹ En juillet 2016, Saint-Gobain a adopté une charte pour l'engagement citoyen des collaborateurs relative à tous les mandats politiques, qui prévoit que tout salarié peut obtenir la suspension de son contrat de travail pendant trois mois au maximum pour mener une campagne électorale. Aéroport de Paris offre cinq jours de congés payés pour les candidats en période de campagne électorale. Chez Michelin, pour les salariés dont le contrat de travail est suspendu et dont le mandat politique à temps plein implique un certain niveau de responsabilité, un droit de retour est garanti. Chez Bouygues, la prise de congés sur le compte épargne-temps est facilitée : N. LAGRANGE et L. TANNEAU, *Les entreprises à l'avant-garde*, Liaisons sociales magazine, juin 2017, n° 183, p. 24.

⁷⁴⁰ La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, dite loi « Travail » a d'ailleurs rassemblé les congés autres que les congés payés et les congés en lien avec la vie personnelle et familiale, dans une section intitulée « *Congés pour engagement associatif, politique ou militant* ».

⁷⁴¹ C. trav. art. L. 3142-60.

⁷⁴² C. trav. art. L. 3142-62.

⁷⁴³ C. trav. art. L. 3142-61.

production et à la bonne marche de l'entreprise⁷⁴⁴. Parmi ces congés, il existe aussi, entre autres⁷⁴⁵, le congé de solidarité internationale⁷⁴⁶ et le congé pour catastrophe naturelle⁷⁴⁷, pour les salariés dont la conscience les envoie aider leurs semblables hors de France ou plus près de chez eux. Mais l'employeur peut également être amené à refuser de telles demandes⁷⁴⁸. Une procédure de demande accélérée est mise en place pour répondre aux situations de crise où le salarié doit partir dans l'urgence⁷⁴⁹. L'employeur peut vérifier l'authenticité de l'engagement de conscience en contactant l'association concernée, dont il aura eu connaissance du nom au moment de la demande écrite de congé du salarié⁷⁵⁰, ou en consultant les arrêtés précisant la liste des instances⁷⁵¹ ou déclarant l'état de catastrophe naturelle⁷⁵².

B. L'engagement de conscience en lien avec le travail

149. La conscience syndicale. Si les syndicats ont acquis du pouvoir à la fin du 19^{ème} siècle⁷⁵³ et que la liberté syndicale a été consacrée par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946⁷⁵⁴, il a fallu attendre la loi du 27 décembre 1968⁷⁵⁵ pour que la présence des syndicats dans l'entreprise soit véritablement reconnue. L'action syndicale est née de l'idée que les travailleurs doivent se rassembler pour être en mesure de faire entendre leurs revendications et de négocier avec le pouvoir patronal, auquel ils sont liés par un lien de

⁷⁴⁴ C. trav. art. L. 3142-63.

⁷⁴⁵ L'engagement associatif ou citoyen du salarié est aussi pris en compte à travers d'autres dispositifs prévus par la section 2 du chapitre 2 du titre IV sur les congés : le congé mutualiste de formation, le congé pour acquisition de la nationalité, le service national, le service dans la réserve opérationnelle, le service dans la réserve de sécurité civile, la participation aux opérations de secours et le service dans la réserve sanitaire.

⁷⁴⁶ C. trav. art. L. 3142-67 et s.

⁷⁴⁷ C. trav. art. L. 3142-48 et s.

⁷⁴⁸ C. trav. art. L. 3142-69 et L. 3142-51.

⁷⁴⁹ Par exemple, pour le congé de solidarité internationale, l'article D. 3142-54 du Code du travail prévoit que l'employeur notifie son éventuel refus dans un délai de 24 heures, au lieu de quinze jours. Toutefois, dans ce cas, l'article L. 3142-70 du même code, l'employeur ne doit pas motiver son refus et son défaut de réponse ne vaut pas accord.

⁷⁵⁰ Pour le congé de représentation : C. trav. art. R. 3142-52. Pour le congé de solidarité internationale : C. trav. D. 3142-56.

⁷⁵¹ Pour le congé de représentation : C. trav. art. R. 3142-51.

⁷⁵² L'alinéa 4 de l'article L. 125-1 du Code des assurances prévoit notamment que « *l'état de catastrophe naturelle est constaté par arrêté interministériel* ».

⁷⁵³ La loi relative à la création des syndicats professionnels, dite loi « *Waldeck-Rousseau* », du 21 mars 1884 a abrogé la loi « *Le Chapelier* » du 14 juin 1791, qui proscrivait « *toutes espèces de corporations des citoyens du même état ou profession* » (y compris celles d'entrepreneurs, de « *ceux qui ont boutique ouverte* », d'ouvriers et de « *compagnons d'un art quelconque* »), et a reconnu aux travailleurs le droit de se regrouper au sein d'une organisation syndicale.

⁷⁵⁴ L'article § dispose que : « *Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* ».

⁷⁵⁵ Loi n° 68-1179 du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise.

subordination⁷⁵⁶. L'activité syndicale est donc inhérente au monde de l'entreprise⁷⁵⁷ et doit se distinguer de l'action politique⁷⁵⁸. L'objet d'un syndicat⁷⁵⁹ ne peut d'ailleurs pas être celui d'un parti politique⁷⁶⁰. Cela n'empêche pas lesdites organisations de connaître des interactions avec le pouvoir politique⁷⁶¹, notamment à l'occasion des concertations préalables aux projets de réforme envisagées par le Gouvernement, encadrées par l'article L.1 du Code du travail. À ce sujet, le Professeur Gérard Lyon-Caen rappelle que « *s'il y a souvent politisation, il n'y a*

⁷⁵⁶ Le Professeur Jean-Michel Verdier explique que la représentativité syndicale est notamment appréciée à travers la notion d'authenticité syndicale, c'est-à-dire la garantie que le syndicat défende « *authentiquement les intérêts des travailleurs* ». Selon lui, cette authenticité se vérifie non seulement par « *l'indépendance du syndicat à l'égard du pouvoir patronal* », pour éviter le risque de « *syndicat-maison* », mais aussi par « *l'affiliation du syndicat à une organisation reconnue représentative au plan national* ». Si « *la première constitue une condition sine qua non de l'authenticité du syndicat ; la seconde apparaît plutôt comme la consécration de celle-ci.* » : J.-M. VERDIER, *Réalité, authenticité et légitimité*, in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 571.

⁷⁵⁷ Comme le constatent les Professeurs Jean-Michel Verdier et Jean Savatier, l'affiliation syndicale tend à être soustraite au domaine de la vie privée et à devenir un élément du statut du travailleur dans l'entreprise, en raison de l'officialisation de la section syndicale ; JCP 1970, II, 16208, obs. de J.-M. VERDIER ; D. 1969, Jurisprudence, p. 529, note de J. SAVATIER.

⁷⁵⁸ C'est ce que prévoit la circulaire DRT n° 1984/13 du 30 novembre 1984 mais c'est aussi déjà ce qu'affirmait la Charte d'Amiens, adoptée en 1906 par le 9^{ème} congrès de la CGT.

⁷⁵⁹ L'article L. 2131-1 du Code du travail dispose que « *les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts* ».

⁷⁶⁰ Dans cet arrêt, la Cour de cassation a donné raison à la cour d'appel d'avoir interdit au Front national de la police de se prévaloir de la qualité de syndicat, étant donné qu'il n'est « *que l'instrument d'un parti politique qui est à l'origine de sa création et dont il sert exclusivement les intérêts et les objectifs en prônant des distinctions fondées sur la race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique* ». Elle avait auparavant rappelé que « *par application combinée des articles 1131 du Code civil, L. 411-1 et L. 411-2 du Code du travail, un syndicat professionnel ne peut poursuivre des objectifs essentiellement politiques ni agir contrairement aux dispositions de l'article L. 122-45 du Code du travail et aux principes de non-discrimination contenus dans la Constitution, les textes à valeur constitutionnelle et les engagements internationaux auxquels la France est partie* » : Cass. ch. mixte, 10 avril 1998, n° 97-17.870, Bull. ch. mixte, n° 2 ; A. JEAMMAUD, *L'échec des « syndicats Front national » devant la Cour de cassation*, D. 1998 p. 389 ; J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, *GADT*, Dalloz, 4^e édition, n° 123, p. 566 et s. La référence à l'ancien article 1131 du Code civil, sur la cause illicite, fait écho à l'article 3 de la loi du 1^{er} juillet 1901 qui déclare nulle toute association fondée sur une cause illicite et qui mentionne l'atteinte à « *la forme républicaine du Gouvernement* ». Ainsi, les juges du droit ont signalé que « *le respect des valeurs républicaines fait partie de l'ordre public* » et que « *si un syndicat adopte des valeurs contraires à celles que défendait la III^e République, il peut lui être reproché de poursuivre des objectifs contraires à l'éthique syndicale française* » : Y. PAGNERRE, *Le respect des valeurs républicaines ou « l'éthique syndicale »*, JCP S 2009, 1050.

⁷⁶¹ Il faut aussi admettre que certaines organisations syndicales puissent se constituer sur des valeurs morales et religieuses. Si « *toute propagande religieuse est en soi en dehors du domaine de l'action du syndicat (...), il est artificiel de vouloir séparer totalement les croyances et la vie professionnelle, celle-ci étant irrésistiblement commandée par une certaine conception de l'homme et du monde* » : J.-M. VERDIER, *Syndicats et droit syndical, Traité de droit du travail*, dir. G.-H. CAMERLYNCK, Dalloz, 2^e éd., t. 5, 1987, p. 458 ; cité par Y. PAGNERRE, *art. préc.*, 1050. La CFTC, par exemple, « *se réclame et s'inspire dans son action, des principes de la morale sociale chrétienne* », comme l'indique explicitement la première phrase de l'article 1^{er} de ses statuts confédéraux. En revanche, un syndicat ne peut en aucun cas présenter des revendications religieuses extérieures à l'objet du contrat de travail. Dès lors, parmi les modalités d'utilisation d'un immeuble communal affecté aux organisations syndicales prévues par arrêté, un maire peut valablement interdire « *toute activité politique ou propagande politique ou confessionnelle* » : CE, 16 décembre 1955, *Union locale des syndicats CGT de la région de Versailles*, Rec. p. 592 ; cité par Y. PAGNERRE, *art. préc.*, 1050.

jamais "partisation" du syndicat, c'est-à-dire confusion totale des deux groupements »⁷⁶². Le Code du travail prévoit que tout salarié peut librement adhérer au syndicat professionnel de son choix⁷⁶³. Cela signifie qu'il faut nécessairement exercer ou avoir exercé une activité professionnelle pour y adhérer⁷⁶⁴ et, à l'inverse, qu'il est permis de ne pas adhérer, la conscience ne pouvant être forcée. À ce titre que les clauses de « *sécurité syndicale* » sont interdites par le droit français et européen⁷⁶⁵. La liberté syndicale est en effet aussi reconnue au niveau européen, par l'Union européenne⁷⁶⁶ et le Conseil de l'Europe⁷⁶⁷, et au niveau international, par l'OIT⁷⁶⁸. Afin de garantir cette liberté, la Cour de cassation condamne les employeurs cherchant à connaître l'affiliation syndicale des candidats à l'embauche en leur faisant remplir des questionnaires portant notamment sur ce point⁷⁶⁹. Ces derniers auraient d'ailleurs même le droit « *de faire à cet égard une fausse déclaration* »⁷⁷⁰, sans que cela ne puisse leur être reproché par la suite. La Cour de cassation a ainsi affirmé en 2009 que l'adhésion du salarié à un syndicat relève de sa vie personnelle et ne peut être divulguée sans son accord⁷⁷¹.

150. L'engagement syndical. Même si le taux de syndicalisation en France est aujourd'hui l'un des plus bas des pays de l'OCDE⁷⁷², certains salariés veulent toujours s'engager davantage pour la communauté de travail. Pour cela, ils doivent, comme en politique, détenir un mandat,

⁷⁶² G. LYON-CAEN, *Syndicats et partis politiques*, Dr. soc. 1970, p. 69. À l'époque, le Professeur Gérard Lyon-Caen considérait que « *la séparation du professionnel et du politique est donc fausse, artificielle, métaphysique* » et que « *le but professionnel n'exclut pas l'action politique* » car, par exemple, « *on ne conçoit pas de dissolution actuelle d'un syndicat pour objectifs "communistes"* ». Presque trente ans plus tard, l'arrêt de la chambre mixte du 10 avril 1998, cité ci-dessus, a donc révélé une plus grande orthodoxie de la Cour de cassation en la matière.

⁷⁶³ C. trav. art. L. 2141-1, C. trav. anc. art. L. 411-5.

⁷⁶⁴ Circ. DRT n° 13 du 30 novembre 1984, § n° 1-2.

⁷⁶⁵ CEDH, 11 janvier 2006, n° 52562/99 et 52620/99, *Sorensen c/ Danemark* ; RJS 5/06 n° 656.

⁷⁶⁶ Article 12 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁷⁶⁷ Article 11 de la CESDH.

⁷⁶⁸ La convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical du 17 juin 1948.

⁷⁶⁹ Cass. soc., 13 mai 1969, Bull n° 314 ; JCP 1970, II, 16208, obs. de J.-M. VERDIER ; D. 1969, Jurisprudence, p. 529, note de J. SAVATIER.

⁷⁷⁰ J.-M. VERDIER, *Traité de droit du travail*, Tome V, Dalloz, 1966, p. 299 ; cité par M. PETIT, *Les questionnaires d'embauche*, RPDS, 1973, n° 335, p. 69.

⁷⁷¹ Au visa de l'alinéa 6 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, de l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de l'article 9 du code civil et des articles L. 2141-4 et L. 2141-5 et L. 2142-1 du Code du travail, la Cour de cassation décide que « *l'adhésion du salarié à un syndicat relève de sa vie personnelle et ne peut être divulguée sans son accord ; qu'à défaut d'un tel accord, le syndicat qui entend créer ou démontrer l'existence d'une section syndicale dans une entreprise, alors que sa présence y est contestée ne peut produire ou être contraint de produire une liste nominative de ses adhérents* » : Cass. soc., 8 juillet 2009, n° 09-60.011, 09-60.031 et 09-60.032, *société Okaidi*, Bull. civ. V, n° 180.

⁷⁷² Le taux de syndicalisation en France était environ de 8 % en 2010 (Lettre Trésor-Eco n° 129 de mai 2014, source : OCDE, StatExtracts).

dont la teneur varie selon les résultats de l'organisation syndicale d'appartenance aux dernières élections professionnelles. Si l'organisation syndicale s'avère représentative à l'issue du scrutin, et sous réserve de remplir d'autres conditions, le salarié peut être désigné délégué syndical⁷⁷³. Dans le cas contraire, il peut être désigné représentant de section syndicale⁷⁷⁴. La seule différence entre ces deux mandats est que le second n'a pas, en principe, le pouvoir de négocier des accords collectifs⁷⁷⁵. Pour exercer ce mandat, ces représentants disposent de crédits d'heures de délégation, qui sont considérées comme temps de travail et payées à l'échéance normale⁷⁷⁶, contrairement aux absences liées au mandat politique. Pendant les heures consacrées à leur mandat syndical, les représentants jouissent en plus d'une liberté de déplacement aussi bien au sein de l'entreprise, à condition de ne pas gêner le travail des salariés qu'ils rencontrent, qu'en dehors de son enceinte, si leur mandat l'exige⁷⁷⁷. Enfin, ils bénéficient d'un statut protecteur en cours d'exécution de leurs mandats⁷⁷⁸, voire dans l'année qui suit la cessation des fonctions syndicales, à l'occasion de la rupture ou du transfert partiel de leur contrat de travail⁷⁷⁹. Cette protection consiste dans l'obligation, pour l'employeur, d'obtenir l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail. Depuis 2008, les entreprises sont obligées de négocier sur le thème de la conciliation de la vie professionnelle avec la carrière syndicale⁷⁸⁰ et depuis 2014, un entretien professionnel, consacré aux perspectives d'évolution professionnelle, doit être systématiquement proposé au salarié à l'issue d'un mandat syndical⁷⁸¹. Ce dernier dispositif est actuellement très mobilisé dans le cadre de la mise en place progressive des comités sociaux et économiques, de nombreux

⁷⁷³ C. trav. art. L. 2143-1 et s.

⁷⁷⁴ C. trav. art. L. 2142-1-1 et s.

⁷⁷⁵ C. trav. art. L. 2142-1-1 al. 2.

⁷⁷⁶ C. trav. art. L. 2142-1-3 et L. 2143-17.

⁷⁷⁷ Circ. DGT 20 du 13 novembre 2008, Fiche 4 n° 5 ; Fiche pratique du ministère du Travail du 14 janvier 2009.

⁷⁷⁸ L'employeur a l'obligation d'obtenir l'accord du représentant syndical avant de modifier son contrat ou ses conditions de travail La jurisprudence est constante à ce sujet : Cass. soc., 26 octobre 2005, n° 03-46.728, inédit ; RJS 2/06, n° 241 ; Cass. soc., 5 mai 2010 n° 08-44.895, inédit ; RJS 7/10, n° 608.

⁷⁷⁹ Par ex : sur l'autorisation de l'inspecteur du travail en cas de licenciement d'un délégué syndical : C. trav. art. L. 2411-3 ; en cas de rupture du contrat de travail à durée déterminée du délégué syndical avant l'échéance du terme : C. trav. art. L. 2412-2 ; en cas de transfert partiel : C. trav. art. L. 2414-1. Ces dispositions sont applicables aux représentants de la section syndicale par le renvoi opéré à l'article L. 2142-1-2.

⁷⁸⁰ La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a inséré un second alinéa à l'article L. 2141-5 du Code du travail, modifié depuis par la loi « Rebsamen » n° 2015-994 du 17 août 2015.

⁷⁸¹ La loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale a modifié l'article L. 6315-1 du Code du travail en ce sens.

délégués syndicaux perdant leur mandat à cette occasion⁷⁸². Si l'ordonnance du 22 septembre 2017, qui porte cette réforme, a seulement généralisé l'entretien précité dans les entreprises de deux mille salariés et plus⁷⁸³, deux arrêtés en date du 18 juin 2018 permettent aux représentants du personnel de faire valider les compétences acquises dans l'exercice de leur mandat et d'obtenir un certificat de compétences professionnelles⁷⁸⁴. Un rapport préconisant d'inciter les entreprises à se préoccuper de la situation professionnelle des salariés qui n'auront plus de mandat a été remis à la ministre du Travail en février 2018⁷⁸⁵.

151. L'interdiction des discriminations syndicales. L'employeur ne peut user de son pouvoir disciplinaire pour prononcer une sanction dont l'origine serait l'appartenance syndicale, que le salarié soit détenteur ou non d'un mandat. Au sein de la fonction publique, le juge administratif veille à annuler les sanctions prononcées contre des agents qui auraient prétendument manqué à leur devoir de réserve en critiquant l'action gouvernementale, alors que cela s'inscrit dans l'action syndicale et que leur comportement a pour objet la défense des intérêts professionnels⁷⁸⁶. Ainsi, tenu par une « *obligation de neutralité* »⁷⁸⁷, l'employeur ne peut entraver l'engagement syndical de ses salariés ni faire peser de pression sur leurs consciences. Le législateur s'est saisi du problème dans la loi n° 56-416 du 27 avril 1956 tendant à assurer la liberté syndicale et la protection du droit syndical, qui a prohibé

⁷⁸² Cette situation a été rappelée par le Professeur Bernard Gauriau lors de la conférence sur « *Le syndicat dans l'entreprise* », qui a eu lieu à l'Université Paris II le 3 mai 2018, dans le cadre du cycle de conférences « 2008-2018 Dix ans de démocratie sociale » organisé par le Laboratoire de droit social.

⁷⁸³ L'article L. 2141-5, tel que modifié par l'ordonnance n° 2017-386, précise que pour les entreprises situées sous ce seuil, ce recensement n'est réservé qu'aux titulaires des mandats les plus conséquents. Il rappelle, comme dans sa précédente version, issue de la loi « *Rebsamen* » du 17 août 2015, que l'entretien professionnel permet de procéder au recensement des compétences acquises au cours du mandat et de préciser les modalités de valorisation de l'expérience acquise.

⁷⁸⁴ Arrêté du 18 juin 2018 portant création de la certification relative aux compétences acquises dans l'exercice d'un mandat de représentant du personnel ou d'un mandat syndical, NOR: MTRD1816141A, JORF n°0145 du 26 juin 2018 ; Arrêté du 18 juin 2018 fixant les modalités d'équivalence entre la certification relative aux compétences acquises dans l'exercice d'un mandat de représentant du personnel ou d'un mandat syndical et plusieurs titres professionnels du ministère chargé de l'emploi, NOR: MTRD1816142A, JORF n°0145 du 26 juin 2018 ; *Valorisation des compétences des représentants du personnel : c'est parti*, Feuillet rapide Social 15/18, paru le 29 juin 2018.

⁷⁸⁵ J.-D. SIMONPOLI, Directeur général de l'association Dialogues, et G. GATEAU, Directeur Général des Ressources Humaines d'Air France, *Rapport sur la reconnaissance et la valorisation des compétences des représentants du personnel et des mandataires syndicaux*, remis à la ministre du Travail, le vendredi 16 février 2018. Un guide pratique accompagne ce rapport : *Guide de l'accompagnement des salarié(e)s dont le mandat prendra fin au cours des années 2018 et 2019*.

⁷⁸⁶ CE, 25 mai 1966, *Sieur Rouve*, Rec. p. 361. Le devoir de réserve peut parfois être atténué lorsque le fonctionnaire est investi de fonctions syndicales. En ce sens : CE, 18 mai 1956, *Boddaert*, Rec. p. 213. Mais pour un exemple d'atteinte au devoir de réserve d'un magistrat agissant en tant que membre d'une section syndicale : CE Sect., 1^{er} décembre 1972, *Delle Obrégo*, Rec. p. 1951.

⁷⁸⁷ P.-Y. VERKINDT, *Regards sur la discrimination syndicale*, JSL 2005, n° 173, p. 2.

explicitement les discriminations en raison de l'activité syndicale, désormais interdites par les articles L.1132-1 et L. 2141-5 du Code du travail⁷⁸⁸. Celles-ci ont été sanctionnées pénalement à partir de 1982⁷⁸⁹. Par exemple, caractérise l'infraction le fait de soumettre un salarié à des mutations successives⁷⁹⁰ ou de lui ôter les moyens nécessaires à l'exercice de son activité⁷⁹¹, en raison de son appartenance syndicale. À côté de ces mesures au caractère discriminatoire flagrant, il existe des façons plus dissimulées et plus diffuses de punir un salarié pour ses choix de conscience syndicale. Il s'agit des ralentissements de carrière et des écarts de rémunération, qui peuvent être mis en évidence par le militant syndical, ou des représentants du personnel dans le cadre de leur droit d'alerte⁷⁹², en comparant sa carrière avec celles des salariés exerçant des fonctions analogues, mais ne détenant pas de mandat. Ces situations sont à l'origine d'un abondant contentieux devant les juridictions du travail⁷⁹³ et les juridictions pénales⁷⁹⁴. Le régime probatoire est d'ailleurs relativement proche puisque, dans les deux cas, à partir des éléments avancés par le salarié, l'employeur doit prouver que la mesure ou la situation peut être objectivement justifiée⁷⁹⁵.

⁷⁸⁸ C. trav. art. L. 2141-5 : « Il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail ».

⁷⁸⁹ Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, appelée aussi « première loi Auroux ». « Le fait pour l'employeur de méconnaître les dispositions des articles L. 2141-5 à L. 2141-8, relatives à la discrimination syndicale, est puni d'une amende de 3 750 euros. La récidive est punie d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 7 500 euros » : C. trav. art. L. 2146-2. La prise en compte de l'activité syndicale du salarié est nécessairement intentionnelle si bien que le comportement de l'auteur des faits doit obéir de manière univoque à la volonté de porter atteinte à la liberté syndicale. En revanche, cette volonté n'a pas à être exclusive et le délit est constitué même si la discrimination antisyndicale n'a pas été le seul motif des mesures prises : Cass. crim., 14 juin 2000, n° 99-81.108, Bull. crim., n° 226 ; A. COEURET et E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2008, n°647, p 386.

⁷⁹⁰ Cass. crim., 25 mars 1980, n° 79-90.968, Bull. crim., n° 244.

⁷⁹¹ Cass. crim., 29 janvier 2008, n° 06-87.625, inédit ; RJS 2008, n°564.

⁷⁹² Cass. crim., 19 mai 2010, n° 09-40.713, inédit ; Sur le droit d'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes : cf. *infra* n° 376 et s.

⁷⁹³ Par exemple : Cass. soc., 23 février 2005, pourvoi n° 02-47.433, inédit ; Cass. soc., 24 septembre 2008, pourvois n° 07-40.935, n° 06-46.179 et n° 06-46.180, Bull. civ. V, n° 187.

⁷⁹⁴ Par exemple : Cass. crim. 9 novembre 2004, n° 04-81.397, Bull. crim., n° 279 ; E. FORTIS, *Répression pénale de la discrimination syndicale et écoulement du temps*, Dr. ouvr. 2005, p. 234.

⁷⁹⁵ L'article L. 1132-3-3 du Code du travail est issu à l'origine de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, qui transpose deux directives de l'Union européenne du 15 décembre 1997 et du 27 novembre 2000. Devant le juge pénal : A. COEURET et E. FORTIS, *op. cit.*, n°651, p. 390.

§ 2 : La conscience, cause de rupture de la relation de travail

152. Un décalage stratégique. Même au sein d'une entreprise sans idéologie, un décalage peut survenir, au cours de la relation de travail, entre la conscience du salarié et la vision que l'employeur veut donner de l'entreprise. Si le salarié décide de révéler ses choix de conscience ou d'agir selon ceux-ci, et que ses choix ont un impact sur le fonctionnement de l'entreprise, il prend alors lui-même le risque d'une rupture de son contrat de travail (**I**). Une autre hypothèse résulte du changement d'orientation stratégique de l'entreprise qui permet à certains salariés, qui s'étaient initialement engagés dans une structure aux objectifs différents, de se prévaloir de ce changement pour faire peser la charge de la rupture sur l'employeur (**II**).

I : La rupture par le comportement du travailleur : la révélation de conscience

153. La nécessaire caractérisation d'un trouble objectif. Dans les entreprises sans tendance, salariés et employeurs ne sont pas censés savoir s'ils partagent le même avis sur des questions de société *largo sensu*. Les choix de conscience que le travailleur fait dans sa vie personnelle et les désaccords qui pourraient exister à ce sujet avec son employeur ne sont censés avoir aucun impact sur le déroulement de sa vie professionnelle, quel que soit son statut ou ses responsabilités⁷⁹⁶. Il n'empêche que l'employeur, par crainte des conséquences d'une telle révélation sur le déroulement du travail, peut aller jusqu'à envisager la fin de leur collaboration. Mais, pour que l'expression de la conscience du salarié, survenue en dehors du travail, devienne un motif de licenciement, il faut qu'il y ait une interférence avec l'exécution

⁷⁹⁶ La Cour de cassation a validé la brusque rupture de la période d'essai du chef du service du contentieux d'une entreprise, qui était expressément fondée sur l'hostilité dont le salarié avait fait preuve « à l'égard du gouvernement du maréchal Pétain », au motif qu'« une telle attitude ne pouvait être tolérée de la part du préposé d'un établissement public relevant directement de l'État ». Dans son commentaire de l'arrêt, le doyen Carbonnier avait critiqué la formulation générale de la décision – à présent c'est le fond de la décision en elle-même qui serait critiquée – qui ne permet pas aux salariés de bénéficier du régime du licenciement alors que le motif invoqué était extra-professionnel. Toutefois, en l'espèce, celui-ci expliquait que la solution lui aurait paru exacte si elle avait été davantage circonscrite à la catégorie des « employés supérieurs », à l'image de ce chef de service, car « l'aptitude professionnelle, objet de l'essai, varie d'un groupe de salariés à l'autre ». En d'autres termes, ce qui serait valable pour l'ouvrier ne vaudrait pas pour le cadre : en s'élevant dans la hiérarchie du travail, l'aptitude professionnelle devrait incorporer des « éléments hétérogènes, non techniques, qui touchent aux différents aspects de la personne publique et même privée du salarié », tels que « les opinions et les sentiments ». Il semble heureux que la Cour de cassation n'ait pas continué dans cette voie, pour revenir à des principes plus raisonnables de séparation des vies professionnelles et extra-professionnelles : Cass. soc., 5 janvier 1945, obs. J. CARBONNIER, *Le Statut des Employés supérieurs*, Dr. soc. 1946, p. 36.

du travail, autrement dit que le comportement du salarié crée un « *trouble objectif* »⁷⁹⁷ au sein de l'entreprise. Ce critère, qui avait été mis en évidence dans l'arrêt « *Painsecq* »⁷⁹⁸, permet de protéger la vie personnelle des salariés. Le retentissement de comportements d'ordre personnel n'est pas forcément aisé à apprécier mais il doit être pris en compte pour déterminer l'existence du trouble objectif. En effet, un tel trouble dépend à la fois des fonctions du salarié et de l'objet social de l'entreprise, mais aussi de la « *répercussion sur le fonctionnement* »⁷⁹⁹ de cette dernière. Ces critères sont censés être « *une garantie d'objectivation* »⁸⁰⁰.

154. L'application en jurisprudence. En l'absence de caractérisation de ce trouble, est dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement disciplinaire du salarié qui, en dehors de son temps de travail, participe à une manifestation contre la réforme des retraites, même si ce rassemblement consiste à bloquer un péage d'autoroute et que l'intéressé est receveur péager⁸⁰¹. Il en va de même du licenciement pour faute grave d'un clerc de notaire dont la condamnation d'aide au séjour irrégulier d'un étranger – acte commis en dehors de son travail – a été diffusée dans la presse locale⁸⁰². Ainsi, même si le trouble objectif est établi, il ne peut en aucun cas être assimilé à une faute du salarié. Le licenciement peut seulement être prononcé pour cause réelle et sérieuse. La faute ne peut réapparaître que si l'engagement de conscience nuisible se manifeste directement sur le lieu de travail. Par exemple, le licenciement pour faute grave est valable si le salarié a opéré une confusion entre ses activités politiques et professionnelles, en abandonnant son poste pour distribuer des tracts⁸⁰³ ou en utilisant le matériel de l'entreprise sans autorisation pour mener à bien son action⁸⁰⁴.

⁷⁹⁷ Cette notion revient aussi dans certaines décisions sous les expressions de « *trouble objectif caractérisé* » (Cass. soc., 10 décembre 2002, n° 01-40.030, inédit) et de « *trouble caractérisé* ». (Cass. soc., 25 janvier 2006, n° 04-44.918, Bull. civ. V, n° 26) : T. AUBERT-MONPEYSSSEN, « *Trouble objectif dans l'entreprise* » et *libertés collectives du salarié*, RDT 2007, p. 586.

⁷⁹⁸ Cass. soc., 17 avril 1991, n° 90-42.636, *Painsecq c/ Association Fraternité Saint-Pie X*, Bull. civ. V, n° 201 ; cf. *supra* n° 72 et note n° 320

⁷⁹⁹ P.-H. ANTONMATTEI, *Le licenciement pour trouble objectif*, Dr. Soc. 2012, p. 10.

⁸⁰⁰ P.-H. ANTONMATTEI, *art. préc.*, p. 10.

⁸⁰¹ Dans cet arrêt, la Cour de cassation énonce que la cour d'appel ne peut se borner à constater le trouble créé dans l'entreprise sans caractériser « *en quoi, compte tenu de la fonction du salarié et de la nature de l'entreprise, la seule relation du travail pouvait justifier l'interdiction par l'employeur d'exercer une liberté collective en dehors du temps de travail* » : Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-41.374 et 05-41.375, Bull. civ. V, n° 82 ; T. AUBERT-MONPEYSSSEN, *art. préc.*, p. 586 ; R. VATINET, *Exercice d'une liberté collective en dehors du temps de travail et trouble caractérisé au sein de l'entreprise*, JCP S 2007, 1510 ; cf. *supra* note n° 209.

⁸⁰² Cass. soc. 16 décembre 1997, n° 95-41.326, *Delamaere c/ Office notarial de maîtres Ryssen et Blondel* ; RJS 2/98 n°141, Bull. civ. V, n° 441.

⁸⁰³ CA Paris, 5 décembre 2013, n° 12-00.973.

⁸⁰⁴ Une salariée, engagée comme animatrice d'une association de centres de vacances et qui militait en faveur de l'indépendance de la Nouvelle Calédonie, a été découverte par l'employeur en train de photocopier un dossier de

II : La rupture par le changement de stratégie de l'entreprise : la clause de conscience nouvelle

155. L'admission jurisprudentielle de la clause pour des dirigeants. Le changement de politique ou de stratégie d'une entreprise peut conduire les salariés à refuser durablement l'exécution du travail. Tel fut le cas des 850 salariés de l'usine Moncenisio, près de Turin, qui, en 1971, refusèrent de fabriquer des armes⁸⁰⁵. Il peut cependant être intéressant de régler la distorsion entre la conscience du salarié et les orientations stratégiques de l'entreprise de façon moins conflictuelle. Une sortie de l'entreprise, sans reproche formulée au salarié mais avec le paiement de l'ensemble des indemnités de rupture, est envisageable grâce à l'extension du dispositif des clauses de conscience hors des entreprises de tendance. Toutefois, comme son nom de « *clause* » l'indique, le bénéfice de cette faveur ne peut être accordé que si elle est prévue contractuellement⁸⁰⁶. La faculté d'incorporer une telle clause dans un contrat de travail, autre que celui d'un journaliste, a d'abord été admise implicitement par la Chambre sociale en 1976. La Haute juridiction a alors énoncé qu'« à défaut de stipulation même implicite en ce sens », « *la clause de conscience prévue par la loi au profit des journalistes ne saurait (...) être étendue aux architectes, ni, être considérée comme contenue dans le contrat de travail* »⁸⁰⁷. Il a ensuite fallu attendre l'année 2011 pour que la Cour de cassation admette expressément la licéité de la clause contractuelle selon laquelle une salariée, embauchée par la société Havas en tant que « *chief performance officer* » avec le titre d'« *executive vice-president* », pouvait invoquer comme une modification de son contrat de travail, entraînant

presse sur le sujet avec le matériel de l'entreprise : Cass. soc. 16 janvier 1991, n° 88-40.816, *Barou c/ Association Union française des centres de vacances et de loisirs*, inédit.

⁸⁰⁵ Cet événement sert encore de référence au mouvement « NO TAV », dont les partisans protestent contre le projet de construction de la nouvelle ligne à grande vitesse (TAV = *treno ad alta velocità*) entre Lyon et Turin. Constitue une autre forme de réponse collective l'achat à bas prix d'actions par des membres de groupes de pression contre la politique d'apartheid en Afrique du Sud, leur donnant le droit d'intervenir lors des prises de décisions stratégiques dans les assemblées générales. Ces exemples proviennent de l'ouvrage de : J.-P. CATTELAÏN, *L'objection de conscience*, Que sais-je ?, PUF 1973, p. 85-86.

⁸⁰⁶ Ainsi, « *des cadres ont pu faire inclure dans leur contrat de travail une clause permettant, dans des hypothèses précises (modification de la ligne hiérarchique, restructuration des directions) de quitter l'entreprise en imputant la rupture à l'employeur* » : J.-E. RAY, *Fidélité et exécution du contrat de travail*, Dr. soc. 1991, p. 383.

⁸⁰⁷ Un architecte avait quitté le cabinet où il travaillait à la suite d'un désaccord avec son employeur sur le système de fondation à retenir dans le cadre d'un chantier, faisant valoir sans succès que sa position « *n'était pas seulement dictée par des préoccupations d'ordre moral mais par des obligations d'ordre professionnel impérieuses en raison du comportement que lui imposait, objectivement, son éthique d'architecte, responsable de la solidité des immeubles* » : Cass. soc., 17 novembre 1976, n° 75-40.564, *Barreth c/ Lizero*, Bull., n° 590.

une rupture de celui-ci imputable à l'employeur, « *tout changement significatif d'actionnariat entraînant une modification importante de l'équipe de direction* »⁸⁰⁸. La Haute juridiction a admis la licéité de cette clause, aux enjeux financiers importants⁸⁰⁹, car deux conditions étaient remplies. D'un part, la clause a été considérée comme justifiée par les fonctions de la salariée au sein de l'entreprise, puisque celle-ci était cadre dirigeant et participait à la mise en œuvre de projets stratégiques. D'autre part, les juges ont estimé que la détermination des événements déclencheurs de la clause et le montant de l'indemnité, pourtant supérieur au million d'euros, ne faisaient pas échec à la faculté de résiliation unilatérale du contrat par l'une ou l'autre des parties et n'empêchaient donc pas toute évolution de la société. La licéité d'une telle clause, répondant aux mêmes conditions, a été confirmée par la Chambre sociale en 2013, à propos d'un salarié membre du directoire⁸¹⁰. Insérées dans les contrats de travail de certains cadres dirigeants, ces clauses de conscience permettent de les attirer et de garantir une « *certaine sérénité* » quant à la stabilité de l'équipe de direction⁸¹¹.

156. L'appel de la doctrine et des praticiens à l'extension. Le Professeur Jean Riveiro souhaitait que le dispositif puisse être doublement profitable au salarié, c'est-à-dire qu'en plus de l'évolution de l'entreprise, celle de sa conscience lui permette aussi de sortir de la relation de travail, sans risque qu'une faute lui soit imputée et avec l'assurance de bénéficier des indemnités qui lui sont dues⁸¹². Le Professeur Alain Supiot a appelé de ses vœux à ce que la clause de conscience soit étendue à tous les salariés⁸¹³, tandis que le Professeur

⁸⁰⁸ Constituent un « *changement significatif* » les prises de participation du groupe Bolloré dans le capital de la société Havas, entraînant la révocation du PDG ainsi que la nomination de nouveaux président, vice-présidents et directeurs généraux. Il fallait toutefois que la salariée invoque sa clause de conscience dans un délai de 30 jours à compter du changement de contrôle de la société : Cass. soc., 26 janvier 2011, n° 09-71.271, Bull. civ. V, n° 35 ; J.-Ph. LHERNOULD, *La clause de conscience contractuelle est licite*, JSL 2011, 29 ; S. BEAL et P. KLEIN, *Validité de la clause de conscience en cas de changement de contrôle de la société*, JCP E 2011, n° 9, 1185.

⁸⁰⁹ L'employeur était ici contractuellement tenu de verser une indemnité de rupture égale à 21 mois de la rémunération fixe brute de la salariée, augmentée du montant de sa rémunération variable brute au titre des 24 mois précédant la cessation des fonctions.

⁸¹⁰ Un salarié membre du directoire avait démissionné à la suite du remplacement du président de ce directoire Cass. soc. 10 avril 2013, n° 11-25.841, Bull. civ. V, n° 97 : RJS 2013, n° 424 ; J. MOULY, *Validité des clauses imputant la rupture du contrat de travail à l'employeur en cas de changement de direction*, Dr. soc. 2013, p. 551.

⁸¹¹ Sur le régime détaillé des clauses de conscience ou de changement de contrôle : Y. PAGNERRE, *Fiche 8 – Conscience ou changement de contrôle*, in *Guide des clauses du contrat de travail*, dir. B. TEYSSIÉ, LexisNexis, 2016, p. 47 et s.

⁸¹² J. RIVERO, note sous Cons. const., 23 novembre 1977, AJDA 1978, p. 565.

⁸¹³ « *Il n'y a pas de raison logique de limiter aux seuls journalistes cette reconnaissance juridique de la conscience professionnelle (...) et le dispositif pourrait être parfaitement étendu à tous les salariés, dès lors que leur entreprise se trouverait mêlée à des activités délictueuses (infractions économiques, financières, écologiques, etc.) susceptibles de rejaillir sur leur honneur, leur réputation ou leurs intérêts moraux* » : A. SUPIOT, *L'identité professionnelle*, in *Les orientations sociales du droit contemporain*, *Écrits en l'honneur du*

Isabelle Vacarie en a souligné l'utilité lorsque « *l'emploi occupé répond à une certaine orientation éthique* »⁸¹⁴. À ce titre, les professionnels de la finance ont pu revendiquer le bénéfice de telles clauses, arguant se trouver parfois « *face à un cas de conscience, pris qu'ils sont entre l'ordre donné par une personne hiérarchiquement supérieure en vertu du contrat de travail et leur conscience morale* »⁸¹⁵. Quant aux confédérations syndicales, elles militent pour une extension aux cadres. En effet, en 1990, lors du congrès de l'Union des cadres et ingénieurs Force ouvrière (UCI-FO), le secrétaire général avait dénoncé la contradiction entre la situation de l'employeur susceptible d'invoquer, à l'époque, la « *perte de confiance* » pour licencier un cadre, et celle du cadre qui n'avait d'autre choix que de démissionner s'il ne pouvait plus se fier à l'entreprise au sein de laquelle il travaillait. Pour remédier à cette situation inique, il avait été proposé de créer une « *clause de perte de confiance réciproque* »⁸¹⁶, permettant de quitter volontairement l'entreprise tout en obtenant des indemnités conventionnelles⁸¹⁷. Le débat a été rouvert en 2015 par la CFDT qui a publié un manifeste pour la reconnaissance de cinq droits fondamentaux du personnel d'encadrement, parmi lesquels figurent le « *droit à démission légitime* », ou possibilité de

professeur Jean Savatier, PUF, 1992, p. 423 ; A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 3^{ème} éd., 2015, p. 101-102.

⁸¹⁴ « *Ce droit pourrait trouver à s'appliquer lorsqu'une entreprise s'oriente vers la recombinaison génétique des espèces végétales ou animales. Une telle option est de nature à heurter ceux qui demeurent attachés au respect des lois de l'évolution (...) Pourquoi ne seraient-ils pas autorisés à ne pas s'associer à de tels projets qui mettent en jeu la diversité naturelle alors que le journaliste peut refuser les nouvelles orientations de son entreprise de presse ?* » : I. VACARIE, *L'implication écologique du salarié*, in *Droit du travail et droit de l'environnement*, Actes du colloques de la Société française pour le droit de l'environnement, Toulouse, 30 septembre et 1^{er} octobre 1993, Litec, 1994, p. 123.

⁸¹⁵ D. HIEZ, *La clause de conscience ou la conscience source du droit ?*, in *Libres propos sur les sources du droit : Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 209, spéc. p. 216-217. « *Certains analystes pensent maintenant qu'il faudrait une clause de conscience de l'analyste, qui permettrait de dire non, si un employeur essaye de contraindre un analyste à signer une note d'évaluation : il faudrait qu'un organisme puisse trancher ces différends, éviter que le professionnel ne se retrouve seul face à son employeur et qu'il perde tout, ses bonus et sa carrière, s'il persiste.* » : A. de TRICORNOT, *En France, certains professionnels réclament ne clause de conscience*, *Le Monde* 8 juin 2001, p. 20. « *L'Association nationale des directeurs financiers et de contrôle de gestion (DFCG), qui regroupe 2500 membres issus de 1000 entreprises, considère que, pour assumer pleinement ses responsabilités, le directeur financier doit disposer des droits lui permettant de s'opposer à toute communication erronée ou pouvant entraîner une interprétation erronée. La DFCG (...) souhaiterait ainsi la mise en place d'une clause de conscience pour les directeurs financiers* » : C. PRUDHOMME, *Les directeurs financiers veulent une clause de conscience*, *Le Monde* 10 juillet 2003, p. 17.

⁸¹⁶ H. BOUCHET, *Pour la création d'une « clause de perte de confiance réciproque »*, *Entreprise et carrières*, 20 décembre 1990, p. 2.

⁸¹⁷ Les détails sur le congrès ont été recueillis sur le site « *Mulinco* » de l'Université de Copenhague, qui regroupe des articles en plusieurs langues (http://www.cst.dk/mulinco/corpus_collection).

retrait de l'entreprise⁸¹⁸. Si la généralisation de ce type de clauses effraye, c'est parce, d'une part, elle risque d'assimiler tendance et stratégie, et, d'autre part, elle pourrait remettre en question le principe de poursuite automatique du contrat de travail auprès du nouvel employeur en cas de transfert d'entreprise⁸¹⁹, qui découle de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Or, ce principe oblige les salariés déçus du changement de patron à démissionner puisqu'il n'existe pas de droit d'opposition en droit français⁸²⁰. Une réflexion sur le sujet a déjà été engagée en ce qui concerne les avocats salariés⁸²¹.

157. Conclusion de section. L'individu bénéficie du droit d'exprimer librement sa conscience morale dans l'entreprise de droit commun. Mais toutes les formes d'expressions ne sont pas libres. Si l'engagement de conscience ne peut être entravé par l'employeur, à partir du moment où il remplit certaines conditions juridiques, tel n'est pas le cas – pour l'instant – de l'objection éponyme, qui n'est admise que pour certaines professions ou à certaines conditions. À ces cas de conscience, s'ajoutent ceux, plus proches des entreprises de tendance, où la manifestation de la conscience morale libère les parties de leurs engagements de fournir ou d'exécuter le travail. La force des convictions peut en effet être telle qu'elle prend l'ascendant sur la mission professionnelle.

⁸¹⁸ Il est écrit plus précisément que « *Face à un comportement répréhensible ou particulièrement grave de son entreprise, un cadre doit pouvoir protéger son intégrité morale en démissionnant de son entreprise. Aussi la loi doit reconnaître un droit à démission légitime, en quelque sorte une "clause de conscience", permettant de démissionner avec des garanties identiques à celle d'un licenciement* » : CFDT Cadres, La Responsabilité en 5 droits.

⁸¹⁹ Cass. soc., 20 oct. 1994, JCP E 1995, II, 726, 2^e esp., note J.-J. SERRET.

⁸²⁰ La jurisprudence de la Cour de cassation confirme cette absence de droit d'opposition : Cass. soc., 27 juin 2002, n° 00-44.006, Bull. civ V, n° 221 ; Cass. soc., 23 oct. 1974, n° 73-40738, Bull. n° 493. Si la directive européenne du 14 février 1977 et la CJUE (CJCE, 16 déc. 1992, C132, 138 et 139/91, Rec. CJCE 1992 p. 6577 ; CJCE, 11 juill. 1985, C105/84, Rec. CJCE 1985 p. 2639) permettent aux salariés de manifester leur opposition au transfert, elle laisse le soin aux droits nationaux de régler les conséquences du refus sur le sort du contrat de travail.

⁸²¹ Il s'agit de connaître le sort de la « *clause de conscience* » après un changement d'orientation du cabinet, qui serait dû à une vente ou à une fusion. Certes, si les dossiers confiés à l'avocat au sein du nouveau cabinet déplaisent à sa conscience, pourrait-il se servir de sa « *clause* » comme une dérogation à l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, et pas uniquement en tant qu'objection à traiter un dossier en particulier ? Sur ce sujet : F. TAQUET, *La clause de conscience chez l'avocat salarié*, JCP G 1994, n°43, I, 3797 ; M. H. COHEN et D. GILLES, *Les avocats et notaires salariés : toujours un professionnel libéral ?*, Dr. et patrimoine, févr. 1993, p. 72. Sur la « *clause* » de conscience de l'avocat collaborateur libéral ou salarié : cf. *supra* n° 138 et s.

Section 2 : L'invocation de la conscience religieuse

158. La conscience religieuse au travail. Jusqu'à la fin du 18^{ème} siècle, l'entreprise pouvait être empreinte de religion et l'employeur avait même le pouvoir d'imposer ses pratiques à son personnel⁸²². Cela est devenu inconcevable à présent, à tel point que le monde du travail est vu par les plus optimistes comme « *un espace privilégié d'apaisement et de reconnaissance* », ayant « *la capacité de libérer les hommes, les Églises et les États des préjugés archaïques* » et dont la neutralité serait le « *ferment de sa cohésion* »⁸²³. Le dilemme de l'entreprise apparaît en filigrane car, s'il lui est demandé de rester neutre, elle ne peut pas pour autant être étanche à la conscience religieuse des personnes qui travaillent en son sein. Ainsi, « *autrefois constante occultée dans le management occidental, la religion devient une variable imposée* »⁸²⁴, le salarié pouvant afficher sa « *liberté de conscience comme un étendard, certain de recevoir l'appui du droit international prescrivant l'élimination de toutes les formes de discrimination* »⁸²⁵. Dans les entreprises implantées en France, la question de la religion fait presque systématiquement resurgir celle du principe de laïcité, même s'il ne peut pas s'appliquer dans l'entreprise privée sans tendance et même si la croyance religieuse concerne encore une grande part de citoyens français⁸²⁶. En réalité, l'influence du « *principe* » de laïcité

⁸²² Il existait de nombreux règlements intérieurs édictant des obligations en lien avec la pratique religieuse, à l'image de celui d'une firme de Chaumont datant de 1830 qui contenait des clauses telles que « *Piété, propreté et ponctualité font la force d'une bonne affaire* », « *des prières seront dites chaque matin dans le grand bureau, les employés de bureau y seront obligatoirement présents* » (cf. fiche de la première séance de travaux dirigés du cours de droit du travail du Professeur Jean-Michel Olivier). À la fin du 19^{ème} siècle, Léon Harmel écrit que *le patron (...) a le droit d'exiger de son personnel : (...) la soumission aux commandements de Dieu et de l'Église* » : L. HARMEL, *Catéchisme du patron, élaboré avec le concours d'un grand nombre de théologiens*, Bureaux du Journal La Corporation, 1889, p. 33 (consultable en ligne sur le site du diocèse de Quimper). Dans les années 1990, la Cour de cassation a encore été saisie d'un cas où l'employeur, la compagnie aérienne Iran Air, exigeait le port du tchador de la part de ses hôtes, et où l'une d'entre elles, qui avait refusé de le porter, soutenait avoir été licenciée pour ce motif. Dans cette affaire, l'arrêt d'appel fut cassé, la cour d'appel de Paris n'ayant pas recherché si l'ordre des licenciements pour motif économique n'avait pas été vicié par la discrimination religieuse à l'égard de cette salariée : Cass. soc., 4 avril 1990, n° 1472 ; CA Paris, 4 juin 1986 ; cités par Ph. WAQUET, *L'entreprise et les libertés du salarié, Du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, Éditions Liaisons, 2003, p. 181-182.

⁸²³ P. BANON, *Dieu et l'entreprise, Comprendre et gérer les cultures religieuses*, Éditions d'Organisations, 2006, p. 2.

⁸²⁴ M. THÉVENET, *Management et religion, La poule devant un couteau*, Revue internationale de psychologie, 2011/41, Vol. XVII, p. 27.

⁸²⁵ Le Professeur Alain Pousson ajoute que si l'appartenance religieuse peut être un « *facteur de cohésion* », elle est aussi « *ferment de désorganisation* » : A. POUSSON, *Convictions religieuses et activités salariées*, in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presse de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 301 et s.

⁸²⁶ Selon un sondage réalisé par la Sélection du Reader's Digest dans quatorze pays de l'Union européenne, publié en février 2005, 71% des Européens disent croire en Dieu, et 60% des Français se déclarent croyants : P. BANON, *op. cit.*, p. 21. Selon un sondage mené par TNS-Sofres en 2007 et un autre réalisé par l'IFOP en 2011,

doit s'articuler avec d'autres rapports à la religion, appartenant notamment aux travailleurs originaires d'autres pays. Depuis plusieurs décennies, ce mélange des consciences a sans doute pu être accentué par la liberté de circulation des travailleurs au sein de l'Union européenne⁸²⁷. Cette diversité fait à la fois la richesse de l'entreprise mais est aussi source de difficultés, dans un climat actuel de défiance à l'égard du « moins » connu⁸²⁸. Désormais, il est attendu de l'employeur qu'il ne porte pas atteinte à la liberté de conscience religieuse de ses salariés, possédant un caractère quasiment « sacré »⁸²⁹, qu'il ne les discrimine pas en raison de leurs convictions religieuses⁸³⁰, voire qu'il aille parfois au-delà en prenant, en considération ces dernières.

159. La réalité des situations conflictuelles. Au-delà de la diversité des convictions avec lesquelles composer, il existe une autre difficulté qui est celle de parvenir à concilier les valeurs religieuses de l'individu avec la dimension collective de l'entreprise⁸³¹. Or, les

69% de citoyens français déclarent avoir une religion : E. MASCOVA, *Les Français et la religion, un rapport complexe*, in *Entreprises et diversité religieuse, un management par le dialogue*, dir. T.-M. COURAU, Association française des managers de la diversité, mars 2013, p. 18-19.

⁸²⁷ Article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ancien article 39 du Traité instituant la Communauté économique européenne).

⁸²⁸ À notre époque, il semble difficile de prétendre n'avoir aucune connaissance sur les principales religions et courants de pensée dans le monde. Cela justifie le choix de l'expression « moins connu » plutôt qu'« inconnu ».

⁸²⁹ « La croyance religieuse comporte une dimension spécifique, en ce qu'elle touche des éléments jugés essentiels par les personnes concernées en tant qu'ils mettent en cause leur être même (...) De ce fait, il est possible de discerner une certaine hiérarchisation entre la liberté de conscience ordinaire et la liberté religieuse. En effet, la liberté religieuse porte sur des valeurs essentielles et englobantes par rapport aux opinions plus contingentes et plus évolutives relevant de la liberté d'opinion classique (...) De plus, la conviction religieuse comporte des prescriptions et des obligations qui sont souvent plus exigeantes que les convictions ordinaires (...) En ce sens, une protection spécifique de la conviction religieuse paraît justifiée » : F. MESSNER, P.H. PRELOT et J.-M. WOHRING, *Droit français des religions*, LexisNexis, 2013, p. 41-42.

⁸³⁰ L'invocation de la discrimination peut aussi être instrumentalisée par certains salariés comme moyen de défense face à une décision de rupture du contrat. Mais ils peuvent se heurter à un problème de preuve. Par exemple, une salariée prétendait que son contrat de mission avait été rompu de manière anticipée car elle aurait refusé d'ôter son foulard. La preuve d'une discrimination, en raison des convictions religieuses, n'a pas pu être rapportée puisqu'elle avait elle-même rédigé la pétition signée par une quinzaine de collègues, que les signataires étaient difficilement identifiables et que le contrôleur du travail avait constaté qu'une autre salariée portant le voile travaillait au sein de l'entreprise utilisatrice au moment des faits : CA Montpellier, 7 mars 2007, Juris-Data n° 2007-351001.

⁸³¹ Selon Nicole Maggi-Germain, « la religion s'inscrit dans un rapport ternaire ; si elle est d'abord une relation à soi qui concerne la personne elle-même, elle s'étend également aux rapports aux autres salariés – aux autres personnes – et à l'institution (l'entreprise ou, plus largement la société) » : N. MAGGI-GERMAIN, *Communauté, communautarisme, religion et fait religieux : de la nécessité d'opérer quelques clarifications sémantiques et juridiques*, Dr. soc. 2015, p. 674. Il s'agit de concilier le « je » de l'autonomie personnelle et le « nous » de l'entreprise » : V. LECLERCQ, *L'appel des collaborateurs à la reconnaissance*, in *op. cit.*, dir. T.-M. COURAU, Association française des managers de la diversité, mars 2013, p. 100. Selon le Professeur Alain Supiot, en faisant des travailleurs des citoyens dans l'entreprise, la loi Auroux du 4 août 1982 aurait, à l'époque déjà, organisé la transposition du principe de laïcité dans les entreprises privées : « Dans ses rapports avec ses

investigations réalisées sur le thème de la religion au travail démontrent la réalité des situations problématiques, c'est-à-dire celles où la demande ne peut être traitée comme si elle n'avait pas de lien avec la religion ⁸³², et la transformation du fait religieux en « *objet de gestion* »⁸³³. Dans leur premier rapport rendu de 2013, l'Institut Randstad et l'Observatoire du Fait Religieux en Entreprise (ci-après l'« OFRE ») constatent qu'un tiers des directeurs des ressources humaines interrogés a déjà été confronté à des questions liées à la pratique de la religion dans leur entreprise. Dans la deuxième étude de 2014, il apparaît que 44% des entreprises sont concernées par le fait religieux, dont 12% régulièrement, et que, lorsque le cas est problématique, elles s'estiment dépourvues de moyen pour y répondre. Selon la troisième étude de 2015, la proportion d'entreprises régulièrement confrontées au fait religieux a doublé, sachant que ce pourcentage est de 50% en incluant les entreprises occasionnellement concernées. Enfin, la quatrième étude de 2016 révèle pour la première fois qu'une nette majorité de salariés a observé le fait religieux à plusieurs reprises sur le lieu de travail et que les situations conflictuelles ont progressé⁸³⁴. Dans son deuxième rapport annuel de 2015, l'Observatoire de la laïcité a également confirmé l'augmentation du nombre de managers confrontés à des revendications religieuses ainsi que la progression de cas conflictuels⁸³⁵.

salariés, l'employeur se trouve, comme l'État 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 loi commune, qui soude la collectivité de travail et permet à l'entreprise de réaliser son objet » : A. SUPLOT, *commentaire de l'Avis sur la laïcité du 26 septembre 2013 de la CNCDH*, in *Les grands avis de la CNCDH*, dir. C. LAZERGES, Dalloz, 2016, n°4, p. 306.

⁸³² A. CREPIN, *Les entreprises privées face au fait religieux : entre fantasme et pragmatisme*, Dr. soc. 2015, p. 694.

⁸³³ L'expression est issue de la synthèse des résultats partiels de mai 2013 concernant l'enquête de l'Institut Randstad et de l'Observatoire du Fait Religieux en Entreprise (OFRE).

⁸³⁴ Les faits religieux observés par 65 % des salariés regroupent des pratiques personnelles peu perturbatrices (port de signe religieux, demande d'absence pour une fête religieuse, demande d'aménagement des horaires et prières pendant les pauses) et des faits remettant en cause l'organisation du travail (stigmatisation d'une personne, refus de réaliser certaines tâches, refus de travailler avec ou sous les ordres d'une femme, prières pendant le temps de travail). Mais, en 2016, le baromètre Randstad-OFRE détecterait une meilleure maîtrise de ces situations, les managers de terrain étant mieux encadrés et soutenus par leur hiérarchie. Si les cadres et managers demeurent majoritairement hostiles à ce que l'entreprise s'organise autour de la religion, ils considèrent cependant qu'il ne faut pas inscrire le principe de neutralité dans le règlement intérieur : Étude Institut Randstad-OFRE sur le fait religieux en entreprise, *La forte hausse du fait religieux en entreprise en 2016 acte sa banalisation*, Communiqué de presse, 22 septembre 2016 ; C. CHAMBRAUD, *La pratique religieuse s'invite plus fréquemment au travail*, Le Monde, 22 septembre 2016.

⁸³⁵ Cette proportion serait passée de 2 % en 2013 à 6 % en 2015.

160. La faible présence de la conscience religieuse dans le Code du travail. Or, en parcourant le Code du travail, qui recense les règles de droit applicables aux entreprises privées, il apparaît que le terme de « *religion* » n'apparaît qu'une seule fois, à propos de la libre adhésion des salariés au syndicat de leur choix⁸³⁶. L'adjectif « *religieux* » est quant à lui cité cinq fois, concernant l'interdiction des discriminations⁸³⁷, le contenu du règlement intérieur⁸³⁸, les listes des candidats à l'élection des conseillers prudhommaux⁸³⁹ ainsi que dans deux dispositions propres au repos et aux jours fériés dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin⁸⁴⁰. En réalité, l'article L. 1121-1 du Code du travail a longtemps été la seule disposition à énoncer, sans faire état de la « *religion* »⁸⁴¹. Sa récente déclinaison à l'article L. 1321-2-1 du même code, concernant l'instauration d'un principe de neutralité par le règlement intérieur, mentionne uniquement les « *convictions* », l'adjectif « *religieuses* » étant passé sous silence. Néanmoins, *in fine*, ces articles ne permettraient pas de savoir où se situe la limite à partir de laquelle l'encadrement du droit de manifester sa religion remettrait en cause la liberté de conscience religieuse⁸⁴².

161. Apporter des réponses. Si de grandes entreprises élaborent des guides à destination de leurs managers pour tenter d'explicitier ces dispositions légales⁸⁴³, de nombreux employeurs continuent de se sentir désemparés pour régler les situations conflictuelles. Cela est d'autant plus problématique que la religion est devenue un sujet sur lequel la communauté

⁸³⁶ C. trav. art. R. 2146-5.

⁸³⁷ C. trav. art. L. 1132-1.

⁸³⁸ C. trav. art. L. 1321-3.

⁸³⁹ C. trav. art. L. 1441-23.

⁸⁴⁰ C. trav. art. L. 3134-4 et L. 3134-5.

⁸⁴¹ C. trav. art. L. 1121-1 : « *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* ».

⁸⁴² N. MAGGI-GERMAIN, *Communauté, communautarisme, religion et fait religieux : de la nécessité d'opérer quelques clarifications sémantiques et juridiques*, Dr. soc. 2015, p. 674. Selon Jean-Louis Bianco, le président de l'Observatoire de la laïcité, « *loin de clarifier la situation, l'article de la loi El Khomri qui permet à une entreprise d'insérer dans son règlement intérieur des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise débouchera sur une nouvelle incertitude juridique et multipliera les contentieux* » : C. CHAMBRAUD, *Religion au travail : les crispations se font plus fortes depuis les attentats*, Le Monde, 13 septembre 2016.

⁸⁴³ Dans le répertoire de 2011 de l'Observatoire de la Responsabilité Sociétale des Entreprises (ORSE), qui comprend dix-huit fiches sur la prévention des discriminations, il y en a une sur « *les convictions religieuses* » qui cite des règles et guides élaborés par de grandes entreprises et donne des exemples d'attitudes acceptables de la part de l'employeur. Ce guide bénéficie du soutien du MEDEF et des cinq confédérations syndicales salariales.

de travail attend une certaine fermeté de la part de la direction⁸⁴⁴. Face au constat de la difficulté à traiter les revendications issues de la conscience religieuse en entreprise (§1), il faut tenter d'apporter des solutions avant que les situations conflictuelles ne se généralisent (§2).

§ 1 : Le constat des difficultés actuelles de traitement

162. L'inventaire des comportements posant problème. La recherche de sens au travail⁸⁴⁵, le besoin de reconnaissance⁸⁴⁶ et le sentiment d'insécurité économique lié au contexte de crise, peuvent favoriser le développement des revendications religieuses dans l'entreprise⁸⁴⁷, ainsi que le risque d'y voir se structurer des rapports collectifs autour de l'appartenance religieuse⁸⁴⁸. Or, de tels regroupements ne reposent pas sur la solidarité à l'origine du droit social et sont susceptibles de remettre en cause son application⁸⁴⁹. Dès 2013, l'Institut Randstad et l'OFRE ont répertorié les comportements problématiques qui peuvent être rencontrés en entreprise et ne peuvent être résolus par le management de proximité. Parmi ceux-ci, se trouvent, entre autres, les attitudes discriminatoires à l'égard de collègues féminins, l'absentéisme ou le port de signes ostentatoires. Dans son premier rapport annuel de 2014, l'Observatoire de la laïcité a aussi recensé six types de demandes en lien avec la conscience

⁸⁴⁴ C'est en effet le constat qui a été réalisé par la plupart des participants aux entretiens de la cohésion sociale organisés à Paris le 12 septembre 2016 par l'Institut Montaigne, le réseau Entreprise & Personnel et le cabinet d'avocats d'affaires August & Debouzy : « *Après les attentats, a témoigné Luis Molina, directeur des compétences et performances sociétales chez EDF, le regard du collectif de travail a complètement changé. Avant, il portait un regard bienveillant [sur les revendications religieuses]. Aujourd'hui, il demande aux managers de prendre position très fermement* » ; « *A la RATP, Patrice Obert, nommé délégué général à l'éthique au lendemain des attentats du 13 novembre 2015 (...), a fait le même constat : ce qui a changé, c'est le basculement du consensus global. Avant, il tendait spontanément à considérer qu'il fallait respecter la liberté de chacun lors d'une demande liée à la religion. L'actualité a fait que les choses sont aujourd'hui différentes* » : propos retranscrit dans l'article de : C. CHAMBRAUD, *art. préc.*

⁸⁴⁵ G. GALINDO et H. ZANNAD, *La quête de réponses face aux revendications religieuses dans les grandes entreprises françaises*, Dr. soc. 2015, p. 687.

⁸⁴⁶ « *Les requêtes religieuses qui se manifestent dans l'entreprise peuvent être un appel de reconnaissance. (...) Elles peuvent s'annoncer alors comme la venue au jour de non-dits, de malaises et de souffrances variés, (...).* ». Développer une « *écoute bienveillante* », à partir des revendications religieuses du collaborateur, « *n'est en rien un engagement à répondre positivement à ses demandes. C'est seulement manifester à l'autre qu'il est reconnu comme un autre soi-même en ses richesses comme en ses fragilités.* » : V. LECLERCQ, *L'appel des collaborateurs à la reconnaissance*, in *Entreprises et diversité religieuse, un management par le dialogue*, dir. T.-M. COURAU, Association française des managers de la diversité, mars 2013, p. 101-102.

⁸⁴⁷ C'est ce que le Professeur Jean Savatier appelait des « *problèmes délicats* » qui « *peuvent se poser en cas de conflits entre des devoirs religieux et les horaires ou la discipline de l'entreprise* » : J. SAVATIER, *La liberté dans le travail*, Dr. soc. 1990, p. 49.

⁸⁴⁸ N. MAGGI-GERMAIN, *Communauté, communautarisme, religion et fait religieux : de la nécessité d'opérer quelques clarifications sémantiques et juridiques*, Dr. soc. 2015, p. 674.

⁸⁴⁹ F. GAUDU, *La religion dans l'entreprise*, Dr. soc. 2010, p. 65.

religieuse auxquelles les managers sont confrontés⁸⁵⁰. Saisies de ces situations complexes et susceptibles de créer des tensions dans les relations professionnelles, les juridictions du droit du travail semblent traiter ces affaires au cas par cas. Cette approche casuistique est notamment recommandée par l'Observatoire de la laïcité, qui prône cette approche de façon constante depuis 2013⁸⁵¹ et ne distille que quelques conseils de management.

163. Comme ce fut le cas lors de l'étude de la conscience dans l'entreprise de tendance laïque, il convient de s'intéresser d'une part au traitement de la présence, c'est-à-dire aux cas où la conscience religieuse se manifeste de façon visible par une action ou une demande de l'intéressé en parallèle de l'exécution du travail (**I**), puis, au traitement de l'absence d'exécution du travail, sous ses différentes formes (**II**)⁸⁵².

I : Le traitement de la présence

164. Il serait faux de considérer que toutes les expressions visibles de la conscience religieuse prêtent à débat dans l'entreprise. Ainsi, si certaines questions semblent pouvoir dorénavant être réglées sans difficulté (**A**), d'autres connaissent une issue plus incertaine car leur traitement est encore très empreint de casuistique (**B**).

A. Les questions *a priori* résolues

165. Le prosélytisme et les agissements sexistes. Sur son lieu de travail, le salarié est tenu à « *une certaine réserve* »⁸⁵³ si bien que le prosélytisme⁸⁵⁴ à destination de ses collègues, ou

⁸⁵⁰ Ces six situations sont les préférences alimentaires, le comportement entre salariés, les horaires aménagés, les demandes de recueillement, les jours « *fériés* » supplémentaires, l'apparence vestimentaire et le port de signe.

⁸⁵¹ Cela ressort de son guide sur la gestion du fait religieux de 2013, rapport annuel de 2014 et rapport de 2015. Dans son deuxième rapport annuel, l'Observatoire a présenté trois principes de management : partir des démarches particulières pour rechercher une solution convenant à tout le personnel, invoquer le principe d'équidistance – c'est-à-dire de neutralité et de discrétion par rapport aux collègues, clients, fournisseurs – et s'en tenir à la situation de travail sans tenter d'interpréter des textes religieux.

⁸⁵² De nombreuses décisions de justice citées au sein de cette partie proviennent de : *La religion et l'entreprise*, Numéros juridiques, Liaisons sociales, mars 2015.

⁸⁵³ F. MESSNER, P.H. PRELOT et J.-M. WOEHRING, *Traité de droit français des religions*, Litec, 2003, p.713.

⁸⁵⁴ La CEDH a distingué le témoignage chrétien du prosélytisme dans son arrêt « *Kokkinakis* » : « *le premier correspond à la vraie évangélisation qu'un rapport élaboré en 1956, dans le cadre du Conseil œcuménique des Églises qualifie de « mission essentielle » et de « responsabilité de chaque chrétien et de chaque Église »* », tandis que « *le second en représente la corruption ou la déformation. Il peut revêtir la forme d'« activités offrant des avantages matériels ou sociaux en vue d'obtenir des rattachements à une Église ou exerçant une*

du public de l'entreprise, est unanimement condamné. Est ainsi considéré comme justifié le licenciement d'un salarié ponctuant son activité d'invocations religieuses⁸⁵⁵ ou celui d'un salarié profitant de ses contacts avec la clientèle pour diffuser ses opinions religieuses⁸⁵⁶. Le prosélytisme, à condition d'être prouvé⁸⁵⁷, paraît d'autant plus répréhensible lorsqu'il existe un contact avec un public plus vulnérable⁸⁵⁸, à l'image de l'assistante maternelle ou de l'aide à domicile obligeant à participer à des activités des témoins de Jéhovah⁸⁵⁹ ou encore de l'infirmière forçant les patients à prier⁸⁶⁰. L'employeur doit aussi être très vigilant au contenu

*pression abusive sur des personnes en situation de détresse (...) voire impliquer le recours à la violence ou au « lavage de cerveaux » ; plus généralement, il ne s'accorde pas avec le respect dû à la liberté de pensée, de conscience et de religion d'autrui » : CEDH, 25 mai 1993, n° 14307/88, Kokkinakis c/ Grèce, §48 ; cf. supra note n° 534. « De fait on distingue ainsi traditionnellement le « cas de conscience », tension personnelle et individuelle, expression d'un conflit interne à la personne, de la « pression de conscience » qui se définit à l'extérieur de la personne et peut causer une atteinte à la conscience d'autrui. (...) l'invocation d'une pression même de conscience n'est pas en soi une justification de nature à sanctionner un acte qualifié hâtivement d'agissement prosélyte abusif » : A. GRAY, *Le prosélytisme religieux au sein de l'entreprise*, in *Travail et religion*, actes du colloque du 14 juin 2013 à la Faculté de Droit de Montpellier, CSBP, juillet-août 2003, p. 37, spéc. p. 39. Sur ce sujet en droit pénal : F. SAFI, *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, préf. Ph. CONTE, Institut universitaire Varenne, LGDJ, 2014.*

⁸⁵⁵ Est reconnu comme fondé sur un motif réel et sérieux le licenciement d'un salarié multipliant les « digressions ostentatoires orales sur la religion », notamment par le biais de chants religieux : CA Basse-Terre, 6 novembre 2006, n° 06/00095, *EURL Platrerie Saint-Martinoise c/ Lincertin*, Juris-Data n° 2006-335238 ; JCP E 2007, n° 30, p. 53.

⁸⁵⁶ En l'occurrence, la salariée, femme de chambre d'un hôtel, déposait des publications sur les témoins de Jéhovah dans les chambres des clients : CA Aix-en-Provence 15 février 1989, n° 87-5141, *Ouazanac c/ Zumbe*, Juris-Data n° 1989-051714. Le salarié qui développe un prosélytisme dépassant le cadre normal de la liberté d'expression commet une faute (le salarié travaillant dans un magasin avait placé un drapeau emblème de sa confession à l'accueil, distribuait des livres religieux au personnel et à la clientèle en insistant avec véhémence pour qu'ils soient lus sur place et diffusait des chants religieux) : CA Rouen, 25 mars 1997, n° 95-04028, *Leblay c/ Lemaître*, Juris-Data n° 1997-042342.

⁸⁵⁷ Une clause stipulant la « plus stricte neutralité religieuse » figurait dans le contrat de travail d'un moniteur d'animation engagé par une association gérant un centre éducatif fermé prenant en charge des adolescents en difficulté. Le règlement intérieur de cette association interdisait également tout prosélytisme. Le moniteur a été licencié pour avoir « pratiqué un rituel religieux au vu et au su des adolescents qu'il accompagnait et encadrait lors d'un transfert hors du centre éducatif ». Mais la cour d'appel a considéré que le licenciement n'avait pas de cause réelle et sérieuse pour défaut de preuve de l'acte litigieux : CA DIJON, 25 mai 2010, n° 09/00490 ; cité par I. RIASSETTO, *Droit privé*, Société, droit et religion 2012/1, n° 2, p. 181-193.

⁸⁵⁸ Si le contact avec un public vulnérable renforce d'autant plus l'interdiction de prosélytisme imposée aux salariés, il entraîne également une plus grande sévérité à l'égard de ceux qui refusent de respecter les convictions religieuses du public dont ils ont la charge, à l'instar d'une éducatrice spécialisée travaillant pour une association d'aide aux infirmes moteurs cérébraux qui a été licenciée pour faute grave pour avoir, entre autres, servi de la viande de porc à des pensionnaires dont elle connaissait pourtant les convictions religieuses incompatibles avec une telle alimentation : Cass. soc., 16 juin 2009, n° 08-41.537, inédit.

⁸⁵⁹ CAA Nantes, 28 décembre 2001 n° 98-02067, *Département du Cher*, Juris-Data n° 2001-171643 ; CA Toulouse, 21 mai 2008, n°07-1305, *Jaozafy c/ Aramini* ; RJS 2009, n° 309 (les enfants devaient faire une prière à Jéhovah avant le repas) ; CA Nancy, 30 juin 2006, n° 04-1847, *Saint-Dizier c/ Association départementale d'aide aux personnes âgées et aux handicapés des Vosges* ; RJS 2007, n° 155.

⁸⁶⁰ CA Versailles, 6 décembre 2012, n°11-02076, *A. G. c/ SAS Clinique médicale du Parc* ; RJS 2013, n° 262.

des actions de formation professionnelle⁸⁶¹ et des séminaires à destination de ses salariés, que ceux-ci soient dispensés par un prestataire de service⁸⁶², ou par des cadres dirigeants de l'entreprise⁸⁶³. Il doit cependant veiller à respecter la liberté d'expression dont les salariés jouissent dans l'entreprise et ne peut en sanctionner que les abus⁸⁶⁴. Par ailleurs, comme l'avait rappelé la HALDE, le port d'un vêtement ou d'un insigne manifestant l'appartenance à une religion, à un parti politique ou à un mouvement philosophique ne constitue pas en soi un acte de prosélytisme⁸⁶⁵. Une autre question, suffisamment grave pour ne pas porter à débat, concerne la possibilité de sanctionner les comportements sexistes, notamment ceux qui seraient motivés par des raisons religieuses. En 2015, le législateur a d'ailleurs pris acte de l'intransigeance des juges du fond à ce sujet⁸⁶⁶ en introduisant une disposition dans le Code

⁸⁶¹ A été condamné pénalement, pour publicité de nature à induire en erreur et tromperie sur les qualités substantielles des prestations fournies, le gérant d'un centre de formations aux métiers de la vente dont la société était sous l'obédience de l'Église de scientologie : Cass. soc. 15 novembre 1990, n° 90-81.821, Bull. crim., n° 386.

⁸⁶² Le formateur incitait les salariés de l'entreprise cliente à rejoindre l'Église de scientologie, dont il était membre : CA Versailles, 23 janvier 1998, n° 95-00009736, *Cassan c/ SARL Diace Conseil*, Juris-Data n° 1998-040199 ; C. WILLMANN, *La bonne foi contractuelle et les convictions religieuses*, JCP E 1999, p. 900 (critiquant l'absence de travail de délimitation entre le prosélytisme « normal » et le prosélytisme « abusif »).

⁸⁶³ Les salariés peuvent faire valoir leur droit d'expression pour faire face au prosélytisme de l'équipe dirigeante et refuser de participer à des formations organisées par une association prosélyte, répertoriée par des commissions parlementaires belges et françaises pour ses pratiques sectaires. Le directeur commercial de l'entreprise était membre de l'association et son épouse avait participé à sa création. Les séminaires étaient l'occasion d'une auto-culpabilisation publique des salariés relevant de la manipulation psychologique : CA Versailles, 22 mars 2001, *Petitjean c/ SA Essor optique* ; RJS 2001, n° 1255.

⁸⁶⁴ Est cassé l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence qui a jugé fondé sur une cause réelle et sérieuse le licenciement de l'agent de sécurité ayant diffusé pendant le temps de travail un message comportant « une connotation politique et religieuse, totalement inappropriée dans une entreprise laïque », sans caractériser, au regard de la tâche d'agent de sécurité de l'intéressé et de l'activité de l'entreprise spécialisée dans ce même domaine, un abus du salarié dans l'usage de la liberté d'expression : Cass. soc. 1^{er} juillet 2015, n° 14-13.871, inédit ; B. BOSSU, *L'envoi d'un message à connotation religieuse au temps et au lieu du travail*, RDT 2015, p. 614.

⁸⁶⁵ HALDE, délib. n° 2009-117, 6 avril 2009.

⁸⁶⁶ L'attitude fautive du salarié n'était pas motivée par sa conscience religieuse ici mais le juge a considéré que le blâme infligé au salarié qui refusait de serrer la main de collègues, en prétextant d'une pandémie, était une sanction proportionnée : CA Lyon, 8 septembre 2015, n° 13-10060. Un conducteur de la RATP licencié pour une succession de manquements révélant une conduite dangereuse a tenté, sans succès, de faire valoir que son licenciement était discriminatoire et résultait d'un acharnement à son égard dû à ses convictions religieuses, étant donné qu'il avait déjà été sanctionné pour le port d'une tenue non-conforme, la pratique de prières dans le bus à la vue des clients et le refus de serrer la main des femmes : CA Paris, 13 novembre 2015, n° 15-03855 ; cité par A. CASADO, *La relation individuelle de travail face au terrorisme : quelques précisions dans la jurisprudence récente*, CSBP n° 281, janvier 2016, p. 7. À la même période que cet arrêt, au sein de la RATP, la pratique de comportements sexistes de la part de chauffeurs de bus de confession musulmane, à l'égard de leurs collègues de sexe féminin, a été rapportée (refus de serrer la main ou de conduire le même bus). La RATP a rappelé qu'elle n'hésite pas, dans ce type de situation, à appliquer la procédure disciplinaire et à prononcer des sanctions : J. HITCHCOCK, *Paris : La montée des « discriminations » religieuses contre les femmes à la RATP inquiète*, 20 minutes, 19 novembre 2015.

du travail selon laquelle nul ne doit subir d'agissement sexiste⁸⁶⁷. Cependant, par le choix du positionnement de cet article dans le Code⁸⁶⁸, aucun aménagement de la charge de la preuve ni aucune sanction directe n'est attachée à ce comportement. Il est permis de penser que cela permettra toutefois au salarié de s'en prévaloir plus facilement à l'occasion d'une réclamation ou d'une prise d'acte de la rupture.

166. Les règles alimentaires. Il existe d'autres situations plutôt faciles à résoudre. L'utilisation des locaux de l'entreprise à des fins religieuses est également sévèrement sanctionnée, comme lorsque le salarié abat rituellement un animal sur son lieu de travail⁸⁶⁹. Mais, en dehors de cette interdiction, des aménagements simples sont possibles pour permettre aux salariés de suivre leurs préceptes religieux. L'employeur est en effet invité à prendre en considération les interdits religieux relatifs à la consommation de certains aliments, suivis potentiellement par une partie de son personnel. Il faut d'emblée préciser que si ce dernier doit mettre un local de restauration ou un emplacement adéquat à disposition des salariés⁸⁷⁰, il n'est en revanche pas obligé de contribuer à leur repas. En pratique, la formule financièrement avantageuse⁸⁷¹ de la restauration collective est souvent adoptée par un grand nombre d'entreprises. La possibilité d'aménager le menu ou l'installation d'un self-service apparaissent alors comme les solutions les plus accommodantes, car elles permettent à chacun de choisir une nourriture adaptée à ses convictions religieuses. En pratique, les travailleurs prennent en considération, quand ils en ont connaissance, les convictions de leurs collègues lorsque des événements nécessitant un buffet sont organisés, afin d'éviter tout sentiment de mise à l'écart.

⁸⁶⁷ Article L. 1142-2-1 : « Nul ne doit subir d'agissement sexiste, défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ». Cette règle a été introduite par l'article 20 de la loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, dite « Rebsamen ».

⁸⁶⁸ Il ne figure pas dans le titre relatif aux discriminations mais dans celui concernant l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

⁸⁶⁹ Dans ce premier cas, le licenciement pour faute grave du salarié, gérant du magasin, abattant des moutons dans la réserve, à l'occasion de l'Aïd El Kebir, est validé : CA Riom, 25 septembre 2012, n° 11-00386, *Hakim Bendraoua c/ Société Coopérative Umodis*, Juris-Data n° 2012-022265. Mais, dans le second, le licenciement pour faute grave est requalifié en licenciement pour cause réelle et sérieuse car le salarié était un ouvrier d'abattoir et avait commis à titre ponctuel cet abattage à des fins personnelles : CA Limoges, 19 novembre 2002, n°2001-766, *Cissé c/ SA Arcadie Centre Est*, Juris-Data n° 2002-206569.

⁸⁷⁰ C. trav. art. R. 4228-22 et R. 4228-23.

⁸⁷¹ En effet, des exonérations de cotisations sont prévues lorsque l'employeur met en place une cantine ou distribue des titres-restaurant, sous certaines conditions fixées par l'administration. En revanche, les indemnités de repas constituent des avantages en nature assujettis aux cotisations sociales, sauf pour les salariés en déplacement professionnel : Circulaire DSS B n° 2003-07 du 7 janvier 2003, BOSS n° 2003-04.

167. Le jeûne. La conscience religieuse d'un salarié peut aussi l'obliger à jeûner durant une période donnée. Le jeûne a des conséquences variables selon l'intervention choisie par l'employeur en matière de repas. Il a déjà été jugé que si l'employeur fournit un repas gratuit dans une cantine⁸⁷², ou s'il rembourse la note de restaurant des ouvriers en déplacement⁸⁷³, il n'est pas possible de prétendre à une compensation pécuniaire lorsque le repas n'est pas pris. De façon analogue, s'il n'existe pas de cantine et que l'employeur accorde une prime de repas aux salariés, il ne peut en réclamer la restitution à ceux pratiquant le jeûne⁸⁷⁴. Enfin, en période de jeûne prolongé, l'employeur, responsable de la santé et de la sécurité de ses salariés⁸⁷⁵, doit tenir compte des risques de déshydratation et de baisse de concentration. Si l'employeur ne sait pas forcément qui est concerné, puisque ce choix relève de la vie privée et peut être gardé secret, il peut cependant organiser des réunions d'informations sur ces risques, en amont de la période de jeûne. Bien entendu, comme le recommandait la HALDE⁸⁷⁶, si les salariés concernés se laissent identifier et que l'employeur l'estime utile, il est alors plus simple de réorganiser temporairement le contenu du poste ou le temps de travail des intéressés, à condition toutefois d'obtenir leur consentement en cas de modification du contrat de travail. Une certaine bienveillance est attendue de la part de l'employeur⁸⁷⁷, qui peut notamment s'inspirer des recommandations objectives – puisque liées à un événement climatique indépendant de toute conscience humaine – des ministères sociaux en cas de canicule⁸⁷⁸.

⁸⁷² Cass. soc., 5 juin 1986, n° 83-43.454, Bull. civ. V, n° 289 ; Cass. soc., 16 février 1994, n° 90-46.077, Bull. civ. V, n° 58.

⁸⁷³ Cass. soc., 30 janvier 2002, n° 00-40.805, inédit.

⁸⁷⁴ CA Paris, 26 janvier 1990, n° 34-277.89, *Guenadzia c/ Bondon*, Juris-Data n° 022167.

⁸⁷⁵ C. trav. art. L. 4121-1 et R. 4121-1. Sur l'obligation de sécurité de résultat : *cf. infra* n° 302 s.

⁸⁷⁶ HALDE, délib. n° 2008-10, 14 janvier 2008 : à propos d'un animateur de classe de mer qui ne souhaite pas prendre ses repas avec les enfants, alors que cela lui est imposé par l'association, la HALDE énonce qu'en imposant une telle obligation, l'employeur désavantage les personnes désireuses de suivre un régime alimentaire, en raison de leurs convictions religieuses ou de leur état de santé.

⁸⁷⁷ Ne justifie pas un licenciement pour désorganisation de l'entreprise le fait pour un salarié, travaillant en équipe de nuit de 20h à 4h, de prendre une demi-heure de pause pour se nourrir en période de ramadan : CA Paris, 6 juin 1991, n°37011-90, *Société Sofrapain Lyon c/ Hakim*, Juris-Data n° 1991-022838.

⁸⁷⁸ Instruction interministérielle du 12 mai 2015 relative au Plan National Canicule 2015.

B. Les questions en attente de résolution

168. La présence équivoque de la religion. La question la plus grave est celle de la radicalisation, revendiquée par ses adeptes comme étant d'origine religieuse. Contrairement au prosélytisme, celle-ci n'est pas forcément visible sur le lieu de travail, les employeurs étant d'ailleurs généralement alertés par les services antiterroristes de l'État⁸⁷⁹. Or, le fait qu'un salarié soit signalé par le ministère de l'Intérieur comme devant faire l'objet d'une mesure particulière de surveillance ne permet pas son licenciement automatique, si bien que les employeurs se retrouvent parfois dépourvus de moyens d'action légaux⁸⁸⁰. Les revendications liées au port de signes religieux sont également délicates à résoudre. Une distinction préalable devrait être effectuée entre la notion de symbole et celle de signe religieux, qui serait moins inoffensive au regard de la cohésion sociale puisque le signe a « *vocation à changer le monde qui l'entoure* » et peut se transformer en dépit d'une interdiction⁸⁸¹. Aussi, en entreprise, la question du port de signes religieux pose en effet davantage de difficultés que celle de la parure du symbole⁸⁸². Le premier écueil rencontré par l'employeur est celui de l'identification du signe religieux, étant donné le traitement singulier susceptible de lui être réservé, alors que l'indifférence serait de mise en dehors de toute connotation religieuse. Il s'agit de sonder les

⁸⁷⁹ Les employeurs ne connaissent pas nécessairement les risques liés à la présence de certains salariés à certains postes. Lors de l'adoption de la proposition de loi n°3109, relative notamment à la lutte contre le terrorisme dans les transports publics, l'amendement visant à transmettre les fiches dites « S », pour sûreté de l'État, aux employeurs a été rejeté.

⁸⁸⁰ A. FAIRISE, *Les employeurs démunis face à la radicalisation*, Liaisons sociales magazine, janvier 2016, n°168, p. 32.

⁸⁸¹ « *Le symbole religieux est arbitraire. Autrement dit, il ne relève pas d'une essence divine créatrice de sainteté, mais il est l'expression d'une préoccupation humaine. Le symbole religieux signale donc une appartenance à une communauté de pensée. Son effet se limite à ce signalement. Le symbole, inoffensif au regard de la cohésion sociale de l'entreprise, ne devrait en aucun cas poser de difficultés dans le monde du travail (...). Le signe religieux, par contre, est par essence issue d'une volonté divine. (...) le signe trouve sa source dans la parole de dieu et souvent dans les textes saints. Il ne se contente pas de signaler une fidélité de foi ou l'appartenance à une communauté de pensée, il est, par sa nature même, fondateur d'un monde nouveau.* ». L'auteur donne comme exemple de symboles la croix, le poisson, l'étoile ou la main, et comme exemples de signes le voile, la perruque ou la barbe : P. BANON, *Dieu et l'entreprise, Comprendre et gérer les cultures religieuses*, Éditions d'Organisations, 2006, p. 60.

⁸⁸² Si les développements qui suivent s'intéressent aux rapports entre salariés et employeurs, il faut toutefois savoir que la question du port de signe religieux commence aussi à se poser pour certaines professions libérales comme les avocats. Si leur statut d'auxiliaires de justice ne suffit pas à leur étendre l'obligation de neutralité applicable au sein des services publics, il faut sans doute chercher dans les règles de la profession, telles que l'indépendance vis-à-vis de l'État et de toute organisation sociétale (article 3 de la loi du 31 décembre 1971) et la participation à la pratique universelle du droit (article 6.1 du RIN). Ainsi, le barreau de Paris a décidé qu'un devoir de neutralité s'impose aux avocats dans le cadre de leurs fonctions judiciaires. Si le devoir était étendu au-delà, l'exigence de proportionnalité serait plus difficile à démontrer : B. BONNET et J. FERRON, *Le port de signes religieux par les avocats*, JCP G 2018, n°781, p. 1325. Un alinéa, créé en séance du Conseil du 7 juillet 2015, a été ajouté à l'article P.33 du règlement intérieur du Barreau de Paris : « *L'avocat ne peut porter avec la robe de signe manifestant ostensiblement une appartenance religieuse, communautaire ou politique.* ».

consciences pour faire la distinction entre une salariée qui porte le foulard par conviction religieuse et celle qui souhaite masquer les effets d'une maladie grave, ou entre le salarié portant une barbe en écho à une mode actuelle et celui suivant la voix de sa conscience⁸⁸³.

169. L'interdiction du port de signe pour des motifs d'ordre d'hygiène ou de sécurité.

En admettant que la révélation du caractère religieux du signe se fasse sans embûche, il faut trouver une réponse qui n'encoure pas la censure. Il n'y a pas matière à controverse si la sécurité des personnes ou l'hygiène est en jeu⁸⁸⁴. Ainsi, le Conseil d'État a jugé que la clause d'un règlement intérieur imposant de porter une tenue vestimentaire spécifique sur les chantiers est « *justifiée par les tâches à accomplir et n'est pas disproportionnée au but de protection recherché* »⁸⁸⁵. Cet impératif de justification est posé par l'article L. 1321-3 du code du travail, en écho à l'article L. 1121-1 précité, et par la liberté détenue par les salariés de se vêtir selon leurs souhaits⁸⁸⁶, bien qu'il ne s'agisse toutefois pas d'une liberté fondamentale⁸⁸⁷. Par exemple, le port du voile est souvent interdit par l'employeur et les CHSCT à proximité des machines tournantes ou rotatives, ainsi que dans les entreprises agro-alimentaires et du bâtiment où il n'est pas forcément compatible avec le port obligatoire du calot⁸⁸⁸ ou du casque. L'interdiction faite à une technicienne d'un laboratoire d'analyses médicales de porter le foulard a ainsi été jugée légitime car elle était, entre autres raisons, justifiée par le respect des règles d'hygiène⁸⁸⁹.

⁸⁸³ Cette difficulté est également soulevée par le Conseiller doyen Philippe Waquet : Ph. WAQUET, *Convient-il d'interdire le port de signe religieux dans l'entreprise ?*, RDT 2009, p. 485.

⁸⁸⁴ Mais certaines entreprises recherchent quand même des accommodements. EDF a par exemple organisé la possibilité de se découvrir de manière privée, dans le cadre des contrôles imposés à l'accès sur les sites des centrales nucléaires : propos de Jean-Baptiste Obeniche, Responsable du pôle Innovation, Diversité et Performance au travail, in *La religion détonne dans l'entreprise*, *Entreprise & Carrières*, n° 1372, p. 14.

⁸⁸⁵ CE, 16 déc. 1994, n° 112.855, *Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/ Sté Ascinter Otis* ; RJS 1995, n°128.

⁸⁸⁶ L'obligation imposée à tous les salariés de porter une blouse blanche a été jugée illicite : Cass. soc., 18 février 1998, n° 95-43.491, Bull. civ. V, n° 90 ; M.-C. HALLER, *Imposer une tenue vestimentaire : une prérogative sous haute surveillance*, JSL 1998, 11.

⁸⁸⁷ Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273, Bull. civ. V, n° 178 ; P. LOKIEC, *Tenue correcte exigée, des limites à la liberté de se vêtir à sa guise*, Dr. soc. 2004, p. 132 ; J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, *GADT*, Dalloz, 4^e édition, 2008, n° 69, p. 327 et s. ; CA Besançon, 9 octobre 2009, n° 09-603, *Juris-Data* n° 2009-380792.

⁸⁸⁸ Un employeur peut licencier une salariée qui refuse d'ôter son foulard alors que le port du calot est imposé par les règles d'hygiène pour la vente d'aliments : HALDE, délib. n° 2009-311, 14 septembre 2009. N'est pas discriminatoire le licenciement pour faute grave d'un agent hôtelier dans une maison de retraite, qui préparait les repas et refusait les aménagements envisagés par l'employeur alors que les dispositions réglementaires imposent une coiffe englobant l'ensemble de la chevelure : HALDE, délib. n° 2010-166, 18 octobre 2010.

⁸⁸⁹ L'interdiction était aussi justifiée par l'exigence de neutralité à l'égard de la clientèle, « *dont les convictions sont variées* » et au contact de laquelle la technicienne exerçait son emploi : CA Versailles, 23 novembre 2006, n° 05-05149, *Paulin c/ SCP Marquis Lazenberg* ; RJS 6/07, n° 697.

170. L'interdiction du port de signe en raison des contacts avec la clientèle. En dehors de ces cas⁸⁹⁰, la justification de l'interdiction doit résulter d'un équilibre entre le respect des libertés individuelles du salarié et la préservation de la bonne marche de l'entreprise⁸⁹¹. Sans parler de religion dans un premier temps, l'atteinte portée à l'image de l'entreprise – et surtout les risques économiques pouvant en découler – permet à l'employeur d'interdire le port d'un survêtement⁸⁹², celui d'un bermuda sous une blouse⁸⁹³ ou la coiffure à l'« iroquoise »⁸⁹⁴ aux salariés en contact avec la clientèle⁸⁹⁵. Pour en revenir à la religion, les juridictions du travail⁸⁹⁶ confirment des décisions de licenciement lorsque les salariées refusent d'ôter leur

⁸⁹⁰ Un autre cas particulier serait celui d'une salariée qui se présenterait avec un voile intégral dans l'entreprise. Les lieux concernés par l'interdiction de la loi n° 2010-1192 sont ceux de l'espace public. Dès lors, ils « semblent distincts de l'entreprise privée ». A moins que le lieu de travail de la salariée ne soit un lieu ouvert au public, comme un restaurant, un magasin ou une salle de spectacle, l'employeur ne saurait se fonder sur cette loi pour interdire le port d'une tenue dissimulant son visage. En revanche, il devrait pouvoir le faire sur la base des articles du Code du travail : I. DESBARATS, *Quelle place pour la religion au travail ? Débat classique, nouveaux enjeux*, in *Le travail humain au carrefour du droit et de la sociologie*, Hommage au Professeur Nikitas Aliprantis, Presses Universitaires de Strasbourg, 2014, p. 133-134. « Il importe bien évidemment au préalable de souligner qu'il ne s'agit pas de se présenter sur le lieu de travail affublée d'un « hidjab total » couvrant de la tête au pied, ni d'un « tchador » à l'iranienne ou d'un « burqa » afghan où le visage est dissimulé sous un grillage et les mains sont gantées. Ces versions sévères, austères et inquiétantes du voile sont manifestement incompatibles avec une quelconque activité professionnelle. ». « En ce sens, c'est à juste titre que le licenciement d'une vendeuse d'articles de mode pour femme qui était voilée d'un vêtement « la couvrant de la tête aux pieds » a été jugé justifié au regard des impératifs commerciaux, CA Saint Denis de la Réunion, 9 sept. 1997, Sté Milhac Nord c/Méraly. » : P. BOUGHANMI-PAPI, *Le port du voile islamique dans l'entreprise*, JSL 2004, n° 150-151., cf. *infra* note n° 900.

⁸⁹¹ A. BOISGIBAUT-DE BRYAS, *La tenue vestimentaire du salarié*, JCP E 2003, n° 23, 851.

⁸⁹² Cass. soc., 6 novembre 2001, n° 99-43.988, Bull. civ. V, n° 337 ; RJS 2002, n° 8.

⁸⁹³ CA Rouen, 13 novembre 2001, n° 01-3255, *Monribot c/ SA Sagem* ; RJS 2002, n° 8 ; Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273, Bull. civ. V, n° 178 ; M. HAUTEFORT, *Se vêtir à sa guise : une liberté individuelle mais pas fondamentale*, JSL 24 juin 2003, n° 126. « La formulation générale de l'arrêt du 28 mai 2003, peut maintenant être reprise, quel que soit le vêtement incriminé, mais sans que l'on puisse faire grief aux hauts magistrats de prendre position sur la question spécifique du port de vêtement ou accessoires à signification religieuse. Sur les litiges concernant le port de vêtements, on doit donc s'en tenir aux strictes règles posées à propos de la liberté vestimentaire au cours du travail pour décider du bien-fondé de la décision de l'employeur, le juge devant écarter de sa préoccupation toute notion religieuse invoquée dans le débat, dès lors que la discrimination est écartée. » : D. BOULMIER, *Licenciement et religion*, in *Travail et religion*, actes du colloque du 14 juin 2013 à la Faculté de Droit de Montpellier, CSBP, juillet-août 2003, p. 71, spéc. p. 76.

⁸⁹⁴ CA Paris, 7 janvier 1988, n° 86-34010, *BRED c/ Tavier*.

⁸⁹⁵ En revanche, si l'employeur double cette justification d'une référence au sexe de l'intéressé, le licenciement est considéré comme nul car discriminatoire, à l'instar de celui du chef de rang d'un restaurant gastronomique refusant d'ôter sa boucle d'oreille. La cour d'appel avait relevé à raison que le motif de la lettre de licenciement selon lequel « votre statut au service de la clientèle ne nous permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme que vous êtes » a pour cause l'apparence physique du salarié rapportée à son sexe : Cass. soc. 11 janvier 2012, n° 10-28.213, *Sté Bessière frères c/ Wylock*, Bull. civ. V, n° 12 RJS 2012, n° 214 ; B. BOSSU, *Interdire le port de boucles d'oreilles à un homme constitue une discrimination*, JCP S 2012, n° 15, p. 27.

⁸⁹⁶ Certaines juridictions pénales ont qualifié de discriminatoire le refus d'embaucher basé sur la réticence de la clientèle : T. corr. Toulouse, 24 septembre 1998, inédit ; condamnation de charcutiers à un mois de prison avec sursis pour avoir dit ne pouvoir se permettre d'embaucher une personne d'origine maghrébine « du fait de leur clientèle » ; T. corr. Cambrai, 23 février 1999, inédit, pharmacien ayant rejeté la candidature d'un français d'origine marocaine en raison « des goûts de sa clientèle » ; cités par : F. LONGERE, « *Le droit criminel*

voile, alors que leur emploi requiert un contact avec la clientèle⁸⁹⁷ et une apparence discrète⁸⁹⁸. En effet, en cas de refus de suivre l'ordre d'enlever le signe, les juridictions admettent des motifs de licenciement allant de la faute grave à la cause réelle sérieuse, en procédant parfois à des requalifications. *A priori*, il semble que l'employeur ne puisse retenir l'existence d'une faute grave⁸⁹⁹ que lorsqu'il a informé le salarié de l'exigence d'une tenue neutre dès l'embauche. Ainsi, en 1997, les juges du fond ont validé le licenciement pour faute grave d'une salariée qui avait été clairement informée de l'importance de « *la conformité entre l'esprit mode de l'enseigne et la tenue du personnel* »⁹⁰⁰. En 2004, a aussi été validé le licenciement pour faute grave d'une salariée refusant d'ôter son voile alors que, depuis l'entretien d'embauche, elle avait été invitée à le retirer⁹⁰¹. Dans d'autres décisions de la même époque, le licenciement pour faute grave a pu être évincé au profit d'un licenciement pour cause réelle et sérieuse⁹⁰², voire, d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, pour le cas d'une salariée qui portait son voile depuis son entretien d'embauche et avait refusé de l'ôter à l'occasion de son affectation dans des nouveaux locaux, peu importe que ceux-ci fussent

français et les convictions religieuses, philosophiques, morales ou politiques », dir. A. VITU, thèse dactylographiée, Université de Nancy 2, 2001, p. 129. Se rend coupable du délit d'offre d'emploi discriminatoire, la société qui met sciemment en œuvre les consignes discriminatoires de son client (exclusion des personnes non européennes ou de couleur) : Cass. crim., 23 juin 2009, n° 07-85.109, Bull. crim., n° 126.

⁸⁹⁷ « *Cette manière de classer les emplois en fonction de l'attente des clients sur l'apparence physique de ceux qui les servent fait prévaloir les lois économiques de la concurrence sur l'égalité des personnes humaines* » : J. SAVATIER, *Conditions de licéité d'un licenciement pour port du voile islamique*, Dr. soc. 2004, p. 354.

⁸⁹⁸ Selon lui, ce raisonnement est un « *contrôle des conventions sociales* » ou une « *analyse sociologique de la clientèle de l'entreprise* » : P. LOKIEC, *Tenue correcte exigée, des limites à la liberté de se vêtir à sa guise*, Dr. soc. 2004, p. 132

⁸⁹⁹ P.-H. ANTONMATTEI, *À propos de quelques libertés en entreprise*, RDT 2014, p. 391 (retranscription de l'intervention lors du colloque organisé à la Cour de cassation le 7 novembre 2013 sur le thème « *À propos de quelques libertés en entreprise* » : le trouble objectif apporté à l'entreprise devrait être davantage utilisé en tant que motif de licenciement pour refus d'ôter le signe religieux, plutôt que celui de faute.

⁹⁰⁰ La nouvelle tenue vestimentaire de la salariée, un voile la couvrant de la tête aux pieds, adoptée en cours de contrat, n'était pas conforme à l'« *image de marque* » du magasin : CA Saint-Denis de la Réunion, 9 septembre 1997, n°97/703306, *Sté Milhac Nord c/ Meraly* ; S. FARNOCCHIA, *Liberté religieuse du salarié et intérêt de l'entreprise*, D. 1998, p. 546 ; P. BOUGHANMI-PAPI, *art. préc.*, n°150-151, cf. *supra* note n° 890.

⁹⁰¹ CPH Lyon, 16 janvier 2004, n°02-03.452, *Fatima Amrouche c/ SA Téléperformance*, Juris-Data n°2004-238320.

⁹⁰² En l'espèce, les faits ne permettent de savoir si la tenue a été discutée dès l'entretien d'embauche. L'employeur a été considéré comme n'ayant pas d'attitude discriminatoire car il avait fait preuve d'une double tolérance en autorisant la salariée à prendre des congés hors période légale pour se rendre en pèlerinage à La Mecque et ne s'était pas opposé au port du foulard noué en bonnet. La Cour a admis que, dans le cas d'un magasin de fruits et légumes situé dans le centre commercial de La Défense, « *la neutralité ou à défaut la discrétion dans l'expression des opinions personnelles s'impose* » : CA Paris 16 mars 2001, *Charni c/ SA Hamon*, n° 99-31302 ; RJS 11/01 n° 1252 ; JCP E, 2011, n° 31, p. 1339, commentaire de C. PUIGELIER, *Bien-fondé d'un licenciement reposant sur le refus d'une salariée d'abandonner le port ostentatoire du foulard islamique*.

ouverts aux clients⁹⁰³. L'employeur, qui avait toujours connu la salariée sous une même apparence, aurait dû indiquer ses exigences dès le départ. Plus tard, en 2014, il a été décidé en première instance qu'est sans cause réelle et sérieuse, mais non discriminatoire, le licenciement d'une caissière d'hypermarché refusant de retirer son voile car l'employeur ne démontre pas que la restriction à la liberté de manifester sa religion est « *justifiée par la nature de ses tâches et proportionnée au but recherché* »⁹⁰⁴. En revanche, en 2015, a été jugé discriminatoire, et donc nul, le licenciement disciplinaire, par une banque, d'une conseillère de clientèle voilée, à son retour de congé maternité, alors qu'elle lui avait proposé de prendre un poste hors clientèle⁹⁰⁵. Cette diversité de la jurisprudence relative au port du voile s'expliquerait, selon certains, par la volonté des juges de faire preuve de pragmatisme, en donnant une réponse contextualisée selon le cas d'espèce⁹⁰⁶.

171. Les hésitations institutionnelles sur ce sujet. Dans son rapport du 11 décembre 2003, la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, dirigée par Bernard Stasi, a sûrement pris en compte cette jurisprudence casuistique pour préconiser qu'une disposition législative permette au chef d'entreprise « *de régler les tenues vestimentaires et le port de signes religieux, pour des impératifs tenant* » notamment « *aux contacts avec la clientèle* ». Mais le législateur n'a pas repris cette préconisation, malgré une proposition de loi déposée en ce sens le 7 février 2008 à l'Assemblée nationale⁹⁰⁷. Quant à

⁹⁰³ Le contrat de travail comportait dès l'origine une clause de mobilité permettant d'aller directement chez les clients et l'employeur aurait alors dû manifester plus tôt l'interdiction de porter le voile dans ces cas : CA Paris, 19 juin 2003, *Tahri c/ Téléperformance France* ; RJS 2003, n° 1116 ; en première instance : CPH Paris, 17 décembre 2002, n° 02-3547, RJS 2003, n°309.

⁹⁰⁴ La société Carrefour, en produisant de simples sondages d'opinion, n'a pas démontré l'existence d'un risque pour ses intérêts financiers alors que sa publicité cible notamment des produits relevant de pratiques alimentaires religieuses et que le port du foulard ne s'avère pas contraire à l'accord d'entreprise sur la diversité et la cohésion sociale : CPH Lyon, 18 septembre 2014 ; P. ADAM, *Dieu, la caissière et le temple (des marchands) – Du sommet à la base*, SSL 2014, n° 1651.

⁹⁰⁵ CA Paris, 25 novembre 2015, n° 13-05179. Non seulement la banque LCL a invoqué un simple « *risque* » de tensions avec la clientèle, et non des problèmes relationnels existants constitutifs d'un trouble dans l'entreprise, de telle sorte qu'elle ne démontre pas que cette différence de traitement répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, mais, en outre, elle n'a pas justifié par des raisons objectives son refus d'offrir à la salariée un poste sans contact avec la clientèle (l'absence de postes disponibles est contredit par la taille de l'entreprise et par sa communication en termes de diversité ainsi que sur une campagne de recrutements de téléconseillers). La cour d'appel de Paris a rappelé dans son arrêt que le principe de laïcité n'impose « *une stricte neutralité que dans les services publics* » et que le port du foulard ne constitue pas, en soi, « *un acte de pression ou de prosélytisme* » : UNSA Pôle Emploi, Syndicat national, Mensuel mars 2016, disponible sur www.unsa-pole-emploi.fr.

⁹⁰⁶ M. MINE, *Travail et liberté religieuse : ce que dit le droit*, in *Entreprises et diversité religieuse, un management par le dialogue*, dir. Th. M. COURAU, Association française des managers de la diversité, mars 2013, p. 32-33.

⁹⁰⁷ Proposition de loi n° 710 du 7 février 2008 visant à promouvoir la laïcité dans la République (enregistrée à la

la HALDE, elle a commencé par affirmer, dans une délibération de 2008⁹⁰⁸, qu'il est possible de restreindre le droit de manifester ses convictions « *au regard des impératifs imposés par la nature des fonctions exercées* », tels que la santé, la sécurité ou la relation avec la clientèle, mais à condition que les restrictions fassent systématiquement l'objet de discussion avec les intéressés. Puis, en 2009, elle a affirmé au contraire que « *le simple fait d'être au contact de la clientèle ne semble (...) pas être en soi une justification légitime pour restreindre la liberté de religion et de convictions du salarié* »⁹⁰⁹.

172. L'affaire « Micropole » et la discrimination directe. En 2015, dans cette affaire⁹¹⁰, parce que le cas de figure était différent de celui de l'arrêt « *Baby Loup* »⁹¹¹, la Chambre sociale de la Cour de cassation a fait preuve de prudence⁹¹² en renvoyant, à titre préjudiciel à la CJUE, la question de la prise en compte des souhaits de la clientèle⁹¹³. Il s'agissait de savoir

Présidence de l'Assemblée nationale le 7 février 2008).

⁹⁰⁸ Il s'agissait de répondre à une entreprise de la grande distribution qui s'interrogeait sur la validité de l'insertion d'une clause dans son règlement intérieur visant à interdire à tous les salariés le port d'un signe religieux ou politique : HALDE, délib. n° 2008-32, 3 mars 2008.

⁹⁰⁹ HALDE, délib. n° 2009-117, 6 avril 2009. *A fortiori*, lorsque la salariée n'a des contacts que téléphonique avec la clientèle, est considérée comme discriminatoire la rupture de la période d'essai d'une salariée qui portait le voile avant et après le temps et pendant les pauses, et à laquelle il a été demandé d'enlever son voile même pendant les pauses : HALDE, délib. n° 2011-37, 21 mars 2011. Les prises de position parfois contradictoires de la HALDE au sujet du voile avaient été mises en avant par Monsieur Dominique Baudis, alors Défenseur des droits, dans sa lettre de saisine du Conseil d'État du 20 septembre 2013 : *cf. supra* note n° 531.

⁹¹⁰ En l'espèce, la salariée était voilée depuis son embauche mais l'entreprise lui avait demandé dès le début de la relation de travail d'ôter le foulard lorsqu'elle serait en contact en interne ou en externe avec des clients. Devant les juges du fond, la demande de l'employeur de s'abstenir de porter le voile en cas de contact avec la clientèle a été jugée justifiée en raison d'une « *obligation de discrétion vestimentaire* » pesant sur les salariés et proportionnée dans la mesure où, le reste du temps, le port du voile est accepté dans l'entreprise : CPH Paris, 4 mai 2011, n° 09-14625 ; CA Paris, 18 avril 2013, n° 11-05892.

⁹¹¹ Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Mme A. c/ Assoc. Baby-Loup*, Bull. A.P., n° 1 ; *cf. supra* n° 115, notes n° 208, 237, 521, et 592. La fragilité de sa solution serait ainsi mise en avant selon certains : J.-M. CHONNIER, *Le contentieux soulevé par le fait religieux dans l'entreprise*, JCP S 2016, 1083.

⁹¹² Selon le Professeur Alain Supiot, en saisissant la CJUE, « *la Chambre sociale ne se montre pas bonne perdante* » car l'arrêt de l'Assemblée plénière dans l'affaire « *Baby Loup* » lui donnait pourtant « *tous les moyens de répondre au pourvoi* » et « *ce recours à la CJUE risque d'ajouter ainsi au chaos des sources juridiques* » : A. SUPIOT, *Commentaire de l'Avis sur la laïcité adopté par l'Assemblée plénière du CNCDH le 26 septembre 2013*, in *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*, dir. C. LAZERGES, Dalloz, 2016, n°11, p. 305.

⁹¹³ La CJCE avait déjà affirmé qu'une « *présomption de discrimination* » fondée sur la race ou l'origine ethnique peut être constatée à l'égard d'un employeur qui déclare publiquement qu'il ne recrutera pas d'allochtones parmi ses installateurs en raison de la réticence de la clientèle à leur donner accès à leur domicile : CJCE, 10 juillet 2008, aff. C-54/07, *Feryn* ; J. CAVALLINI, *Une déclaration publique d'un employeur peut constituer en elle-même une discrimination fondée sur la race ou l'ethnie*, JCP S 2008, n° 41, 1520. Par ailleurs, dans un autre arrêt, la CJCE a jugé contraire à la directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'emploi, et donc discriminatoire, le licenciement d'un transsexuel pour un motif lié à sa conversion sexuelle. En l'espèce, avant d'être licencié, le salarié avait entamé son processus de conversion en se comportant et en s'habillant comme une femme : CJCE, 30 avril 1996, aff. C-13/94, *P. c. S et*

si les dispositions de l'article 4§1 de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, portant sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doivent être interprétées « *en ce sens que constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, le souhait d'un client d'une société de conseils informatiques de ne plus voir les prestations de service informatique de cette société assurées par une salariée, ingénieur d'études, portant un foulard islamique* »⁹¹⁴. Au vu du caractère très circonstancié de la question posée, il aurait pu être redouté que la réponse de la CJUE ne s'étende pas à l'ensemble des situations de travail en contact avec de la clientèle⁹¹⁵. Pourtant, usant d'une formule relativement large, la Cour a répondu que, en cas d'absence de règle interne à l'entreprise, « *la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de cette disposition* »⁹¹⁶. Comme l'avait relevé l'avocat général de la CJUE dans ses conclusions du 13 juillet 2016, il est alors sous-entendu⁹¹⁷ que, à défaut de constituer une telle exigence, le comportement de l'employeur devient constitutif d'une discrimination directe illicite, puisque, si la salariée n'avait pas manifesté ses convictions religieuses, elle n'aurait pas été licenciée⁹¹⁸. Avant de formuler cette solution, la

Cornwall County Council. Comme l'indique Serge Farnocchia, cela signifierait-il qu'on peut choisir sa tenue « *en vertu du droit de changer de sexe et non en invoquant le droit d'exprimer sa religion* » ? : S. FARNOCCHIA, *art. préc.*, p. 546.

⁹¹⁴ Cass. soc., 9 avril 2015, n° 13-19.855, *B. c/ Société Micropole Univers*, Bull. civ. V, n° 75 ; RJS 2015, n°386 ; P. ADAM, *Voile dans l'entreprise : les clients d'abord ?*, SSL 2015, n°1675, p. 8 ; J.-G. HUGLO, *Le ressenti de la clientèle et la discrimination en raison des convictions religieuses*, Extrait du rapport, SSL 2015, n°1672, p. 6.

⁹¹⁵ M. MINE, *Liberté d'expression religieuse versus loi du Marché*, RDT 2015, p. 405.

⁹¹⁶ CJUE, 14 mars 2017, C-188/15, *Boungaoui et AADH c. Micropole SA* ; Communiqué de presse n° 30/17 de la CJUE du 14 mars 2017 ; Y. PAGNERRE, *[Liberté de] Religion vs [Liberté d'] Entreprise*, Dr. soc. 2017, p. 450 ; S. HENION, *Le port du foulard islamique en entreprise selon la jurisprudence de la Cour de justice*, JCP G 2017, 657 ; B. BOSSU, *L'interdiction du port du foulard islamique dans l'entreprise privée : entre discrimination directe et indirecte*, JCP S 2017, 1105 ; G. CALVES, *Politiques de neutralité au sein des entreprises privées : un feu vert de la CJUE ?*, SSL 2017, n° 1762 ; S. LAULOM, *Un affaiblissement de la protection européenne contre les discriminations*, SSL 2017, n° 1762 ; M. VALETTE et M. VALLENS, *Vers l'obligation de reclasser une salariée portant le voile ?*, SSL 2017, n°1762 ; C. RADÉ, *Laïcité dans l'entreprise : mieux vaut prévenir que sévir*, Lexbase hebdo éd. soc. 2017, n° 692 ; P. ADAM, *La CJUE ou l'anticyclone européen (À propos de la neutralité religieuse dans l'entreprise privée)*, RDT 2017, p. 422.

⁹¹⁷ En effet, la CJUE ne conclut pas expressément à l'existence d'une discrimination directe, considérant que la décision de renvoi, qui ne fait pas état d'une règle interne, ne lui permet pas de se prononcer sur ce point. Pour les besoins du raisonnement et afin de répondre à la question préjudicielle, elle poursuit néanmoins sur le terrain de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante, qui serait la seule possibilité de justifier une telle discrimination.

⁹¹⁸ CJUE, Communiqué de presse n° 74/16 du 13 juillet 2016, *Conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-188/15, Boungaoui et ADDH / Micropole SA* : « *Selon l'avocat général Sharpston, le règlement de travail d'une*

Cour rappelle dans sa décision qu'il appartient à la juridiction française de vérifier si le licenciement de la salariée était fondé sur le non-respect d'une règle interne. Si c'était le cas, pour déterminer l'existence d'une discrimination indirecte, la CJUE renvoie la Cour de cassation au raisonnement suivi dans l'autre arrêt emblématique rendu le même jour⁹¹⁹.

173. L'affaire « G4S » et la discrimination indirecte. En effet, en parallèle, la CJUE avait aussi été saisie d'une question préjudicielle de la part de la Cour de cassation belge⁹²⁰. Le litige opposait une réceptionniste, ayant insisté pour porter le voile après trois ans d'activité, à une société fournissant, entre autres, des services de réception. La salariée, licenciée du fait que le port de signes religieux, politiques et philosophiques visibles était expressément interdit dans l'entreprise⁹²¹, a contesté son licenciement, avec le soutien du Centre belge pour l'égalité des chances, mais n'a obtenu gain de cause ni en première instance ni en appel. La question posée par la Haute juridiction belge était donc de savoir si l'interdiction de porter le foulard islamique, qui découle d'une règle interne générale de l'entreprise, constitue une discrimination directe. La CJUE, comme l'avocat général⁹²², a répondu par la négative au motif de la généralité de l'interdiction posée qui, d'une part, se réfère à tout signe visible de

entreprise qui impose à une travailleuse d'ôter son foulard islamique lors de ses contacts avec la clientèle constitue une discrimination directe illicite ». L'avocat général répond plus précisément à la Cour de cassation en affirmant que l'interdiction du port du voile ne peut constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante en l'espèce, dans la mesure où rien n'indique que le port du foulard aurait empêché la salariée de réaliser les tâches demandées et que ses compétences professionnelles étaient soulignées dans la lettre de licenciement. Elle conclut néanmoins que, sous l'angle de la discrimination indirecte, il appartient au juge national de décider si le fait pour un règlement intérieur d'imposer un code vestimentaire neutre remplit les critères de légitimité et de proportionnalité.

⁹¹⁹ « En réalité, sous couvert d'arguments purement techniques, il n'est pas discutable que la CJUE opère ici le choix politique de favoriser la mise en place de chartes de neutralité dans l'entreprise, ce qui n'aurait pas été possible si la Cour avait opté pour la qualification de discriminations directes » : J. MOULY, *L'exigence de neutralité, entre discrimination directe et indirecte, La perspective des Cours européennes*, Dr. soc. 2018, p. 333.

⁹²⁰ CJUE, 14 mars 2017, C-157/15, *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions* ; Communiqué de presse n° 30/17 de la CJUE du 14 mars 2017 ; *articles préc.*, cf. *supra* n° 120 et note n° 547.

⁹²¹ La règle existait sans être écrite à l'époque où la salariée a manifesté son intention de porter le foulard. Son intégration au règlement intérieur a été approuvée par le comité d'entreprise moins de deux semaines avant son licenciement et la modification dudit règlement est entrée en vigueur au lendemain du licenciement.

⁹²² L'avocat général Juliane Kokott, qui n'était donc pas la même que dans l'affaire « *Micropole* », semble avoir précisé son opinion sur la manifestation des convictions religieuses en entreprise : « *Cependant, alors qu'un travailleur ne peut pas « laisser au vestiaire » son sexe, sa couleur de peau, son origine ethnique, son orientation sexuelle, son âge ni son handicap dès qu'il pénètre dans les locaux de son employeur, on peut en revanche attendre de lui une certaine retenue pour ce qui concerne l'exercice du culte au travail* » : CJUE, Communiqué de presse n°54/16, 31 mai 2016, *Conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-157/15, Samira Achbita et centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding / G4S Secure Solutions NV*.

convictions politiques, philosophiques ou religieuses et, d'autre part, traite de manière identique tous les salariés de l'entreprise⁹²³. Elle a toutefois précisé que cette interdiction est susceptible de constituer une discrimination indirecte, désavantageant les personnes adhérant à une religion donnée, et qu'une telle discrimination devrait alors être « *objectivement justifiée par un objectif légitime tel que la poursuite par l'employeur, dans ses relations avec ses clients, d'une politique de neutralité politique, philosophique et religieuse, pourvu que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires* »⁹²⁴. Il appartient dès lors à la juridiction belge de vérifier l'existence en l'espèce des autres conditions. Pour l'aider sur le caractère approprié, la Cour souligne qu'il faut que « *cette politique soit véritablement poursuivie de manière cohérente et systématique* »⁹²⁵, comme elle l'avait déjà affirmé précédemment au sujet des atteintes à la liberté d'établissement⁹²⁶. *A contrario*, si l'employeur a, par le passé, toléré le port de certains signes, la condition ne serait pas remplie. Quant au caractère nécessaire, il serait rempli si l'interdiction vise uniquement les travailleurs en relation avec les clients⁹²⁷ et il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier s'il eut été possible de proposer un poste n'impliquant pas de contact visuel avec la clientèle plutôt que de procéder au licenciement⁹²⁸.

⁹²³ Il est permis de se demander si, en prenant en compte tous les salariés de l'entreprise face à la règle interne, sans distinguer de groupes placés dans des situations différentes au regard de cette règle (« *alors qu'il semblerait légitime d'arguer que les travailleurs portant un signe religieux sont dans une situation différente dans la mesure où, à l'inverse des autres travailleurs, ils - et eux seulement - possèdent une caractéristique (l'appartenance à une religion)* »), la CJUE ne s'est pas plutôt placée sur le terrain de l'absence de violation du principe d'égalité de traitement, alors qu'elle était interrogée sur celui de la discrimination directe : D. MARTIN, *Cachez ce voile que je ne saurais voir !, L'interdiction de discrimination fondée sur la religion vue par la CJUE*, Dr. soc. 2018, p. 314. D'autres questions demeurent concernant l'existence d'une discrimination directe : « *Doit-on considérer qu'il y a discrimination directe si une clause du règlement intérieur prohibe uniquement le port de signes religieux ? Faut-il au contraire admettre la licéité d'une telle clause dans la mesure où tous les salariés qui ont des convictions religieuses sont traités de la même façon ?* » : B. BOSSU, *art. préc.*, 1105. « *La neutralité ne pourrait-elle pas alors être constitutive d'une discrimination directe ? (...) certaines modalités de mise en œuvre du principe de neutralité – interdiction des couvre-chefs manifestant des convictions par exemple – suggèrent qu'en réalité, une catégorie particulière de salariés est visée* » ; C. WOLMARK, *Neutralité dans l'entreprise ou neutralisation des travailleurs*, Dr. ouvr. 2017, p. 232.

⁹²⁴ Pour que le souhait de l'employeur d'afficher « *une image de neutralité à l'égard des clients* » (§ 38) puisse être considéré comme légitime, sans être appréhendé uniquement comme un objectif économique, la Cour fait appel à la liberté d'entreprise de l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : D. MARTIN, *art. préc.*, p. 314.

⁹²⁵ Cela est précisé dans le considérant 40 de l'arrêt.

⁹²⁶ CJCE 10 mars 2009, aff. C-169/07, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH c/ Wiener Landesregierung et Oberösterreichische Landesregierung* ; chron. A.-L. SIBONY et A. DEFOSSEZ, RTD eur. 2010, p. 129.

⁹²⁷ Cela est précisé dans le considérant 42.

⁹²⁸ Le raisonnement laconique de la Cour quant à la discrimination directe combiné « *au contrôle très souple de proportionnalité exercé dans son analyse de la discrimination indirecte, semblent pouvoir être interprétés comme le signe que la religion se situe, pour la Cour, tout en bas dans la hiérarchie des motifs prohibés de discrimination en droit de l'Union* » : D. MARTIN, *art. préc.*, p. 314. Sur le traitement de la religion par rapport

174. Le renvoi des affaires devant les juridictions nationales. Cette obligation de reclassement a été qualifiée par les juges du droit français⁹²⁹ et certains auteurs d'aménagement ou d'accommodement raisonnable⁹³⁰, pour reprendre l'expression issue des droits canadiens et américains⁹³¹. La Cour de cassation belge a tiré les conséquences de l'arrêt de la CJUE, en rejetant le grief de la salariée lié à l'existence d'une discrimination directe et, s'agissant du grief visant une discrimination indirecte, en renvoyant l'examen de celle-ci à la cour d'appel de Gand⁹³². Le 22 novembre 2017, la Cour de cassation française, suivant l'avis de l'Avocat général⁹³³, a pris acte de ces décisions et censuré l'arrêt d'appel en retenant que « *l'interdiction faite à la salariée de porter le foulard islamique dans ses contacts avec les clients résultait seulement d'un ordre oral donné à une salariée et visant un signe religieux déterminé* »⁹³⁴. Ainsi, les juges du droit interprètent de manière restrictive la jurisprudence de

à l'origine ethnique, la nationalité et le sexe : D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire, Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, thèse, Bruylant, 2006, p. 589.

⁹²⁹ Note explicative relative à l'arrêt de la Chambre sociale n° 2484 (13-19.855) du 22 novembre 2017 : cf. *infra* note n°777.

⁹³⁰ Selon le Professeur Sylvaine Laulom, cette « *réelle ouverture vers la reconnaissance d'une obligation d'aménagement raisonnable* » est « *certainement l'apport essentiel des arrêts, même si la Cour évite d'utiliser ces termes* » : S. LAULOM, *Un affaiblissement de la protection européenne contre les discriminations*, SSL 2017, n° 1762. Certains ont critiqué cette ouverture considérant que cette « *obligation de reclassement* » serait contestable « *du point de vue de l'équité - l'employeur proposant à la salariée de conserver son emploi aux conditions initiales - mais également sur le plan juridique - un salarié ne pouvant pas plus imposer à l'employeur un changement de poste que l'inverse* » : M. VALETTE et M. VALLENS, *Vers l'obligation de reclasser une salariée portant le voile ?*, SSL 2017, n° 1762. Le Professeur Patrice Adam s'est intéressé à la sanction de la violation de l'obligation de reclassement. Selon lui, puisqu'il s'agit d'un élément du processus de justification de la discrimination indirecte, sa violation pourrait entraîner la nullité du licenciement : P. ADAM, *Discrimination, liberté et religion. De Luxembourg à Paris : voyage aller-détour(s)*, SSL 2017, n° 1792. La notion apparaît aussi chez d'autres auteurs : B. BOSSU, *L'interdiction du port du foulard islamique dans l'entreprise privée : entre discrimination directe et indirecte*, JCP S 2017, 1105.

⁹³¹ En 2010, dans une étude de droit comparé, le Professeur Isabelle Desbarats écrivait « *qu'en consacrant l'existence de la discrimination indirecte, l'Union européenne – et non plus seulement la Cour Suprême du Canada – a (également) pavé la voie à l'obligation d'accommodement raisonnable* » : I. DESBARATS, *De la diversité religieuse en milieu de travail. Regards croisés en droit français et en droit canadien*, RRJ 2010-3, p. 1447 ; reprenant la formule de : P. BOSSET, *Le droit et la régulation de la diversité religieuse en France et au Québec : une même problématique, deux approches*, 2004. Ce dernier auteur avait quant à lui écrit qu'il convient de « *garder un recul critique face à l'hypothèse d'une mondialisation du droit en matière d'accommodements raisonnables. À tout le moins, cette hypothèse exigerait l'examen d'un corpus juridique plus étendu et la prise en considération des variables juridiques nationales (...)* » : P. BOSSET, *Droits de la personne et accommodements raisonnables : le droit est-il mondialisé ?*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2009/1, n° 62, p. 1.

⁹³² Cour de cassation de Belgique, 9 octobre 2017, RG n° S.12.0062.N ; cité par : D. MARTIN, *art. préc.*, p. 314 ; L.-L. CHRISTIANS et L. VANBELLINGEN, *Neutralités d'entreprise et neutralité de l'État : tendances asymétriques en droit belge*, Dr. soc. 2018, p. 340.

⁹³³ C. COURCOL-BOUCHARD, *Liberté religieuse en entreprise : l'employeur peut-il interdire le port d'un foulard islamique ?*, Avis sous Cass. soc., 22 novembre 2017, RJS 1/18, p. 18.

⁹³⁴ Cass. soc., 22 novembre 2017, n° 13-19.855 ; B. BERNARD, *Liberté de religion dans l'entreprise privée et clauses de neutralité*, JSL janvier 2018, n° 445, p. 4. Selon le Professeur Patrice Adam, « *il est également*

la CJUE en indiquant qu'il est obligatoire de passer par la voie⁹³⁵ du règlement intérieur ou d'une note de service relevant du même régime⁹³⁶. Ils concluent donc qu'il s'agit d'une discrimination fondée directement sur les convictions religieuses, qui ne peut être justifiée par la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits d'un client. Si la solution ainsi formulée par la CJUE paraît relativement limpide⁹³⁷ pour les salariés en contact avec la clientèle⁹³⁸ et si ces deux décisions ont le mérite de constituer un « *compromis entre les conclusions divergentes des avocates générales* »⁹³⁹, il n'est pas évident qu'elle l'étende aux obligations de neutralité générale. Par ailleurs, il reste à savoir si la France entendra concilier, ou non, ces décisions européennes avec la décision du Comité des droits de l'homme de l'ONU en date du 10 août 2018⁹⁴⁰.

175. L'interdiction du signe au nom de la collectivité de travail ? Il serait intéressant de quitter le terrain des enjeux économiques et de la conscience des clients, susceptibles d'être dérangés par le port de signes religieux ne correspondant pas à leurs propres convictions, pour s'intéresser à la conscience des collègues de travail. Il convient d'élever le débat en écartant

remarquable de constater que l'arrêt du 22 novembre ne situe pas son propos sur le seul terrain de la discrimination. Il en déborde passablement pour investir celui de la protection des libertés fondamentales (...) Là où la qualification de discrimination directe est écartée par l'existence d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante, la décision ou l'acte patronal litigieux ne saurait se voir condamné pour atteinte à la liberté religieuse. » : P. ADAM, *Discrimination, liberté et religion. De Luxembourg à Paris : voyage aller-détour(s)*, SSL 2017, n° 1792.

⁹³⁵ Pour encadrer un tel sujet, le Professeur Christophe Radé avait suggéré de privilégier la voie de l'accord collectif, fruit de la négociation entre les partenaires sociaux, plutôt que celle du règlement intérieur, adopté unilatéralement par l'employeur : C. RADE, *Laïcité dans l'entreprise : mieux vaut prévenir que sévir*, Lexbase hebdo éd. soc. 2017, n° 692. Dans la note explicative précitée, la Cour de cassation a toutefois précisé que la solution de l'arrêt du 22 novembre 2017 « *qui définit ainsi le cadre d'instauration d'une politique de neutralité au sein des entreprises privées, ne s'oppose pas à la négociation au sein de l'entreprise de chartes d'éthique portant sur les modalités du « vivre ensemble » dans la communauté de travail. Mais de telles chartes sont dénuées de caractère obligatoire et ne sauraient fonder un licenciement pour motif disciplinaire dans le cas du non-respect par un salarié des préconisations qu'elles comportent* ».

⁹³⁶ F. CHAMPEAUX, *Un pilotage subtil des politiques de neutralité s'impose*, SSL 2017, n° 1792.

⁹³⁷ Il demeure néanmoins permis de se demander où s'arrête le devoir de résistance de l'employeur : « *Faut-il attendre la fermeture de l'entreprise, faute de clients ?* » : B. BOSSU, *Neutralité, convictions et religion*, Dr. ouvr. 2017, p. 112, citant : J.-G. HUGLO, *extrait du rapp. préc.*, p. 6. « *On peut se demander si cette résilience ne devrait pas avoir pour limite la survie de l'entreprise lorsque la majorité de la clientèle la déserte* » : Y. PAGNERRE, *[Liberté de] Religion vs [Liberté d'] Entreprise*, Dr. soc. 2017, p. 450 ; v. aussi Y. PAGNERRE, *L'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIE, Economica, 2011, p. 63, spéc. p. 105-106.

⁹³⁸ Le considérant 38 de l'arrêt dispose que : « *le souhait d'un employeur d'afficher une image de neutralité à l'égard des clients (...) revêt, en principe, un caractère légitime, notamment, lorsque seuls sont impliqués par l'employeur dans la poursuite de cet objectif les travailleurs qui sont supposés entrer en contact avec les clients de l'employeur* ».

⁹³⁹ Y. PAGNERRE, *[Liberté de] Religion vs [Liberté d'] Entreprise*, Dr. soc. 2017, p. 450.

⁹⁴⁰ cf. *supra* n° 115, notes n° 522 et s.

les cas d'intolérance pure et en rappelant qu'il peut exister un souhait véritable de neutralité dans les relations professionnelles. La voie de la compatibilité du port du voile avec le principe d'égalité entre hommes et femmes⁹⁴¹, qui connaît une déclinaison en droit du travail⁹⁴², a été fermée par le Conseil d'État⁹⁴³ et par la CEDH⁹⁴⁴. Pourtant, devant les juges du fond, il faut rappeler que l'interdiction faite aux caissières de porter un pantalon a été considérée comme une restriction excessive à leurs libertés, non justifiée par la tâche des salariés, parce qu'il est « *l'un des symboles de l'égalité des deux sexes* »⁹⁴⁵. Ce litige n'est pas arrivé jusqu'au Quai de l'Horloge, où il est admis que l'employeur puisse mettre en garde contre une tenue vestimentaire « *de nature à susciter un trouble dans l'entreprise* »⁹⁴⁶. Mais la véritable difficulté est que l'interdiction du port du voile sur les lieux de travail pourrait être elle-même source d'inégalité puisque les femmes de religion musulmane pourraient, plutôt que d'ôter leur voile, ne plus postuler certains emplois et s'éloigner du marché du travail⁹⁴⁷.

⁹⁴¹ Patrick Rémy écrit que « *son port crée, à l'évidence, un trouble au sein de la société française en général, notamment en raison de la vision du statut de la femme et de la conception de l'État qu'il véhicule* », ce qui n'est pas le cas en Allemagne, raison pour laquelle il est souhaitable que les Cours européennes continuent de permettre que des solutions spécifiques soient apportées à la question du voile de chaque côté du Rhin : P. REMY, *Le voile islamique dans les entreprises : une réponse identique des droits allemand et français ?*, SSL 2004, 1167.

⁹⁴² C. trav. art. L. 1141-1 et s.

⁹⁴³ Le principe d'égalité n'est pas juridiquement opposable à la femme voilée et à l'exercice de sa liberté personnelle, « *laquelle peut la conduire à adopter volontairement un comportement contraire à ce principe* ». L'étude concerne cependant le port du voile intégral et non pas celui du voile laissant le visage découvert, mais le raisonnement lui est donc *a fortiori* applicable : Conseil d'État, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, 25 mars 2010.

⁹⁴⁴ CEDH, 1^{er} juillet 2014, n° 43835-11, *S.A.S. c/ France* ; cf. *infra* note n° 952. La CEDH s'était pourtant préalablement interrogée sur l'effet de « *prosélytisme que peut avoir le port d'un tel symbole dès lors qu'il semblait être imposé aux femmes par un précepte religieux difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes* » : CEDH, Gde ch., req., 10 novembre 2005, n° 44774/98, *Leyla Sahin c/ Turquie* ; CEDH, 15 février 2001, n° 42393/98, *Dahlab c/ Suisse*, cf. *supra* notes n° 479 et 535.

⁹⁴⁵ CA Paris, 7 juin 1990, n° 90-30904 et 90-30905, *SA Superest Carrefour c/ Bouchez et a.*

⁹⁴⁶ Si ce cas peut sembler bien éloigné du propos initial relatif au voile, puisqu'il était question d'une aide-comptable portant un chemisier transparent sans soutien-gorge, la lecture de l'arrêt révèle que les juges du fond ont pris en considération « *l'évolution des mœurs* » : Cass. soc., 22 juillet 1986, n° 82-43.824, *Morel c/ SA Siteco*. Or, si cette évolution peut justifier l'interdiction de tenues légères et provocantes, qu'en est-il de tenues qui pourraient être considérées par certains comme rétrogrades ?

⁹⁴⁷ M. FREEDLAND et L. VICKERS, *Religious expression in the workplace in United Kingdom*, Comparative Labour Law & Policy Journal, 2009, vol. 30, issue 3 (les articles cités ici et issus de cette revue retranscrivent des présentations effectuées dans le cadre du colloque « *L'expression du religieux sur les lieux de travail* », organisé par les Professeurs Matthew Finkin et Alain Supiot les 23 et 24 mai 2008). Les affaires « *Micropole* » et « *G4S* » « *ces affaires conduisent le lecteur à s'interroger sur la signification de ces arrêts pour la situation des femmes musulmanes sur le marché de l'emploi dans les sociétés occidentales. Ne nous voilons en effet pas la face. Ces arrêts affecteront en pratique essentiellement des femmes musulmanes bien plus que des hommes d'autres confessions religieuses, avec le risque évident de réduire encore plus leurs chances d'intégration dans nos sociétés par le biais d'une intégration professionnelle* » : D. MARTIN, *art. préc.*, p. 314. C'est d'ailleurs ce que semble pointer du doigt le Comité des droits de l'homme de l'ONU dans sa décision du 10 août 2018, relative à l'affaire « *Baby-Loup* », quand il rappelle que la crèche avait pourtant un but d'insertion des femmes, sans distinction d'opinion confessionnelle : cf. *supra* n° 115, notes n° 522 et s.

Dans son rapport précité de 2003, la commission dite « *Stasi* » avait suggéré d’avoir recours à la « *paix sociale* » comme impératif permettant à l’employeur de réglementer les tenues. L’expression de « *paix sociale interne* » a été reprise par le Haut Conseil à l’intégration⁹⁴⁸, qui avait aussi pointé du doigt le risque « *de désagrégation du tissu social de l’entreprise* » derrière les accommodements⁹⁴⁹. Mais ce critère est parfois considéré comme un paravent derrière lequel se cacherait l’hostilité – et potentiellement l’attitude raciste – d’une partie du personnel à l’égard des pratiques d’un collègue⁹⁵⁰. Il lui est aussi reproché de remettre en question la notion de « *trouble* » qu’il anticipe⁹⁵¹. Si l’impératif proche du « *vivre-ensemble* », auquel fait référence la CEDH, a quant à lui permis de valider l’interdiction par le législateur français du voile intégral dans l’espace public, c’est uniquement parce que le visage est, dans ce cas précis, entièrement dissimulé⁹⁵². Il sera donc intéressant d’observer comment les juges nationaux appliqueront la « *feuille de route* » de la CJUE face à une justification qui serait tirée de l’exigence de paix sociale⁹⁵³. Car, en pratique et à l’évidence, la majorité des employeurs et des travailleurs aspirent simplement à « *avoir la paix* »⁹⁵⁴ sur ces questions relevant de la vie personnelle de chacun.

⁹⁴⁸ HCI, Avis et Recommandations du Haut Conseil à l’intégration relatifs à l’expression religieuse dans les espaces publics de la République remis au Premier ministre en mars 2010 : la recommandation n° 10 est ainsi rédigée « *Insérer dans le code du travail un article pour que les entreprises puissent intégrer dans leur règlement intérieur des dispositions relatives aux tenues vestimentaires et au port de signes religieux pour des impératifs tenant à la sécurité, au contact avec la clientèle ou à la paix sociale interne* ».

⁹⁴⁹ HCI, Avis, *Expression religieuse et laïcité dans l’entreprise*, 1^{er} septembre 2011, p. 12.

⁹⁵⁰ L’entreprise ne peut pas être autorisée à devenir une « *caisse de résonance de l’environnement discriminatoire ou attentatoire aux droits fondamentaux* » : C. WOLMAK, *Convient-il d’interdire le port de signes religieux dans l’entreprise ?*, RDT 2009, p. 485.

⁹⁵¹ Avec la référence à la paix sociale, non seulement le trouble n’aurait plus à être caractérisé ou objectif mais, en outre, le licenciement prendrait une tournure disciplinaire en raison de la violation d’une nouvelle obligation de neutralité : C. MATHIEU, *Le respect de la liberté religieuse dans l’entreprise*, RDT 2012, 17.

⁹⁵² À propos de la conventionalité de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l’espace public : CEDH, 1^{er} juillet 2014, n° 43835-11, *S.A.S c/ France*, cf. *supra* note n° 944. La CEDH a confirmé cette solution à propos de la conventionalité d’une disposition réglementaire interdisant également la dissimulation du visage dans l’espace public, au sein de trois communes belges ; CEDH, 11 juillet 2017, n° 4619/12, *Dakir c/ Belgique*.

⁹⁵³ A. GARDIN, *Quand la CJUE lève le voile...le diable est dans les détails*, RJS 2017, p. 448 et s.

⁹⁵⁴ J.-E. RAY, *La Charte de la laïcité de l’entreprise Paprec, un but respectable, des moyens contestables*, Le HuffPost, 24 février 2014 ; J.-E. RAY, *De la laïcité à la neutralité*, Les Echos, 11 décembre 2017, consultable sur <http://www.leclubdesjuristes.com/les-publications/>

II : Le traitement de l'absence

176. L'absence correspond d'abord au cas le plus évident du salarié qui, pour répondre à l'appel de sa conscience, ne se rend pas sur son lieu de travail ou quitte ce dernier plus tôt que prévu (A). Mais il peut s'agir de la situation du salarié qui est sur son lieu de travail mais refuse d'exécuter la prestation pour laquelle il est rémunéré, car elle conduit elle aussi à l'absence de travail (B).

A. L'absence du travail

177. La question de l'aménagement du repos hebdomadaire. Le dimanche serait devenu le jour hebdomadaire de repos sous le règne de Charlemagne, qui aurait aussi imposé de chômer les jours de fêtes religieuses chrétiennes. Si le jour de repos donné le dimanche a pu être aboli sous la Révolution, il fut rétabli en même temps que le calendrier grégorien en 1806. Le repos dominical n'a néanmoins pas toujours connu application au cours de la révolution industrielle et jusqu'à la loi du 13 juillet 1906. À partir de là, il a pu être qualifié de « *fête des libres penseurs et des pratiquants* », destinée à favoriser la réunion des familles⁹⁵⁵. L'article 2§5 de la Charte sociale européenne prévoit toujours que les États doivent faire coïncider le jour de repos hebdomadaire « *autant que possible avec le jour de la semaine reconnu comme jour de repos par la tradition ou les usages du pays ou de la religion* ». Deux directives européennes rappellent également qu'il convient de tenir compte de « *la diversité des facteurs culturels, ethniques, religieux et autres dans les États membres* »⁹⁵⁶. Ainsi, en France, pour des raisons historiques, ces temps de repos conviennent donc bien aux salariés de tradition chrétienne mais moins à ceux d'autres confessions⁹⁵⁷. Ni la religion de l'employeur⁹⁵⁸, ni celle des salariés⁹⁵⁹ ne peuvent d'ailleurs justifier une

⁹⁵⁵ Conclusions du commissaire du gouvernement Romieu à propos des arrêts rendus par le Conseil d'État en matière de repos hebdomadaire le 30 novembre 1906 : « *le choix du dimanche ne dérive d'aucune pensée confessionnelle : c'est la consécration de l'usage* » : Rec. p. 875.

⁹⁵⁶ Préambules de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail et de la directive 94/33/CE du Conseil du 22 juin 1994 relative à la protection des jeunes au travail ; K. BERTHOU, *Halde : vers une conciliation de la liberté religieuse au travail ?* RDT 2008, p. 238.

⁹⁵⁷ J.-C. SCIBERRAS, *Travail et religion dans l'entreprise : une cohabitation sous tension*, Dr. soc. 2010, p. 72 : la très grande majorité de cas conflictuels révélés par l'étude de la jurisprudence ou la pratique des directeurs des ressources humaines sont en lien avec des religions non chrétiennes.

⁹⁵⁸ CE, 30 nov. 1906, 11^e esp., *Sieur Emmanuel Léon*, Rec., p. 885 : un négociant ne peut pas imposer le samedi comme jour de repos à ses salariés sous prétexte d' « *obéir aux prescriptions de la religion juive à laquelle il*

dérogation à la règle du repos dominical. Or, contrairement au droit de la fonction publique étudié plus haut, rien n'est prévu dans le Code du travail en termes d'absentéisme pour raisons religieuses. Toutefois, l'élaboration d'une loi qui permettrait à chaque salarié d'avoir son propre repos hebdomadaire – et, par extension, ses propres jours fériés – en fonction de ses croyances ne paraît pas réaliste⁹⁶⁰, notamment en raison du caractère souvent collectif des horaires de travail, de l'absence de reconnaissance de certaines convictions en tant que religion ou de la concordance traditionnelle française de nombreux jours de repos avec des fêtes chrétiennes⁹⁶¹.

178. La question de l'aménagement des jours fériés. Cependant, il est possible d'envisager d'autres supports pour apporter plus de souplesse au choix des jours fériés sans rompre pour autant l'égalité des salariés, comme le règlement intérieur. Il y a un certain temps déjà, le Conseil d'État a admis que ce règlement puisse prévoir des jours fériés chômés différents selon la confession des personnels, à condition que chacun ait droit au même nombre de jours de repos⁹⁶². La question d'une négociation collective⁹⁶³ des dates de jours fériés entre l'employeur et les représentants du personnel, ou d'une adaptation individuelle dans le contrat de travail demeure ouverte. Il est étonnant que le système, en œuvre dans la fonction publique, qui consiste à diffuser chaque année le calendrier des principales fêtes religieuses, n'ait pas encore été transposé au sein des entreprises privées, comme le Conseil économique, social et environnemental (ci-après « CESE ») le recommande⁹⁶⁴. En 2003, le Rapport Stasi avait déjà proposé le système du « *crédit du jour férié* » qui ne remettrait pas en

appartient », raison pour laquelle il ferme également son établissement quinze jours par an, aucune disposition de la loi ne permettant de faire droit à une requête fondée sur de tels motifs.

⁹⁵⁹ CE, 26 juillet 1912, n°43.568, *Guedj*, Rec. p. 889 : un commerçant, demeurant à Constantine en Algérie, ne peut obtenir l'autorisation de donner le repos hebdomadaire par roulement à son personnel en invoquant l'attachement de ses employés, pour la plupart israélites, à leurs pratiques religieuses, ce qui l'oblige à fermer ses magasins le samedi ; CA Paris, 10 nov. 1994, *Société Habib c/ Inspection du travail*, Juris-Data n°024965.

⁹⁶⁰ M. COUFFIN-KAHN, *La place des convictions religieuses du salarié lors de l'exécution de son contrat de travail*, Dr. ouvr. juin 1999, p. 228. ; D.J., *Religion et emploi*, SSL 1998, n° 881. Mais *a contrario* pour une solution collective visant à offrir à chaque salarié la possibilité de placer lui-même deux de ses jours de congés à la date de son choix : C. BRISSEAU, *La religion du salarié*, Dr. soc. 2008, p. 969 ; P.-H. ANTONMATTEI, *À propos de la liberté religieuse dans l'entreprise*, RDT 2014, p. 391.

⁹⁶¹ C'est le cas de 5 fêtes chrétiennes : le jour de Noël le 25 décembre, le lundi de Pâques, le jeudi de l'Ascension, l'Assomption le 15 août et la Toussaint le 1^{er} novembre. Mais dans le secteur du bâtiment, le respect d'un jour chômé pour la fête musulmane de l'Aïd El Kebir est déjà répandu.

⁹⁶² CE, 16 mars 1962, note de SAVATIER, JCP 1962, II, n° 12912 ; cf. *supra* note n° 447.

⁹⁶³ Proposition de loi n° 1604 du 13 mai 2004.

⁹⁶⁴ E. ARNOULT-BRILL et G. SIMON, *Le fait religieux dans l'entreprise*, Les avis du CESE, Les éditions des journaux officiels, novembre 2013, recommandation n° 2, p. 19-20.

cause le calendrier actuel, bâti sur les fêtes catholiques, mais permettrait aux salariés d'autres confessions que certaines de leurs fêtes soient reconnues comme des jours fériés, substituables à un jour férié⁹⁶⁵. En 2007, la HALDE avait quant à elle suggéré de faciliter la procédure d'autorisation d'absence pour les salariés du secteur privé, par la pose d'un jour de congé ou de RTT, ce qui semblait pourtant déjà être possible⁹⁶⁶. Dans ses propositions de 2012, l'Association Nationale des Directeurs des Ressources Humaines (ANDRH) a invoqué la nécessité « *d'ouvrir un débat national sur le positionnement des jours fériés* », car il s'agirait de l'un des principaux points de cristallisation des frustrations⁹⁶⁷. Dans son rapport annuel de 2015, l'Observatoire de la laïcité a toutefois considéré que de telles mesures provoqueraient des regroupements communautaires. À ce sujet, la CJUE a été saisie d'une demande de décision préjudicielle, de la part de la Cour suprême autrichienne, concernant la conformité au droit de l'Union européenne d'une loi autrichienne, qui permet uniquement aux salariés de quatre religions⁹⁶⁸ de bénéficier du Vendredi saint en tant que jour férié ou de recevoir le double de leur rémunération s'ils travaillent ce jour-là⁹⁶⁹. Dans ses conclusions, l'avocat général considère que la loi viole le droit européen car elle instaure une discrimination entre les salariés selon leur appartenance ou non à ces quatre Églises⁹⁷⁰.

179. Le traitement jurisprudentiel des absences pour motif religieux. À défaut de réglementation collective existant dans l'entreprise, il faut néanmoins trouver des solutions aux requêtes individuelles. Or, comme le révèlent certains cas jurisprudentiels, face au vide juridique ou peut-être par crainte de se voir systématiquement opposer un refus, certains salariés ne demandent pas d'autorisation d'absence à leur hiérarchie, au risque toutefois d'être exclus définitivement de l'entreprise. A donc été considéré comme justifié par une cause réelle et sérieuse – et non pour faute grave comme l'avaient décidé les juges du fond⁹⁷¹ – le licenciement d'un salarié s'étant absenté le jour d'une fête religieuse, l'employeur ne l'ayant

⁹⁶⁵ Rapport de la Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, 23 décembre 2003, p. 65.

⁹⁶⁶ K. BERTHOU, *Halde : vers une conciliation de la liberté religieuse au travail ?*, RDT 2008, p. 238.

⁹⁶⁷ ANDRH, *Propositions 2012, Le DRH et les enjeux de la compétitivité*, p. 13-14.

⁹⁶⁸ Les confessions luthérienne, calviniste, vieille-catholique et méthodiste sont concernées.

⁹⁶⁹ CJUE, aff. C-193/17, Demande de décision préjudicielle présentée par l'Oberster Gerichtshof (Autriche) le 13 avril 2017, *Cresco Investigation GmbH c/ Markus Achatzi*.

⁹⁷⁰ C. EMLEK, *Vendredi saint férié pour les salariés chrétiens seulement : discrimination au titre du droit de l'UE ?*, Actualités du droit, Wolters Kluwer, 26 juillet 2018.

⁹⁷¹ CA Aix-en-Provence, 22 février 1978.

appris que la veille par des rumeurs et l'absence ayant empêché une livraison importante⁹⁷². L'employeur doit néanmoins réagir de façon proportionnée à l'indiscipline. Dès lors, ne peut être validé le licenciement d'un salarié s'étant octroyé une demi-heure de pause le soir pour se restaurer après une journée de jeûne lié au Ramadan, l'employeur devant permettre certaines adaptations à l'organisation du travail⁹⁷³. L'une des difficultés qui se présente parfois est que le salarié ne demande pas d'autorisation et estime que, à défaut de réaction de son employeur, il bénéficie du droit acquis de s'absenter pour pratiquer sa religion. Si la cour d'appel de Paris avait d'abord validé l'acquisition d'un tel droit⁹⁷⁴, la cour d'appel de Colmar a jugé ensuite qu'il ne s'agissait que d'une simple tolérance, solution confirmée par la Cour de cassation⁹⁷⁵. Il paraît donc plus judicieux de formaliser sa demande auprès de l'employeur, au risque de se voir opposer un refus⁹⁷⁶. Certes, l'employeur possède une certaine latitude pour accorder ou refuser le congé, mais à condition – comme l'ont énoncé le CESE⁹⁷⁷ et la HALDE⁹⁷⁸ – de décider en fonction des impératifs de l'entreprise et non du motif religieux de la demande. L'aménagement des horaires peut alors apparaître comme la meilleure solution, même s'il peut aussi être refusé par l'employeur. Si l'aménagement est accordé mais non respecté par le salarié, celui-ci s'expose à une sanction pouvant aller jusqu'au licenciement. Peut ainsi être valablement licencié l'individu qui, au lieu d'accepter l'aménagement lui permettant d'être libre le vendredi après-midi, quitte son travail avant l'heure normale⁹⁷⁹, ou celui qui ne respecte pas l'aménagement compatible avec la fin d'un chantier et abandonne son poste pour se marier religieusement⁹⁸⁰.

⁹⁷² Cass. soc., 16 décembre 1981, n° 79-41.300, Bull. n° 968.

⁹⁷³ CA Paris, 6 juin 1991, *précit.* note n°460.

⁹⁷⁴ Les juges ont estimé que les absences régulières d'un salarié de confession israélite, qui depuis plusieurs années s'absentait les samedis et lors des fêtes juives, étaient devenues un élément du contrat : CA Paris, 31 janvier 1986, n° 33.620-84, *Sté Soco c/ Nataf*, Juris-Data n° 023725.

⁹⁷⁵ Le salarié faisait valoir que depuis son embauche, soit depuis treize ans, il se libérait de son travail le vendredi à l'heure du coucher du soleil pour pratiquer sa religion : Cass. soc., 2 juin 1993, n° 91-44.476, inédit.

⁹⁷⁶ L'absence du salarié pour préparer une fête religieuse, alors qu'il s'est vu opposer un refus de la part de l'employeur, constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement : CA Besançon, 6 janvier 1995, *Boussouel c/ SA Sin et Stes*, Juris-Data n° 1995-040495.

⁹⁷⁷ E. ARNOULT-BRILL et G. SIMON, *Le fait religieux dans l'entreprise*, avis *préc.*, p. 7.

⁹⁷⁸ Il est question des « contingences économiques » de l'entreprise : HALDE, délib. n° 2007-301, 13 novembre 2007 ; K. BERTHOU, *Halde : vers une conciliation de la liberté religieuse au travail ?*, RDT 2008, p. 238.

⁹⁷⁹ CA Paris, 10 janvier 1989, n° 87-35228, *Hassoun c/ SA Luc Durand* ; RJS 1989, n° 310.

⁹⁸⁰ CA Paris 25 janvier 1995, n° 31766-94, *Rodrigues c/ Simoes*, Juris-Data n° 1995-021103.

180. La mise à disposition de salles de prière. Il existe enfin des solutions qui permettent de ne pas s'absenter de son lieu de travail pour prier. Dans certains cas, les autorités religieuses acceptent de s'adapter aux impératifs de l'entreprise. Ainsi, la religion musulmane, qui ne tolère, en principe, pas d'aménagement d'horaires, accepte néanmoins que la prière du vendredi, qui devrait se dérouler vers 14h ou 15h à l'heure d'été, soit éventuellement avancée à 13h⁹⁸¹. Dans d'autres cas, c'est l'entreprise qui accepte de prendre en considération les élans de la conscience religieuse. Une tolérance peut être instaurée en assimilant la pause de la prière à la pause pour fumer⁹⁸². Certaines grandes entreprises⁹⁸³ mettent même des salles de prières à disposition des salariés, dans une optique de paix sociale⁹⁸⁴. Au sein de l'entreprise publique Aéroport de Paris, les salles de prières catholiques, protestantes, musulmanes et juives se côtoient. Elles sont accessibles aux usagers comme aux salariés de l'aéroport.

B. L'absence de travail

181. Le refus d'exécution dans la jurisprudence des juges du fond. Conscience religieuse peut également rimer avec absence d'exécution d'une tâche lorsque le salarié considère qu'elle va à l'encontre de l'une des prescriptions de sa foi⁹⁸⁵. Sur ce terrain-là, la jurisprudence est claire puisqu'il n'y a pas de doute permis sur l'impossibilité d'invoquer ses convictions en cours de contrat pour refuser d'accomplir son travail⁹⁸⁶. En d'autres termes, il

⁹⁸¹ F. ALAOUÏ, secrétaire général de l'Union des organisations islamiques de France, Assemblée nationale, Rapport 1275, décembre 2003.

⁹⁸² C'est ce que recommande l'Observatoire de la laïcité dans son rapport annuel du 30 juin 2015.

⁹⁸³ Comme le mentionne l'Observatoire de la Responsabilité Sociétale des Entreprises (ORSE) dans sa fiche précitée sur les convictions religieuses, c'est le cas de PSA Peugeot Citroën qui met en place des mesures de façon ponctuelle, telles que la mise à disposition d'un lieu de culte pour la prière, afin de prendre en compte la présence de la forte communauté musulmane. Dans son livret à paraître « *La laïcité, et si on en parlait* », la CGT explique avoir « gagné » une salle de prière à l'usine PSA d'Aulnay-sous-Bois à l'occasion d'une grève, salle qui a pu accueillir des salariés pendant trente ans : Extraits in Dr. ouvr. 2018, p. 86.

⁹⁸⁴ Le Professeur Frédéric Géa pose néanmoins la question suivante : en privatisant l'espace collectif par l'attribution d'une salle de prière à tel groupe de salariés, « *n'y a-t-il pas là une inégalité de traitement injustifiée ?* » : F. GÉA, *Communautarisme (religieux) et droit du travail*, Dr. soc. 2015, p. 661.

⁹⁸⁵ Cette hypothèse est à distinguer de celle où le salarié refuse une mission car elle doit se dérouler au Moyen-Orient et car, en raison de sa confession religieuse, il estime qu'elle serait dangereuse pour sa sécurité. Dans un tel cas, l'employeur ne peut licencier le salarié au motif qu'il lui aurait fait perdre un marché alors que ce dernier avait préalablement alerté un membre de l'entreprise de ce risque et que ce risque était réel, l'employeur étant tenu d'assurer la sécurité du salarié : Cass. soc., 12 juillet 2010, n° 08-45.509, inédit ; commentaire par F.-J. PANSIER, *Religion du salarié et devoir de précaution de l'employeur*, CSBP 2010, n° 223, p. 276. En l'espèce, pourtant, « *le salarié s'était contenté d'alerter un membre de l'entreprise et non l'employeur lui-même, sans être censuré par la Haute juridiction. Si ce dernier point peut être critiquable, il n'en témoigne pas moins d'une conception favorable au salarié* » : I. RIASSETTO, *Droit privé, Société, droit et religion* 2012/1, n° 2, p. 181.

⁹⁸⁶ J.-G. HUGLO, *La Cour de cassation et le fait religieux dans l'entreprise : présentation des enjeux juridiques*, Dr. soc. 2015, p. 682.

n'y a pas d'objection de conscience qui tienne⁹⁸⁷. Les juges du fond valident donc le licenciement pour faute grave d'un salarié refusant d'être affecté à tout autre poste incompatible avec ses convictions de témoin de Jéhovah, dès lors qu'il n'a signalé aucune réserve lors de son embauche et qu'un potentiel effet domino peut être redouté sur les autres salariés concernés par la mutation⁹⁸⁸. En revanche, si l'employeur passe outre l'étape du recueil de l'accord du salarié lors de la modification du contrat de travail, le licenciement pour faute grave du salarié refusant de se présenter au nouveau poste est invalidé, peu importe que la réaffectation soit justifiée par le refus du salarié de coopérer avec ses collègues de sexe féminin⁹⁸⁹. Les convictions religieuses ne peuvent pas non plus être invoquées pour refuser d'exécuter l'ordre de son supérieur hiérarchique⁹⁹⁰, pour s'opposer aux règles impératives de la médecine du travail⁹⁹¹ ou pour refuser de goûter aux plats de viande non hallal et de toucher aux bouteilles de vin⁹⁹².

182. La Cour de cassation et la contractualisation des convictions. Face à ce type de situations de blocage, la Haute juridiction a laissé transparaître une solution, dont il n'est toutefois pas certain qu'elle soit très usitée depuis. À propos de la rupture du contrat de travail

⁹⁸⁷ Il peut toutefois y avoir exception à cette règle lorsque le salarié propose une solution alternative mais aux effets équivalents. Ainsi, en 2017, la Cour de cassation a considéré que ne commet aucune faute le salarié qui refuse de dire « *Je le jure* » pour prêter le serment d'entrée dans ses fonctions et propose une autre formule, compatible avec ses croyances. Dès lors, le licenciement pour faute grave, au motif que le salarié n'avait pas obtenu son assermentation devant le tribunal, le magistrat ayant refusé la formule alternative et ayant acté le refus de prêter serment, est nul puisque fondé sur les convictions religieuses du salarié : Cass. soc., 1^{er} février 2017, n° 16-10.459. Dans cette affaire, l'avocat général référendaire avait proposé le rejet du pourvoi de la salariée au motif que la formule « *Je le jure* » a perdu tout caractère religieux et que cette sécularisation découle du principe du laïcité du service public – l'employeur n'était autre que la RATP, entreprise certes en charge d'une mission de service public. Par conséquent, selon lui, ce serment de nature laïque ne pouvait aller à l'encontre de ses convictions religieuses et le refus constituait une faute : R. WEISSMANN, *Le serment des agents de surveillance de la RATP et le principe de laïcité*, Dr. soc. 2017, p. 216 et s.

⁹⁸⁸ L'employeur pouvait craindre que « *la satisfaction de sa revendication pour convenance personnelle entraînant un mouvement généralisé de refus d'accomplir certaines tâches* » : CPH Lunéville, 13 janvier 1984, Cah. prud'h. 1984, n° 5, p. 83.

⁹⁸⁹ Parce qu'un manutentionnaire refusait de façon chronique d'aider ses collègues féminins, l'employeur l'avait affecté « *de force* » au poste de brancardier, dans une équipe composée exclusivement d'hommes. Le licenciement basé sur le refus a été jugé sans cause réelle et sérieuse : CA Lyon, 10 novembre 2006, n° 06-00036, *Association Centre hospitalier Saint-Joseph Saint-Luc c/ Monsieur Mohamed M.*

⁹⁹⁰ Le supérieur souhaitait ne pas être dérangé et avait demandé à sa secrétaire de ne pas lui transmettre les appels en le présentant comme absent auprès des interlocuteurs mais celle-ci refusait de lui obéir et lui passait quand même les appels, lui objectant qu'il est mal de mentir : CA Grenoble, 26 mai 1986, n° 680-85, *Morel c/ SARL Isère Métal Service*, Juris-Data n° 047998.

⁹⁹¹ Le licenciement du salarié qui refusait de passer la visite médicale, après 13 années dans l'entreprise, en se prévalant de ses « *convictions religieuses de musulman intégriste* » a été validé : Cass. soc., 29 mai 1986, n° 83-45.409, *El Yacoubi c/ Automobile Peugeot*, Bull. civ. V, n° 262 ; Dr. soc. 1986, p. 788.

⁹⁹² CA Pau, 18 mars 2002, n° 02-1015, *Bouri c/ Tabba*, Juris-Data n° 2002-189986.

du salarié d'un magasin d'alimentation situé à Mayotte⁹⁹³ refusant, au bout de deux ans d'affectation au rayon boucherie, d'être en contact avec de la viande de porc et cessant le travail⁹⁹⁴, la Cour de cassation a rappelé que « *s'il est exact que l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci, sauf clause expresse, n'entrent pas dans le champ du contrat de travail* »⁹⁹⁵. Illustrant le principe de la force obligatoire du contrat de l'article 1103 du Code civil, cette solution fait donc prévaloir l'engagement contractuel du salarié d'exécuter la prestation sur les prescriptions religieuses correspondant à sa conscience⁹⁹⁶. Si l'employeur est tenu de respecter les convictions de ses salariés, ces derniers ne sauraient pour autant réclamer un traitement particulier en raison de leurs croyances, dès lors qu'il n'existe aucune stipulation contractuelle ou aucun usage spécifique en ce sens. Lorsque la prestation demandée correspond à la nature de l'emploi que le travailleur a accepté d'occuper, celle-ci doit être exécutée⁹⁹⁷. Pour en bénéficier, le salarié doit oser dévoiler sa conscience lors l'entretien d'embauche ou en cours d'exécution du contrat, et la faire acter dans son contrat de travail, s'il veut par la suite pouvoir l'opposer à son employeur. Il semblerait que l'encouragement du personnel à manifester sa croyance soit facilité dans certaines grandes entreprises, qui peuvent sans doute plus facilement procéder à des aménagements⁹⁹⁸.

⁹⁹³ Dans cette île française, qui constitue un département et une région d'outre-mer, les Mahorais ont le choix entre le statut civil de droit commun, qui correspond à celui des habitants de la métropole, et le statut civil coutumier musulman, qui est dérogoratoire au Code civil et qui correspond au statut personnel visé à l'article 75 de la Constitution de 1958.

⁹⁹⁴ Dans son arrêt du 6 juin 1995, le tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou avait décidé que la rupture s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'employeur devant respecter les croyances religieuses dans un territoire essentiellement voué à l'Islam qui proscriit la viande de porc.

⁹⁹⁵ Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738, Bull. civ. V, n° 171 ; obs. J. SAVATIER, Dr. soc. 1998, p. 615 ; D.J., *Religion et emploi*, SSL 1998, n° 881, p. 10 ; RJS 1998, n° 701. Comme l'explique le Professeur Jean Savatier, cet arrêt ne vise que des articles du Code civil car le Code du travail n'était pas applicable à Mayotte. Cependant, même si les faits avaient eu lieu en métropole, la solution eut été la même.

⁹⁹⁶ Ce raisonnement est qualifié de « *cohérent* » par : J.-M. CHONNIER, *Le contentieux soulevé par le fait religieux dans l'entreprise*, JCP S 2016, 1083. « *Par l'arrêt du 24 mars 1998, la Chambre sociale a courageusement fixé le cap, voulant légitimement soustraire le droit français à l'envahissement du communautarisme à l'américaine.* » : J.-E. RAY, *Le fait religieux dans l'entreprise*, in *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2011, n° 31, p. 195. En droit français, « *à la différence du droit canadien, l'employeur n'est pas tenu d'une obligation d'accommodement sur le fondement du principe de non-discrimination ou de l'obligation de loyauté.* » : Y. PAGNERRE, *L'essentiel des grands arrêts du droit du travail*, Lextenso éditions, 2017, p. 38.

⁹⁹⁷ J. SAVATIER, *obs. préc.*, p. 615.

⁹⁹⁸ Au sein du groupe d'assurances Axa, par exemple, les salariés manifestant leur appartenance à la religion juive sont autorisés à déconnecter pendant shabbat ou en période de fêtes religieuses, tandis que les salariés musulmans bénéficient d'aménagement d'horaires en période de Ramadan : *L'Angle Éco : Dieu, la valeur qui monde*, émission magazine de France 2 présentée par François Lenglet le 21 janvier 2016.

§ 2 : La recherche de solutions de traitement de la conscience religieuse

183. S'intéresser aux solutions apportées dans d'autres ordres juridiques, même si celles-ci ne sont pas forcément transposables à notre système (**I**), permet d'enrichir l'étude sur la qualité du droit national et de ses évolutions récentes (**II**).

I : L'inspiration d'autres ordres juridiques

184. Mis à part les récents arrêts « *Micropole* » et « *G4S* » de la CJUE⁹⁹⁹, le cadre privilégié de traitement des questions en lien avec la conscience religieuse au travail a d'abord été le Conseil de l'Europe, avec l'intervention de la CEDH et de feu la Commission européenne des droits de l'homme (**A**). Si la lecture des décisions européennes constitue par ailleurs un premier outil permettant de comparer des règles applicables au sein de différents pays européens, il faut approfondir la recherche pour connaître d'autant mieux ce qui se décide dans certains pays d'Europe et d'autres plus lointains (**B**).

A. Le traitement en droit européen

185. Le traitement de la présence. Le droit du Conseil de l'Europe aborde l'ensemble des questions qui peuvent être problématiques en entreprise et qui ont été abordées ci-dessus. Si la CEDH a déclaré en 2010 que le travailleur a le droit de ne pas révéler sa religion qui relève de son for intérieur¹⁰⁰⁰, la liberté de manifester celle-ci peut néanmoins faire l'objet de certaines restrictions. En matière de prosélytisme, la Commission européenne des droits de l'homme avait eu à connaître du licenciement d'un enseignant d'une école secondaire publique au Royaume-Uni, dont les parents d'élèves s'étaient plaints car il organisait des réunions d'évangélisation dans les locaux et portait des vêtements arborant son opposition à l'avortement. L'ordre du directeur de modifier son comportement, que l'enseignant refusa de suivre et qui entraîna son congédiement, fut certes analysé comme une ingérence dans l'exercice de sa liberté d'expression mais considéré comme nécessaire à la protection des droits d'autrui¹⁰⁰¹. Ce raisonnement, qui consiste à peser sur la balance des intérêts divergents,

⁹⁹⁹ cf. *supra* n° 172 et s.

¹⁰⁰⁰ CEDH, 2 février 2010, n° 21924/05, *Sinan Isik c. Turquie*.

¹⁰⁰¹ Commission EDH, 1^{er} mars 1979, n° 8010/77, *X. c. Royaume-Uni*, DR 16, p. 103.

est aussi utilisé concernant le port de signes religieux et a été illustré par deux arrêts de la CEDH du 15 janvier 2013. Dans les deux cas, les employeurs avaient interdit aux salariés de porter une croix pendant l'exécution de leur travail, s'ingérant ainsi dans leur droit de manifester leur religion. Dans le premier cas relatif à une hôtesse de l'air, l'ingérence fut jugée injustifiée car l'employeur, qui prétendait vouloir véhiculer une certaine image de marque de la compagnie, avait autorisé d'autres salariés à porter des signes d'autres religions. À l'inverse, dans le second cas concernant une infirmière, l'ingérence était considérée comme proportionnée et nécessaire, au vu de l'objectif légitime de protection de la santé et de la sécurité en milieu hospitalier¹⁰⁰². À travers ces exemples, il est permis de constater que la CEDH donne priorité au contrôle de l'existence d'une ingérence dans la liberté religieuse du salarié, la question de la discrimination n'étant, éventuellement, examinée qu'à titre subsidiaire¹⁰⁰³.

186. Le traitement de l'absence du travail. La Commission européenne des droits de l'homme en avait une vision assez stricte puisqu'elle considérait qu'en acceptant un emploi, le travailleur consentait à renoncer aux éventuels préceptes de sa foi incompatibles avec celui-ci. Ainsi, à défaut de révélation préalable et d'autorisation, la rupture du contrat de travail d'un instituteur, qui s'absente les vendredis pour se rendre sur son lieu de prière et refuse la proposition de son employeur de passer à temps partiel, ne constitue pas une atteinte à la liberté de religion¹⁰⁰⁴. Cette position fut vivement critiquée car la Commission semblait alors ignorer l'état de subordination du travailleur, qui ne serait pas forcément en mesure de négocier toutes les implications de son contrat de travail¹⁰⁰⁵. Presque vingt ans plus tard, une recommandation du Conseil de l'Europe¹⁰⁰⁶ paraissait avoir pris en compte ces remarques en

¹⁰⁰² CEDH, 15 janvier 2013, n° 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *Eweida et autres c/ Royaume-Uni* ; cf. *supra* n° 105 et 122, notes n° 470 et 558, cf. *infra* n° 187 et note n° 1011. La croix a été considérée comme source potentielle de blessures, si elle entre en contact avec une lésion. Bien que reposant sur l'impératif d'hygiène et de sécurité, la décision peut pourtant sembler contestable dans la mesure où pendant longtemps, de nombreux établissements de soins ont été tenus par des religieuses portant des croix : C. WILLMANN, *Convictions religieuses du salarié vs Pouvoir de direction de l'employeur : un arbitrage de la CEDH nuancé*, Lexbase hebdo éd. soc. 2013, n° 515.

¹⁰⁰³ J. MOULY, *L'exigence de neutralité, entre discrimination directe et indirecte, La perspective des Cours européennes*, Dr. soc. 2018, p. 331.

¹⁰⁰⁴ Commission EDH, 12 mars 1981, n° 8160-78, *X c/ Royaume-Uni*, DR 22, p. 39.

¹⁰⁰⁵ F. KRENG, *Quelques considérations sur la religion dans la vie professionnelle*, in *La vie privée au travail*, dir. M. VERDUSSEN et P. JOASSART, Anthémis, Centre de Recherche sur l'État et la Constitution (CRECO), 2011, p. 117.

¹⁰⁰⁶ Recommandation 1396 (1999), Religion et démocratie, art. 13 i(b), citée par : K. BERTHOU, *Halde : vers une conciliation de la liberté religieuse au travail ?*, RDT 2008, p. 238.

invitant les États à faciliter l'observation des rites religieux, tels que les jours saints¹⁰⁰⁷. La jurisprudence de la CEDH est toutefois demeurée plus stricte que celle des juridictions françaises car elle ne milite pas seulement en faveur de l'obtention d'une autorisation préalable de l'employeur, mais exige une véritable révélation de ses convictions religieuses par le salarié. L'employeur est même autorisé à demander un justificatif¹⁰⁰⁸ de l'absence, car cela « *ne porte pas fondamentalement atteinte à la liberté de conscience* »¹⁰⁰⁹.

187. Le traitement de l'absence de travail. Parmi les arrêts rendus par la CEDH le 15 janvier 2013, l'une des affaires concernant le refus d'exécuter certaines tâches pour des motifs religieux dans le secteur privé¹⁰¹⁰. Un conseiller conjugal avait en effet déclaré auprès de ses collègues ne pas respecter la politique de l'organisme employeur en matière d'égalité des chances et ne pas prodiguer d'aussi bons conseils aux couples homosexuels¹⁰¹¹. La CEDH a considéré que la liberté d'expression des salariés ne peut avoir pour effet de leur permettre d'adopter un comportement discriminatoire à l'égard du public de l'institution pour laquelle ils travaillent. De son temps, face aux prétentions d'un détenu Sikh, invoquant l'article 9 de la Convention pour refuser de nettoyer sa cellule car il s'agissait d'un travail avilissant contraire à sa religion, la Commission avait déjà rejeté la demande et jugé que, à supposer qu'il y ait eu atteinte à la liberté de manifester sa religion, l'ordre de nettoyer était une ingérence nécessaire à la protection de la santé du requérant et des autres détenus¹⁰¹². En revanche, elle avait déclaré recevable la requête dénonçant l'incompatibilité de l'affiliation obligatoire à un syndicat, selon le système du « *closed shop* », avec certaines convictions religieuses, comme c'est le cas de la religion hindoue¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁷ La Déclaration des Nations Unies du 25 novembre 1981, sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, énonce aussi que la liberté de conscience implique la liberté d'observer les jours de repos et de célébrer les fêtes conformément aux préceptes de sa religion.

¹⁰⁰⁸ CEDH, 13 avril 2006, n°v551700-00, *Kosteski c/ République yougoslave de Macédoine*.

¹⁰⁰⁹ Communiqué du Greffier de la CEDH, 13 avril 2006, n°v219.

¹⁰¹⁰ L'une des autres affaires concernait le refus, par un officier d'état civil, de signer l'avenant de son contrat de travail imposant de célébrer des cérémonies de partenariat envers des couples homosexuels : cf. *supra* n° 105.

¹⁰¹¹ CEDH, 15 janvier 2013, n° 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *Eweida et autres c/ Royaume* ; cf. *supra* n° 105, 122 et 185, notes n° 470, 558 et 1002.

¹⁰¹² Commission EDH, 6 mars 1982, n°v8231-78, *X. c. Royaume-Uni*.

¹⁰¹³ Commission EDH, 12 juillet 1988, n°v11518/85, *Chauhan c. Royaume-Uni*.

B. Le traitement en droit comparé

188. Dans les États de tradition catholique. Il s'agit de comprendre, à travers l'étude d'autres législations nationales, jusqu'où la liberté d'expression religieuse peut être incarnée dans l'entreprise. La comparaison de l'état du droit français avec celui d'autres pays de tradition catholique se révèle intéressante. En Espagne, le juge se fonde sur les critères de loyauté et de bonne foi du travailleur, qui est censé indiquer ses exigences religieuses à l'employeur avant la signature du contrat de travail s'il désire s'en prévaloir¹⁰¹⁴. Une des spécificités de l'Espagne a été la signature d'accords de coopération de l'Etat avec les communautés évangéliques, juives et islamiques autorisés par des lois du 10 novembre 1992¹⁰¹⁵. Ainsi, à titre d'exemple, l'article 12 de l'accord avec la Commission islamique d'Espagne donne le droit aux travailleurs musulmans de solliciter un arrêt de leur travail pendant trois heures le vendredi de chaque semaine et une heure avant le coucher du soleil pendant la période de Ramadan¹⁰¹⁶. En Belgique, s'il existe des conventions bipartites avec le Maroc et la Tunisie autorisant les travailleurs immigrés à s'absenter les jours de leurs fêtes nationales, les juridictions belges considèrent que les absences sans autorisation peuvent justifier un licenciement¹⁰¹⁷. Ces dernières ont aussi été amenées à se prononcer sur la question du port de signes religieux dans deux affaires relativement récentes¹⁰¹⁸, en plus de l'affaire « *G4S* » déjà abordée¹⁰¹⁹. Dans la première, la cour du travail de Bruxelles devait examiner le cas d'une salariée licenciée pour s'être présentée voilée lors de sa reprise du

¹⁰¹⁴ Dans un jugement emblématique du 27 octobre 1997, le Tribunal supérieur de justice de Madrid a débouté l'employée d'une société de « *duty free* » à l'aéroport de Barajas de sa demande d'autorisation à porter le voile islamique, alors qu'elle devait porter un uniforme bleu comportant en particulier une jupe courte, car elle n'avait pas révélé ses convictions préalablement.

¹⁰¹⁵ Lois n°24/1992, 25/1992, et 26/1992.

¹⁰¹⁶ C. GOMEZ, *L'Islam en Espagne*, Annuaire de l'Afrique du Nord, Centre national de la recherche scientifique; Institut de recherches et d'études sur le monde arabe et musulman (IREMAM) - Paris, Éditions du CNRS, 1996, vol. 33 ; J. MORERAS, *Les Accords de coopération de l'État avec la Commission islamique d'Espagne*, Revue européenne des migrations internationales, 1996, vol. 12, n° 1 ; G. GALEOTE, *Les signes religieux dans l'espace public espagnol*, in *Les signes religieux dans l'espace public*, dir. V. LATOUR, Observatoire de la société britannique, décembre 2012, n° 13.

¹⁰¹⁷ À propos d'un enseignant membre de l'Église mondiale de Dieu : cour du travail d'Anvers, 18 avril 1989 ; à propos d'un salarié musulman ayant quitté son travail pour se rendre en pèlerinage à La Mecque : tribunal du travail de Bruxelles, 5 décembre 1977 ; cité par : A. POUSSON, *Convictions religieuses et activités salariées*, in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presse de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 301 et s.

¹⁰¹⁸ Dans un jugement plus ancien, en date du 26 octobre 1992, le tribunal du travail de Charleroi a considéré que le licenciement d'une jeune femme musulmane, en raison du port par celle-ci de vêtements longs et amples était abusif, l'employeur ne pouvant se prévaloir d'aucun préjudice objectif et la salariée n'ayant par ailleurs jamais porté de foulard ou de tchador : A. POUSSON, *Convictions religieuses et activités salariées*, in *op. cit.*, p. 291.

¹⁰¹⁹ cf. *supra* n° 120 et 173 et s.

travail, après 6 ans d'absence, et cela malgré l'interdiction qui lui avait été signifiée préalablement à sa reprise. Cette interdiction, fondée sur un usage lié au contact direct avec la clientèle et à l'image de marque de l'entreprise, n'a pas été jugée discriminatoire par la cour¹⁰²⁰. Dans une affaire demeurée au stade de la première instance, le tribunal de Tongres a octroyé des dommages et intérêts à une intérimaire, employée de magasin, licenciée après avoir refusé d'occuper un poste sans contact avec la clientèle et alors qu'elle s'était toujours rendue voilée sur son lieu de travail¹⁰²¹. Les juges se sont basés sur l'incapacité de l'employeur à démontrer l'existence d'une politique de neutralité au moment des faits. Ainsi, il ressort de ces trois affaires que la jurisprudence belge admet l'interdiction du port de signes religieux à conditions qu'une politique de neutralité soit en vigueur dans l'entreprise, connue des salariés et qu'elle vise l'ensemble des convictions. Afin de prendre en considération les conséquences de l'arrêt « *G4S* » de la CJUE, il se pourrait que les conditions se durcissent quelque peu en intégrant, en plus du contrôle de légalité, un contrôle de proportionnalité plus poussé de l'interdiction¹⁰²².

189. Au Canada. Lorsqu'un salarié veut prouver l'atteinte à sa liberté de manifester sa religion, il doit démontrer que la pratique en cause est au cœur de sa religion et que sa croyance est sincère¹⁰²³. Toutefois, même si ces critères sont remplis, la Cour suprême canadienne admet que l'employeur s'oppose à une manifestation visible de la conscience lorsqu'elle est incompatible avec une « *exigence professionnelle normale* »¹⁰²⁴. En revanche, elle est plus sévère envers le patronat concernant les absences pour motif religieux. Adoptant la technique précitée de l'« *accommodement raisonnable* », la Cour a reproché à un employeur de ne pas avoir autorisé un salarié à s'absenter les vendredis soir et les samedis pour se conformer aux préceptes de l'Église adventiste du septième jour¹⁰²⁵, qui aurait

¹⁰²⁰ Cour du travail de Bruxelles, 15 janvier 2008 ; cité par : E. MORELLI et I. PLETS, *Port de signes religieux dans le secteur privé : un commentaire de la jurisprudence belge*, Orientations, 2013/10, p. 19. Dans le même sens : Tribunal du travail de Bruxelles, 18 mai 2015, consultable en ligne sur le site de l'institution publique indépendante belge UNIA : www.unia.be.

¹⁰²¹ Tribunal du travail de Tongres, 2 janvier 2013 ; cité par : E. MORELLI et I. PLETS, *Port de signes religieux dans le secteur privé : un commentaire de la jurisprudence belge*, Orientations, 2013/10, p. 24.

¹⁰²² E. MORELLI et I. PLETS, *Port de signes religieux dans le secteur privé : un commentaire de la jurisprudence belge*, Orientations, 2013/10, p. 19.

¹⁰²³ L. SOSSIN, *God at work : religion in the workplace and the limits of pluralism in Canada*, Comparative Labour Law & Policy Journal, 2009, vol. 30, issue 3.

¹⁰²⁴ J. WOEHLING, *La liberté de religion, le droit à l'« accommodement raisonnable » et l'obligation de neutralité religieuse de l'État en droit canadien*, Revista catalana de dret públic, n°33, 2006, p. 369 et s.

¹⁰²⁵ Cour suprême du Canada, 17 décembre 1985, *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd (O'Malley)* ; cité par L. SOSSIN, *article préc.*.

probablement été qualifiée de mouvement sectaire en France. Le Rapport « *Taylor - Bouchard* » a fait le constat que les demandes de congés arrivent en tête des demandes d'accommodement raisonnable pour motif religieux mais a aussi rappelé que la décision de la Cour suprême de 1994¹⁰²⁶, opposant des enseignants à une commission régionale scolaire, fait autorité dans tous les milieux de travail¹⁰²⁷.

190. En Allemagne. Les employeurs ne peuvent pas invoquer le contact avec la clientèle pour interdire le port de signe religieux¹⁰²⁸. Seule une justification tirée du respect des règles d'hygiène et de sécurité est autorisée par la Cour constitutionnelle qui a considéré en 2003 que le seul fait de porter un voile ne peut justifier un licenciement¹⁰²⁹. Par ailleurs, les employeurs doivent aussi respecter la loi générale sur l'égalité de traitement (« *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* »), entrée en vigueur en 2006 et qui transpose les directives européennes « *anti-discrimination* »¹⁰³⁰. À présent, ils ne peuvent interdire le port du voile que si cela n'entraîne pas de discrimination directe ou indirecte entre les salariés en raison de leur religion. Concernant les absences du travail, il n'existe pas de devoir général pour l'entreprise de respecter les convictions religieuses de ses salariés en fixant le jour de repos¹⁰³¹ selon celles-ci. Cela n'empêche pas l'employeur de prendre en compte les droits fondamentaux des travailleurs, parmi lesquels figure la liberté religieuse. Comme au Canada, cette liberté est entendue largement puisqu'un salarié appartenant à l'Église adventiste du 7^{ème} jour a pu être autorisé à ne pas travailler le samedi, en l'absence d'invocation de contraintes

¹⁰²⁶ Cour suprême, 23 juin 1994, n°23188, *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, cité par J. WOERHLING, *art. préc.*, p. 369 ; cf. *supra* note n° 581.

¹⁰²⁷ En effet, à la suite de cette décision, le concept d'accommodement raisonnable s'est imposé dans tout le Canada, à tous les motifs de discrimination identifiés par la législation canadienne, en milieu de travail « *privé* » ainsi que dans les relations entre l'État et les usagers des services publics : I. DESBARATS, *De la diversité religieuse en milieu de travail. Regards croisés en droit français et en droit canadien*, RRJ 2010-3, p. 1447.

¹⁰²⁸ Dans une décision de la Cour fédérale du travail du 10 octobre 2002, le licenciement d'une vendeuse de grand magasin qui avait décidé de porter un foulard a été considéré comme nul car l'employeur aurait dû rechercher une autre solution. En première instance et en appel, la salariée avait été déboutée, les juges estimant qu'elle devait adapter son apparence personnelle extérieure au cadre qui était pratiqué et accepté par tous dans le centre commercial. La Cour reproche à l'employeur de ne pas démontrer en quoi le port du voile conduirait à des troubles concrets dans l'établissement ou à des pertes économiques. Pour une analyse de droit comparé : P. REMY, *Le voile islamique dans les entreprises : une réponse identique des droits allemand et français ?*, SSL 2004, 1167.

¹⁰²⁹ L'affaire « *Ludin* » du 24 septembre 2003 est citée dans le Tableau comparatif réalisé par le ministère des Affaires étrangères, cf. *supra* note n° 564 ; commentaire par J.-Ph. DEROSIER, *La Cour constitutionnelle allemande et le port du voile, commentaire de l'arrêt du 24 septembre 2003*, *Revue française de droit constitutionnel*, 2004, n° 58, p. 226.

¹⁰³⁰ Il s'agit des directives 2000/78/CE du 27 novembre 2000, 2000/43/CE du 29 juin 2000 2002/73/CE du 23 septembre 2002 et 2004/113/CE du 12 décembre 2004.

¹⁰³¹ L'article 139 de la Constitution de Weimar donne une protection constitutionnelle au dimanche en tant que jour de repos.

opérationnelles par l'employeur¹⁰³². En revanche, a été rejetée la requête d'un salarié, sanctionné pour avoir pris des pauses pour prier malgré l'ordre contraire qui lui avait été donné, car il n'avait pas réussi à démontrer en quoi sa liberté religieuse était ici plus importante que les exigences opérationnelles de l'employeur¹⁰³³. Toutefois, la plupart des États privilégient les salariés qui appartiennent à une société religieuse reconnue en vertu de l'article 130§5 de la Constitution de Weimar, comme l'Église romaine catholique ou protestante¹⁰³⁴. Il n'y a qu'en Westphalie et en Bavière que ce bénéfice a été étendu aux jours de fêtes juives. Contrairement à la jurisprudence française, la Cour fédérale du travail a décidé que le refus d'exécuter une obligation contractuelle, en raison de ses convictions religieuses ne constitue un motif de licenciement que si l'employeur n'a pas pu reclasser le salarié sur un autre poste¹⁰³⁵.

191. Au Royaume-Uni. Lorsqu'une instruction d'un employeur vient en contradiction avec la pratique religieuse d'un salarié, l'existence d'une discrimination indirecte n'est avérée que si cette instruction n'est pas justifiée comme un moyen proportionné d'atteindre un but légitime¹⁰³⁶. Ainsi, n'a pas été, par exemple, considérée comme une discrimination indirecte l'obligation faite à un membre de l'Église adventiste du 7^{ème} jour de travailler le samedi, car cela était justifié par des raisons commerciales¹⁰³⁷. Il a aussi été jugé qu'un employeur n'avait pas réussi à protéger les convictions d'une salariée qui refusait de diriger les cérémonies d'unions civiles entre personnes du même sexe en raison de sa religion et qui s'était sentie harcelée par les membres homosexuels du personnel¹⁰³⁸. Les juges anglais admettent qu'un code vestimentaire, interdisant le port du voile, soit légitimé par des raisons de performance économique. Dans l'affaire « *Azmi v. Kirklees MBC* », le port du voile a pu être valablement interdit par l'employeur parce qu'il constituait un frein à la communication dans

¹⁰³² Cour régionale du travail de Schleswig-Holstein, 22 juin 2005, cité par A. SEIFERT, *Religious expression in the workplace : the case of the Federal Republic of Germany*, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 2009, vol. 30, issue 3.

¹⁰³³ Cour d'appel du travail de Hamm, 18 juillet 2002, cité par A. SEIFERT, *art. préc.*

¹⁰³⁴ Il est probable que cette différence de traitement, selon que le salarié appartient à une Église reconnue ou pas, soit considérée comme discriminatoire par le juge européen.

¹⁰³⁵ P. ADAM, *Les laïcités de l'entreprise privée*, *Dr. soc.* 2015, p. 708 : un salarié de confession musulmane embauché comme « aide magasin » a été affecté à différents rayons avant d'être affecté aux boissons, ce qu'il a refusé pour ne pas avoir à manipuler de l'alcool.

¹⁰³⁶ M. FREEDLAND et L. VICKERS, *Religious expression in the workplace in United Kingdom*, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 2009, vol. 30, issue 3.

¹⁰³⁷ Tribunal du travail, 12 avril 2006, n° 2203173/05, *James v. MSC Cruises*.

¹⁰³⁸ Tribunal du travail, 3 juillet 2008, n° 2203694/2007, *Ladele v. London Borough of Islington*.

l'entreprise¹⁰³⁹. En revanche, alors que le juge français admet les restrictions au port de signes religieux sur les chantiers car elles sont justifiées par des raisons de sécurité, le législateur britannique dispense les Sikhs de porter un casque de chantier, via l'*Employment Act* de 1989.

192. Les États-Unis. La « *Free Exercise clause* » du premier amendement de la Constitution américaine promeut la liberté de religion¹⁰⁴⁰. Mais seuls les 20 millions de travailleurs du secteur public peuvent revendiquer le bénéfice de cet amendement, contrairement aux 116 autres millions travaillant dans le secteur privé¹⁰⁴¹. Dans le secteur privé, le droit américain attend néanmoins du chef d'entreprise qu'il s'efforce de répondre aux besoins religieux de ses équipes dès qu'il en a la possibilité¹⁰⁴². En effet, depuis la réforme de 1972¹⁰⁴³, la section 701 du « *Civil Rights Act* » prévoit que les employeurs sont tenus de prendre en compte les pratiques religieuses des salariés, à moins d'une contrainte injustifiée pour l'entreprise¹⁰⁴⁴. En 1981, dans une affaire similaire impliquant un témoin de Jéhovah, la Cour suprême a fait valoir sa large conception de la religion dans la mesure où elle considère qu'il faut tenir compte des croyances subjectives de l'intéressé, sans chercher à devenir arbitre

¹⁰³⁹ Cour d'appel du travail, 30 mars 2007.

¹⁰⁴⁰ « *Le Congrès n'adoptera aucune loi relative à l'établissement d'une religion, ou à l'interdiction de son libre exercice ; ou pour limiter la liberté d'expression, de la presse ou le droit des citoyens de se réunir pacifiquement ou d'adresser au Gouvernement des pétitions pour obtenir réparations des torts subis.* ».

¹⁰⁴¹ L'affaire suivante illustre bien cette problématique : deux salariés indiens, qui étaient membres de la « *Native American Church* » et exerçaient les fonctions de conseillers dans un clinique privée de réhabilitation des toxicomanes, avaient été licenciés pour avoir consommé du peyote, une drogue hallucinogène légalement interdite mais utilisée dans les cérémonies religieuses indiennes, et s'étaient vus refuser le bénéfice des allocations de chômage en raison du motif de leur licenciement. Si la Cour suprême de l'Oregon leur avait reconnu le droit de se prévaloir du premier amendement précité (Cour suprême de l'Oregon, *Smith and Black v. Employment Division*, 307 Or 68, 962 P. 2d 146,148, 1988), la Cour Suprême des États-Unis a cependant annulé cette décision car les clauses religieuses de ce texte ne peuvent pas conférer d'immunité à l'égard des lois de portée générale (Cour Suprême des États-Unis, *Employment Division, Department of Human Resources of the State of Oregon v. Smith and al.*, 58 LW 4433 (1990) ; 494 U.S. 872, 1990) : W. W. VAN ALSTYNE, *Religion in the workplace : a report on the layers of relevant law in the United States*, Comparative Labour Law & Policy Journal, 2009, vol. 30, issue 3.

¹⁰⁴² K. D. WALD, *Religion and the workplace: a social science perspective*, Comparative Labour Law & Policy Journal, 2009, vol. 30, issue 3 ; J.-G. HUGLO, *La Cour de cassation et le fait religieux dans l'entreprise : présentation des enjeux juridiques*, Dr. soc. 2015, p. 682. Au Canada et aux États-Unis, ces aménagements raisonnables donnent lieu à de vifs débats en raison de l'augmentation du contentieux « *communautaire* » : P. ADAM, *Les laïcités de l'entreprise privée*, Dr. soc. 2015, p. 708.

¹⁰⁴³ Auparavant, en 1963, la Cour Suprême des États-Unis a annulé un arrêt de la Cour suprême de Caroline du sud, qui avait lui-même rejeté le recours d'une salariée membre de l'Église adventiste du septième jour ayant perdu son emploi et le droit aux allocations de chômage pour avoir refusé de travailler le samedi : Cour Suprême américaine, *Sherbert v. Verner*, 17 juin 1963, 374 U.S. 398 ; cité par : A. POUSSON, *Convictions religieuses et activités salariées*, in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presse de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 298. La Commission pour l'égalité, créée avec l'entrée en vigueur du « *Civil Rights Act* » en 1964, avait quant à elle rappelé que tous les congés religieux doivent être traités de la même manière, mais aussi que les aménagements réalisés par l'employeur doivent l'être à un coût minimum.

¹⁰⁴⁴ K. BERTHOU, *Halde : vers une conciliation de la liberté religieuse au travail ?*, RDT 2008, p. 238.

de l'interprétation des écritures¹⁰⁴⁵. Ensuite, en 1985¹⁰⁴⁶, la Cour suprême américaine a confirmé la décision de la Cour suprême du Connecticut ayant déclaré inconstitutionnelle, au regard du premier amendement, une loi obligeant les employeurs à ne pas discriminer les salariés non-chrétiens en excusant leurs absences le jour de leur propre « *sabbat* », mais sans penser aux retombées d'une telle loi sur les salariés n'ayant pas de religion et devant donc assurer le service. Ainsi, la Cour suprême des Etats-Unis impose à l'employeur de trouver un accommodement raisonnable avec la pratique religieuse du salarié à partir du moment où il n'en résulte ni une dépense excessive¹⁰⁴⁷, ni un inconvénient non négligeable selon le critère « *de minimis* »¹⁰⁴⁸. La jurisprudence américaine permet par ailleurs aux salariés de refuser certaines contraintes liées à l'exécution de leur contrat de travail, qu'ils auraient mis en œuvre antérieurement, parce qu'ils auraient changé de religion en cours d'exécution de ce dernier¹⁰⁴⁹. Outre-Atlantique, il est aussi possible de constater le développement, autorisé par les entreprises elles-mêmes, de pratiques religieuses telles que la mise en place de groupes de réflexion sur la Bible ou le Coran, l'offre optionnelle de sessions de prière dans des salles dédiées ou la rencontre avec des aumôniers d'entreprise¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁵ Cour suprême américaine, *Thomas c. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 6 octobre 1981, 450 U.S. 707.

¹⁰⁴⁶ Cour Suprême américaine, *Estate of Thornton v. Caldor, Inc.*, 26 juin 1985, 472 U.S. 703.

¹⁰⁴⁷ Cour Suprême américaine, *Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 17 novembre 1986, 479 U.S. 60. Lorsque l'employeur est dans l'incapacité d'offrir le moindre aménagement raisonnable, il doit alors prouver que les alternatives proposées par le salarié impliqueraient une charge disproportionnée. En revanche, il n'est pas tenu d'apporter cette preuve quand il démontre avoir offert un aménagement : D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire, Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, thèse, Bruylant, 2006, p. 578.

¹⁰⁴⁸ Cour Suprême américaine, *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 16 juin 1977, 432 U.S. 63. Dans cette affaire, la Cour jugea que le système d'ancienneté, permettant aux travailleurs les plus anciens de choisir en priorité leurs jours de repos, constituait déjà un aménagement significatif pour prendre en compte les besoins religieux et que l'employeur n'avait aucune obligation de prendre d'autres aménagements raisonnables : cité par D. MARTIN, *op. cit.*, p. 577-578.

¹⁰⁴⁹ Cour Suprême américaine, *Hobbie v. Unemployment Appeals Comm. Florida*, 26 février 1987, 480 U.S. 136.

¹⁰⁵⁰ Maurice Thévenet cite l'ouvrage de Jean-Claude Garcia-Zamor, Professeur à l'Université de Floride dans le département d'administration publique, sur le sujet : J.-C. GARCIA-ZAMOR, *Workplace spirituality and organizational performance*, *Public Administration Review*, 2003, vol. 63, issue 3 ; cité par M. THÉVENET, *Management et religion, La poule devant un couteau*, *Revue internationale de psychologie*, 2011/41, Vol. XVII, p. 27.

II. La réflexion au regard des évolutions du droit interne

193. Un appel à la clarification. Pour certaines questions abordées ci-dessus, la conciliation d'une double subordination à l'égard du patron et du *saint-patron* demeure complexe. Si l'expression de « *laïcité positive* »¹⁰⁵¹ du Conseiller doyen Philippe Waquet¹⁰⁵² semble trop controversée lorsqu'il s'agit de l'entreprise sans tendance, il paraît raisonnable d'admettre, à l'instar du Professeur François Gaudu, que « *si l'entreprise, contrairement au service public, n'est pas laïque, en ce sens que l'expression des convictions religieuses devrait y être prohibée, le maintien d'une certaine réserve religieuse au lieu du travail est soutenu par une convergence d'intérêts* »¹⁰⁵³. Même les instances qui avaient clairement affirmé leur désapprobation face à une intervention du législateur en matière de conscience religieuse, ont admis qu'une clarification des règles est nécessaire pour éviter les crispations sur ce sujet. Ainsi, à la suite de constats opérés lors de tables rondes en 2011¹⁰⁵⁴, la HALDE avait reconnu qu'une clarification des règles apparaissait nécessaire¹⁰⁵⁵. En 2013, la CNCDH a admis « *qu'il existe une certaine complexité dans l'application du principe de laïcité ainsi qu'une difficulté d'appréhender la notion pour les non-spécialistes* »¹⁰⁵⁶. Cet avis était partagé la même année par le CESE, constatant que les normes de droit applicables, « *en raison de l'importance prise par une jurisprudence complexe, (...) sont difficilement accessibles à tous les acteurs*

¹⁰⁵¹ Pour le débat sur le fait d'adjectiver la laïcité : cf. *supra* note n° 396.

¹⁰⁵² En 2000, le doyen Philippe Waquet, constatait « *la montée du fondamentalisme ou de l'intégrisme qui, peu ou prou, affecte toutes les religions. Certains croyants, rejetant les règles d'une saine laïcité, veulent si non imposer à tous leurs croyances ou leurs pratiques, en tous les cas avoir le droit de les exposer et de les mettre en œuvre même dans la vie professionnelle* ». Il convenait donc, selon lui, « *de s'en tenir à une laïcité positive qui respecte les convictions religieuses, mais qui les cantonne au niveau de la vie personnelle du salarié* » : Ph. WAQUET, *La vie personnelle du salarié*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle : Mélanges en l'hommage de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2000, p. 518 et 520.

¹⁰⁵³ F. GAUDU, *Droit du travail et religion*, Dr. soc. 2008, p. 959 (cet article retranscrit une communication présentée dans le cadre du colloque « *L'expression du religieux sur les lieux de travail* », organisé par les Professeurs Matthew Finkin et Alain Supiot les 23 et 24 mai 2008). Le Professeur Patrice Adam a souligné que les Professeurs François Gaudu et Jean Savatier n'entendaient pas la laïcité comme un principe directement mobilisable par le juge du contrat de travail mais comme une source d'inspiration : P. ADAM, *Les laïcités de l'entreprise privée*, Dr. soc. 2015, p. 708.

¹⁰⁵⁴ Ces tables rondes ont réuni des personnalités du secteur privé, des partenaires sociaux, des entreprises publiques et privées de plusieurs secteurs d'activité, et des personnes qualifiées (universitaires, juristes, sociologues). A l'issue de ces tables rondes, la HALDE recommandait au gouvernement de confier au Défenseur des droits la mise en place d'un cadre de dialogue sur la prise en compte du fait religieux dans le secteur public et privé en y associant les partenaires sociaux.

¹⁰⁵⁵ Il s'agit « *d'assurer l'équilibre indispensable dans une société démocratique entre principe de non-discrimination fondé sur la religion, liberté religieuse et restrictions autorisées par la loi* » : HALDE, délib. n°2011-67, 28 mars 2011.

¹⁰⁵⁶ CNCDH, Avis sur la laïcité, 26 septembre 2013, cf. *supra* n° 89 et 114, notes n° 408 et 515.

économiques et sociaux »¹⁰⁵⁷. Ce dernier se prononçait en faveur d'un rappel des règles de droit par une circulaire de la Direction Générale du Travail (ci-après « DGT ») du ministère du Travail. En 2015, l'Observatoire de la laïcité a repris cette même suggestion de circulaire, en expliquant que l'objectif est « *de prévenir, en amont et par l'application du droit, tout conflit sur ce sujet particulièrement sensible* »¹⁰⁵⁸. Dans son troisième rapport du 9 juin 2016, l'Observatoire de la laïcité a confirmé la nécessité d'élaborer des outils d'accompagnement des managers dans la gestion discrète des demandes relatives à la pratique religieuse.

194. La réponse du législateur, suivie de celle de l'administration. À la suite de ces avis, mais aussi après de fréquents sondages et de nombreux dossiers dédiés à la question de la religion au travail dans les principales revues juridiques spécialisées, une clarification des règles applicables a vu le jour, précédée cependant d'un changement législatif. En effet, le rapport du comité présidé par le Professeur Robert Badinter, remis le 25 janvier 2016 au Premier ministre¹⁰⁵⁹, a proposé l'insertion dans un préambule du Code du travail d'un principe¹⁰⁶⁰ qualifié par certains, à tort¹⁰⁶¹, de « *laïcité* »¹⁰⁶² et reprenant la formulation de l'article L. 1121-1¹⁰⁶³. Certains y ont d'ailleurs plutôt vu une transposition du principe nord-américain de l'accommodement raisonnable dans un sens favorable au salarié, puisqu'il revient à l'entreprise, sauf exception, de s'accommoder à la religion du salarié¹⁰⁶⁴. Si la

¹⁰⁵⁷ E. ARNOULT-BRILL et G. SIMON, *Le fait religieux dans l'entreprise, avis préc.*, p. 24.

¹⁰⁵⁸ Observatoire de laïcité, Avis sur la promotion de la laïcité et du vivre ensemble, 14 janvier 2015.

¹⁰⁵⁹ *Les principes essentiels du droit du travail*, Rapport au Premier ministre, dir. R. BADINTER, La Documentation française, 2016.

¹⁰⁶⁰ L'article 6 du Rapport est situé dans une partie relative aux libertés de la personne au travail et dispose : « *La liberté du salarié de manifester ses convictions, y compris religieuses, ne peut connaître de restrictions que si elles sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché* ».

¹⁰⁶¹ Le choix de cette expression, à visée plutôt médiatique, était en effet à relativiser car il ne s'agissait pas du principe tel qu'applicable dans l'administration, mais du rappel de la possibilité d'encadrer la liberté de manifester ses convictions religieuses à certaines conditions.

¹⁰⁶² Le principe est ainsi présenté sur le site www.vie-publique.fr (« *Droit du travail : le rapport Badinter définit un socle de principes essentiels* ») et par le Premier ministre de l'époque, s'adressant au journal *Le Monde* : « *cette recommandation ancre le principe de laïcité dans l'entreprise, déclare M. Valls au Monde. Je me réjouis et le gouvernement y donnera suite dans la loi* » : B. BISSUEL, *Badinter remet les droits des salariés au cœur du code du travail*, *Le Monde*, 25 janvier 2016.

¹⁰⁶³ En 2009, le Conseiller doyen Philippe Waquet écrivait à propos de cet article : « *Pourquoi d'ailleurs une loi, alors que notre ordonnancement juridique comporte depuis la loi du 31 décembre 1992 un texte qui permet à l'employeur de limiter les droits et libertés des salariés pendant la période de travail ? L'article L. 120-2 du Code du travail, devenu l'article L. 1121-1 du nouveau Code autorise une solution raisonnable et mesurée du problème des signes religieux* » : Ph. WAQUET, *Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise ?*, RDT 2009, p. 485.

¹⁰⁶⁴ L. HONORÉ, *La loi El-Khomri modifie au profit du salarié l'exercice de la liberté religieuse dans l'entreprise*, *Le Monde*, 15 mars 2016.

commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale a rejeté la proposition du « comité *Badinter* », un nouvel article L. 1321-2-1 a néanmoins été introduit dans le Code du travail par la loi « *Travail* » du 8 août 2016¹⁰⁶⁵. Aussi, depuis le 10 août 2016, « *le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché* ». Largement commentée¹⁰⁶⁶, la rédaction retenue inverserait la règle de l'article L. 1121-1, et donc la proposition du comité, puisque les restrictions imposées par l'employeur deviendraient le principe, à la place de la liberté du salarié¹⁰⁶⁷. Toutefois, en l'absence de précision dans la loi, mais au regard de la jurisprudence récente de la CJUE¹⁰⁶⁸, il reviendra aux juridictions administratives de définir les contours du « *principe de neutralité* » et les « *nécessités du fonctionnement* » de l'entreprise sans tendance. En effet, c'est l'administration du travail puis le juge administratif qui auront à se prononcer sur la régularité des clauses de neutralité insérées dans les règlements intérieurs¹⁰⁶⁹. Dans l'attente de la saisine des juges, le ministère du Travail a publié, en janvier 2017, un « *Guide pratique du fait religieux dans les entreprises privées* » afin de répondre aux questions les plus fréquentes¹⁰⁷⁰. Exauçant ainsi les souhaits des

¹⁰⁶⁵ Article 2 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

¹⁰⁶⁶ « *L'innovation « technique », qui consiste à se référer à un possible « principe de neutralité », paraît somme toute mineure et d'aucuns la jugeront même plus « incantatoire » « qu'opératoire ». Ce texte risque cependant d'entraîner de nouveaux et passionnés débats... Louons-le pourtant pour avoir visé, justement, l'exigence de neutralité plutôt que celle, impropre dans ce contexte, de laïcité* » : P. ADAM, M. LE FRIANT, L. PECAUT-RIVOLIER et Y. TARASEWICZ, *La religion dans l'entreprise, L'art (difficile) des limites*, RDT 2016, p. 532. Dans le cadre de son livret à paraître « *La laïcité, si on en parlait* », le groupe de travail mis en place au sein de la CGT explique, au contraire, que même le principe de neutralité devrait être cantonné aux agents du service public, en se fondant sur une décision du Conseil constitutionnel (Cons. const., 18 septembre 1986, n° 86-217 DC : « *ces cahiers des charges doivent nécessairement se conformer aux principes fondamentaux du service public et notamment au principe d'égalité et à son corollaire le principe de neutralité du service* ») : Extraits in Dr. ouvr. 2018, p. 86. Certains voient dans cette disposition du Code du travail la « *condamnation à une mort sociale des femmes musulmanes* » car elle ouvrirait « *la porte à des discriminations potentielles* » : L. CHAREF, *La condamnation à une mort sociale des salariés porteurs de signes religieux*, SSL 2016, n° 1741.

¹⁰⁶⁷ Y. PAGNERRE, *Principe de neutralité dans l'entreprise*, Dr. soc. 2016, p. 880 ; B. BOSSU, *Neutralité, convictions et religion*, Dr. ouvr. 2017, p. 112 ; C. WOLMARK, *Neutralité dans l'entreprise ou neutralisation des travailleurs*, Dr. ouvr. 2017, p. 226.

¹⁰⁶⁸ CJUE 14 mars 2017, C-188/15, *Bougnaoui et AADH c. Micropole SA*, cf. supra note n°167 ; CJUE, 14 mars 2017, C-188/15, *Bougnaoui et AADH c. Micropole SA*, cf. supra note n°167.

¹⁰⁶⁹ M.-F. BIED-CHARRETON, *La liberté de manifester ses convictions dans l'entreprise par le port d'un signe extérieur, À propos de l'arrêt Micropole univers*, Dr. ouvr. 2018, p. 79-80.

¹⁰⁷⁰ À l'occasion d'un échange téléphonique le 11 avril 2018 avec les services de la DGT, celle-ci a précisé que le but de ce guide est de constituer un outil d'apaisement des tensions liées au fait religieux dans l'entreprise privée. Si la concertation avec les partenaires sociaux au sujet du guide a eu lieu dans le cadre du comité de suivi des attentats de novembre 2015, il a été clairement établi dès l'origine que celui-ci serait déconnecté des

instances précitées, la DGT a pris soin de réaliser deux versions, l'une pour les employeurs, l'autre pour les candidats à l'embauche et les salariés¹⁰⁷¹. Le guide a été actualisé en février 2018 pour tenir compte des arrêts récents rendus par la CJUE et la Cour de cassation au sujet des conditions d'édiction d'une clause de neutralité du règlement intérieur. Certes, dans l'arrêt précité du 22 novembre 2017, dont les faits sont pourtant antérieurs à la création de l'article L. 1321-2-1, la Cour de cassation semble déjà s'être inspirée de la rédaction de cet article pour affirmer que « *l'employeur [est] investi de la mission de faire respecter au sein de la communauté de travail l'ensemble des libertés et droits fondamentaux de chaque salarié* »¹⁰⁷². Néanmoins, les conditions strictes qui ressortent de la lecture combinée de l'article L. 1321-2-1, des arrêts de la CJUE et de celui de la Cour de cassation¹⁰⁷³ semblent avoir découragé les employeurs qui auraient voulu mettre en place une politique de neutralité¹⁰⁷⁴. La récente décision du Comité des droits de l'homme de l'ONU pourrait les rebuter

questions liées à la radicalisation. Il s'agit de donner des points de repères sur l'état du droit en vigueur au plus grand nombre de candidats, salariés et employeurs, d'où le choix d'une présentation sous forme de questions/réponses, après un rappel des notions clés (liberté de religion, laïcité, principe de non-discrimination, etc.).

¹⁰⁷¹ Ce guide contiendrait « *une invitation à l'aménagement/accommodement raisonnable* » à travers, par exemple, le fait pour l'employeur de s'assurer des contraintes alimentaires de ses salariés et clients lors de l'organisation d'un repas d'affaire ou celui d'instaurer des horaires d'accès à une salle de prière pour chaque religion : K. SAID, *Une invitation à l'aménagement raisonnable*, SSL 2016, n° 1741.

¹⁰⁷² Cass. soc., 22 novembre 2017, n° 13-19.855, cf. *supra* note n° 934. « *Notons que ces arrêts de la Cour de justice nous donnent une grille de lecture de l'article L ; 1321-2-1 du Code du travail (...). Veiller aux « nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise » constitue, à n'en pas douter, un objectif légitime pour l'employeur diligent, dès lors que les restrictions apportées à la liberté du salarié sont appropriées et strictement nécessaires* » : C. COURCOL-BOUCHARD, *Liberté religieuse en entreprise : l'employeur peut-il interdire le port d'un foulard islamique ?*, Avis Cass. soc., 22 novembre 2017, RJS 1/18, p. 18. Analysant la note explicative qui accompagne cet arrêt, le Professeur Patrice Adam considère que cette investiture est la « *justification de la possibilité de stipuler une clause de neutralité dans le règlement intérieur, fondement de l'accommodement raisonnable* » : P. ADAM, *Discrimination, liberté et religion. De Luxembourg à Paris : voyage aller-détour(s)*, SSL 2017, n° 1792.

¹⁰⁷³ Les auteurs du Précis Dalloz considèrent que « *ces évolutions juridiques, inspirées par la volonté d'interdire le port du voile musulman, ne cessent d'aller dans le sens d'une prohibition accrue de l'expression de la liberté religieuse. Elles sont un exemple des effets liberticides que produit actuellement la montée de la xénophobie en France et en Europe* » : G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis, Dalloz, 2017, 31^{ème} édition, n° 719, p. 837.

¹⁰⁷⁴ Il semble que « *« nombreux sont ceux qui, désireux de mettre en place une politique de neutralité, ont finalement fait marche arrière, après avoir été avertis des conditions restrictives posées par la Jurisprudence. Par ailleurs, (...) nul ne sait ce que la CJUE serait susceptible de dire si la politique de neutralité ne poursuivait d'autre but que de garantir le maintien d'une certaine sérénité entre les salariés car, au fond, c'est bien ce que recherchent la plupart des employeurs désireux de mettre en place une telle politique* » : G. ROCHE et Y. TARASEWICZ, *Sur la neutralisation des croyances en entreprise*, RJS 4/18, p. 262. Certes, revient aux employeurs « *la lourde tâche d'appliquer la solution retenue avec habilité et finesse pour ne pas créer plus de tensions que celles qu'ils tentent d'éviter* » : B. BERNARD, *Liberté de religion dans l'entreprise privée et clauses de neutralité*, JSL 2018, n° 445, p. 4.

davantage¹⁰⁷⁵. Il faut cependant mentionner le cas de la société Hachette Livre qui, plutôt que de passer par la voie du règlement intérieur, a décidé de conclure un accord triennal avec ses organisations syndicales en juillet 2017, lequel prône une politique de neutralité, notamment pour les salariés qui sont en contact avec la clientèle¹⁰⁷⁶. Avant l'entrée en vigueur de la loi « Travail », le groupe Paprec¹⁰⁷⁷ et le groupe Orange¹⁰⁷⁸ avaient déjà adopté des chartes de neutralité, dont la légalité demeure douteuse dans l'attente d'une éventuelle saisine des juges¹⁰⁷⁹.

195. Le problème du silence lors de l'embauche. Il semble pourtant qu'une solution puisse être envisagée en remontant aux origines du lien contractuel mais il faudrait pour cela accepter d'ôter le caractère tabou de la religion au moment de l'entretien d'embauche¹⁰⁸⁰. Le droit au silence de sa conscience pendant l'entretien est retranscrit à l'article L. 1221-6 du

¹⁰⁷⁵ cf. *supra* n° 115, notes n° 522 et s.

¹⁰⁷⁶ Accord du 10 juillet 2017 sur la lutte contre les discriminations et pour l'égalité chez Hachette Livre : *Hachette Livre s'engage pour la neutralité religieuse et contre les discriminations*, LSQ 3 août 2017, p. 1.

¹⁰⁷⁷ Le groupe Paprec, qui reconnaît avoir été en avance sur la législation (<http://www.paprec.com/fr/groupe/ressources-humaines/charte-laicite-diversite>), a adopté en février 2014 une *Charte de la laïcité et de la diversité*, signée par tous les salariés à l'unanimité et intégrée au règlement intérieur. Elle énonce notamment que « les collaborateurs ont un devoir de neutralité », que « le port de signes ou tenues par lesquels les collaborateurs manifestent ostensiblement une appartenance n'est pas autorisé » et que « nul ne peut se prévaloir de son appartenance religieuse pour refuser d'exécuter sa mission ». Le groupe considère que les 4.000 salariés auraient donné leur accord à l'application de cette charte.

¹⁰⁷⁸ Une charte de neutralité a également été adoptée au sein du groupe Orange à l'automne 2016 : A. DENIS, *Religion : chez Orange, prière d'être discret*, Libération, 4 novembre 2016. Son caractère « vague » est critiqué par la CFE-CGC Orange qui avait demandé à la direction de réaliser des actions plus concrètes, telles que « la suppression de toute référence explicite à une religion pour déposer une demande d'absence », héritée du passé de service public du groupe : courrier adressé à la direction en date du 9 mars 2018 disponible sur https://www.cfecgc-orange.org/documents/metiers/2018_03_12_-_faits_religieux_-_lettre_a_jerome_barre_-_beatrice_mandine.pdf

¹⁰⁷⁹ Il y a peu de chance que la légalité de la charte du groupe Paprec soit reconnue au regard des arrêts de la CJUE du 14 mars 2017, étant donné qu'au lieu de porter une interdiction de neutralité générale, elle vise expressément à interdire le port de signes ou de tenues manifestant ostensiblement une appartenance religieuse : Y. PAGNERRE, *[Liberté de] Religion vs [Liberté d'] Entreprise*, Dr. soc. 2017, p. 450 ; G. CALVES, *Politiques de neutralité au sein des entreprises privées : un feu vert de la CJUE ?*, SSL 2017, n°1762, p. 4.

¹⁰⁸⁰ En revanche, dans le cas particulier d'un demandeur d'emploi, la révélation des convictions religieuses peut parfois s'avérer plus spontanée, celui-ci pouvant préférer continuer à bénéficier des allocations que d'accepter un emploi contraire à ses convictions. Ainsi, en Belgique, en 1983, la Cour de cassation a rappelé que le juge ne peut fonder sa décision sur la seule circonstance que le chômeur n'a pas fait de réserves en s'inscrivant comme demandeur d'emploi et que, dès lors, un membre de l'Église adventiste du septième jour peut refuser un emploi qui comporte des prestations de travail le samedi : Cour de cassation de Belgique, 12 décembre 1983, cassant cour du travail de Bruxelles, 21 janvier 1982. Néanmoins, la cour d'appel de Liège a, par exemple, déclaré qu'une femme de religion musulmane refusant tout emploi en contact avec des hommes aurait dû informer l'Office national de l'emploi de son incapacité à remplir certaines fonctions : cour du travail de Liège, 5 novembre 1991. Ces exemples sont cités par : P. GROENINCKX, *Liberté d'expression et chômage*, Revue de droit social 1982, p. 334 ; A. POUSSON, *Convictions religieuses et activités salariées*, in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presse de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 302 et s.

Code du travail¹⁰⁸¹, qui pose le principe du lien direct et nécessaire entre les questions du recruteur et l'emploi auquel a postulé le candidat¹⁰⁸². Or, contrairement aux entreprises de tendance, la HALDE avait rappelé que dans les entreprises sans finalité religieuse les questions portant sur les convictions religieuses du candidat ne répondent pas à ce principe¹⁰⁸³. Les questionnaires d'embauche ne doivent donc pas permettre de connaître les opinions ou pratiques religieuses du candidat¹⁰⁸⁴. Ainsi, par exemple, le statut de prêtre peut valablement être passé sous silence lors d'un entretien¹⁰⁸⁵. Même avant cette étape, il est d'ailleurs prévu qu'aucune offre d'emploi ne doit faire référence aux convictions religieuses des candidats¹⁰⁸⁶. Face au rayonnement de ce principe de secret, des questions se posent : « *Si le candidat à l'embauche n'est pas tenu de révéler ses convictions religieuses, comment l'employeur peut-il alors les respecter* »¹⁰⁸⁷ ? « *Dans quelles mesures l'employeur peut-il prendre en considération la conscience religieuse lors de l'embauche puis lors de l'exécution, pour la limiter ou l'exclure le cas échéant* »¹⁰⁸⁸ ?

196. La reconnaissance d'un choix de révélation comme solution ? Il s'agirait alors d'aménager pragmatiquement ce droit au silence, à côté des cas particuliers d'enquêtes administratives préalables aux recrutements sur des postes sensibles qui nécessitent déjà de

¹⁰⁸¹ cf. *supra* n° 63.

¹⁰⁸² Mais, déjà avant la loi du 31 décembre 1992 et l'insertion de l'ancien article L. 121-6 du Code du travail, la solution ne faisait pas de doute : « *Doit être affirmée l'interdiction de principe de toute recherche, directe ou non, d'une information sur les opinions et croyances d'un salarié ou candidat salarié. Elle serait en soi illégitime.* » : B. TEYSSIE, *Personnes, entreprises et relation de travail*, Dr. soc. 1988, p. 373, spéc. p. 377 ; cité par J.-M. OLIVIER, *Liberté d'opinion du salarié*, in *La personne en droit du travail*, dir. B. TEYSSIE, Éditions Panthéon-Assas, 1999, p. 67.

¹⁰⁸³ Il n'est pas permis d'interroger un candidat sur son régime alimentaire, même s'il s'agit d'un animateur en classe de mer supposé manger avec les enfants : HALDE, délib. n° 2008-10, 14 janvier 2008, cf. *supra* note n° 876. L'année d'avant, la HALDE avait déjà recommandé que soit retirée du formulaire d'inscription d'un site permettant aux demandeurs d'emploi de diffuser leur profil sur internet la mention, entre autres, de la religion : HALDE, délib. n°2007-115, 14 mai 2007.

¹⁰⁸⁴ Le questionnaire ne doit « *mentionner aucun renseignement relatif aux opinions religieuses ou politiques du salarié* » : CA Douai, 16 décembre 1971, cité par M. PETIT, *Les questionnaires d'embauche*, RPDS, 1973, n° 335, p. 69. Mais il a aussi pu être jugé que le questionnaire d'embauche demandant aux candidats de préciser leurs pratiques religieuses n'est pas discriminatoire dans la mesure où l'incidence des réponses sur le choix de l'employeur n'est pas établie : CA Paris, 25 octobre 1991, Juris-Data n° 1991-024665.

¹⁰⁸⁵ Cass. soc., 17 octobre 1973, n° 72-40.360, Bull. civ. n° 484, p. 444 ; commentaire SAINT JOURS, JCP 1974, II, 17698 (selon l'auteur, l'état sacerdotal ne constitue plus qu'un « *lien de conscience* » et relève de la vie privée).

¹⁰⁸⁶ C. trav. art. L. 5321-2, par renvoi à C. trav. art. L. 1132-1.

¹⁰⁸⁷ F. MESSNER, P.H. PRELOT et J.-M. WOEHRING, *Traité de droit français des religions*, Litec, 2003, p. 711.

¹⁰⁸⁸ *Contrat de travail et religion*, Cah. prud., 1^{er} février 1999, n° 2, p. 1.

sonder la conscience des candidats à l'embauche¹⁰⁸⁹. Il est en effet « *parfaitement possible de faire entrer le respect de prescriptions religieuses dans le contrat de travail, dans les limites du respect de l'ordre public* »¹⁰⁹⁰. Comme c'est déjà le cas actuellement, rien n'obligerait le salarié à dévoiler sa conscience religieuse ou areligieuse. Mais, s'il décidait de le faire, une discussion plus poussée sur le contenu du poste et l'environnement de travail – elle demeure inévitable en l'absence de droit au choix de la tendance laïque permettant de faire régner la neutralité tous postes confondus¹⁰⁹¹ – pourrait s'engager et aboutir, le cas échéant, à l'insertion de clauses spécifiques¹⁰⁹², contractualisant les croyances du salarié¹⁰⁹³. L'employeur ne pourrait alors pas reprocher à un salarié de faire valoir ses convictions religieuses en cours d'exécution du contrat alors qu'il aurait été averti lors de l'entretien. Il s'agirait de dépasser le dilemme entre le « *principe du secret* »¹⁰⁹⁴ lors des pourparlers et la révélation parfois forcée lors de l'exécution du contrat. À l'inverse, si rien n'était dit à ce sujet ou si aucun signe extérieur de conscience religieuse n'était arboré lors de l'entretien, le salarié ne pourrait plus objecter sa religion pendant l'exécution du contrat et l'employeur ne pourrait pas non plus en

¹⁰⁸⁹ Les articles L. 114-1 et L. 114-2 du Code de la sécurité intérieure prévoient que les recrutements sur certains postes « *peuvent être précédés d'enquêtes administratives destinées à vérifier que le comportement des personnes intéressées n'est pas incompatible avec l'exercice des fonctions ou des missions envisagées* ». Le premier article concerne les « *emplois publics participant à l'exercice des missions de souveraineté de l'État, soit les emplois publics ou privés relevant du domaine de la sécurité ou de la défense, soit les emplois privés ou activités privées réglementées relevant des domaines des jeux, paris et courses, soit l'accès à des zones protégées en raison de l'activité qui s'y exerce, soit l'utilisation de matériels ou produits présentant un caractère dangereux* ». Quant au second article, qui a vu le jour via la loi n° 2016-339 du 22 mars 2016 relative notamment à la prévention et à la lutte contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs, il concerne les « *emplois en lien direct avec la sécurité des personnes et des biens au sein d'une entreprise de transport public de personnes ou d'une entreprise de transport de marchandises dangereuses* ». La taille de ces deux articles a été largement augmentée par les lois n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 et n° 2017-258 du 28 février 2017 qui ont notamment prévu que ce type d'enquête peut également avoir lieu une fois que la personne est en poste, pour vérifier que son comportement est toujours compatible avec la mission exercée. Le décret n° 2017-757 du 3 mai 2017 a précisé, au sein de l'article R. 144-7 du même code les fonctions pour lesquelles ces enquêtes peuvent avoir lieu, telles que celles de conducteur de véhicule de transport public collectif ou d'agent des services internes de sécurité de la SNCF ou de la RATP.

¹⁰⁹⁰ F. MESSNER, P.H. PRELOT et J.-M. WOEHRING, *Droit français des religions*, LexisNexis, 2013, p. 1182.

¹⁰⁹¹ Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Mme A. c/ Assoc. Baby-Loup*, Bull. A.P., n° 1 ; cf. *supra* n° 115 et s., note n° 520.

¹⁰⁹² Une comparaison peut être tentée avec la vie familiale du salarié : rien ne l'oblige – bien au contraire, la femme enceinte pouvant taire, voire mentir sur son état – à en donner les détails à son futur employeur toutefois, s'il souhaite la concilier au mieux avec sa vie professionnelle, il a tout intérêt à en discuter préalablement à la conclusion du contrat afin de pouvoir éventuellement y inclure des clauses d'aménagement d'horaires ou de quotité de temps de travail.

¹⁰⁹³ I. DESBARATS, *Quelle place pour la religion au travail ? Débat classique, nouveaux enjeux*, in *Le travail humain au carrefour du droit et de la sociologie, Hommage au Professeur Nikitas Aliprantis*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2014, p. 142.

¹⁰⁹⁴ S. FARNOCCIA, *Liberté religieuse du salarié et intérêt de l'entreprise*, D. 1998, p. 546.

tenir compte¹⁰⁹⁵. Selon la formule du Professeur Jean Savatier, continuerait de prévaloir la « *corrélation nécessaire entre l'interdiction pour l'employeur de prendre en considération les convictions religieuses du salarié lors de la conclusion du contrat de travail et le droit pour lui d'exiger l'exécution du contrat sans que puissent lui être opposées les mêmes convictions religieuses* »¹⁰⁹⁶. Les termes du contrat de travail doivent être clairement discutés lors de l'entretien d'embauche pour instaurer, dès le départ¹⁰⁹⁷, un rapport de confiance et permettre une exécution loyale de celui-ci¹⁰⁹⁸. En d'autres termes, il s'agit de mettre en pratique le principe posé en 1998 dans l'arrêt du boucher de Mayotte¹⁰⁹⁹ car « *il est particulièrement important de permettre à l'employeur de se fonder sur les termes du contrat, si l'on veut éviter la discrimination ethnique* »¹¹⁰⁰. Le contrat de travail resterait ainsi le seul cadre des obligations du salarié vis-à-vis de son employeur, sans qu'il ne soit possible de se prévaloir d'une « *sorte de contrat moral supérieur* » qui permettrait l'accomplissement de rites ou traditions¹¹⁰¹. La Cour de cassation a d'ailleurs réaffirmé ce principe en 2002, au sujet de l'exigence de locataires de confession juive de faire installer une sonnette mécanique¹¹⁰², en déclarant que « *les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge*

¹⁰⁹⁵ CA Paris, 8 décembre 1999, n°99-32500 : un salarié ne peut pas être licencié au motif qu'un article paru dans la presse révèle son appartenance à une secte.

¹⁰⁹⁶ J. SAVATIER, obs., Dr. soc. 1998, p. 615 ; cette citation apparaît dans : C. BRISSEAU, *La religion du salarié*, Dr. soc. 2008, p. 969.

¹⁰⁹⁷ L'insertion d'une clause spécifique au cours de la relation de travail, en passant par la procédure de modification du contrat de travail, pourrait être aussi envisagée mais serait sans doute moins aisée à négocier.

¹⁰⁹⁸ « *Le contrat de travail, ayant pour finalité de permettre une harmonisation entre les intérêts de l'entreprise et les attentes des salariés, doit poser clairement les conditions de cette coopération nécessairement équilibrée ! Il convient, dès lors, de condamner toutes ces pratiques qui consistent à ce que le candidat soit reçu par un service de recrutement, qui ignore ou cache les termes du contrat final : (...) c'est une question de confiance. Les DRH ne devraient-ils pas s'inquiéter de la perception de leur rôle devant la réaction méfiante des salariés face à une proposition de modification du contrat ? Ce sentiment spontané de défiance persiste cependant au cœur de la relation employeur/salarié dès l'embauche (...). Comment, ensuite oser attendre du salarié l'exécution de bonne foi et l'obligation de loyauté, avec un contrat vicié dès l'origine ?* » : J. BROUILLET, M. FESSER et J.-M. PERETTI, *Évolution des droits et obligations de l'employeur : vers un nouveau contrat social, in Éthique et responsabilité sociale, 78 experts témoignent, Mélanges en l'honneur de Michel Joras*, dir. F. de BRY, J. IGALENS et J.-M. PERETTI, Éditions EMS, 2010, p. 183.

¹⁰⁹⁹ Cass. soc., 24 mars 1998, cf. supra note n° 995.

¹¹⁰⁰ « *Il ne doit ainsi absolument pas être permis à un employeur de présumer, d'après l'origine, l'apparence ou le patronyme d'une personne, de ses convictions religieuses, ni surtout du fait qu'elle pourrait objecter à l'exécution du contrat dans les conditions convenues* » : F. GAUDU, *La religion dans l'entreprise*, Dr. soc. 2010, p. 65.

¹¹⁰¹ P. BANON, *Diversité culturelle et religieuse : la génération de la globalisation face au principe de responsabilité*, in *Entreprises et diversité religieuse, un management par le dialogue*, dir. Th. M. COURAU, Association française des managers de la diversité, mars 2013, p. 132.

¹¹⁰² Pendant le shabbat – du vendredi soir au samedi soir – et les fêtes religieuses, les personnes de confession juive ne peuvent mettre en œuvre aucune forme d'énergie, y compris électrique, afin de respecter le principe « *tu ne feras pas de feu* », l'une des prescriptions édictées par la *halakha*, application de l'enseignement de la Torah dans les situations concrètes de la vie.

du bailleur aucune obligation spécifique »¹¹⁰³. Comme le constate le Professeur Jean Savatier, il conviendrait néanmoins d'assouplir quelque peu ce principe au nom de la bonne foi, en prenant en considération les cas où, hors clause contractuelle expresse, l'employeur aurait accepté tacitement les revendications du salarié arborant un signe religieux dès leur première rencontre¹¹⁰⁴. Cette révélation spontanée a déjà été encouragée aussi bien au niveau du Conseil de l'Europe qu'au sein de l'Union européenne¹¹⁰⁵.

197. Les risques de la révélation spontanée. S'il pouvait être établi que les convictions ont été dévoilées pendant l'entretien¹¹⁰⁶ et si l'employeur ne retenait pas le candidat ou

¹¹⁰³ Cass. 3^e civ., 18 décembre 2002, n° 01-00.519, Bull. civ. III, n° 262 : cité par C. MORIN, *Le salarié et la religion : les solutions de droit du travail*, JCP A 2005, n° 1145 ; commenté par : N. DAMAS, *Les convictions religieuses n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel*, D. 2004, p. 844 ; obs. O. GUERIN, AJDI 2003, p. 182 ; obs. Y. ROUQUET, AJDI 2003, p. 182 ; R. LIBCHABER, *Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit*, RTD civ. 2003, p. 575 ; « On peut y voir l'affirmation d'un principe de laïcité contractuelle » : J. MESTRE et B. FAGES, *Les pratiques dictées par les convictions religieuses*, RTD civ. 2003, p. 290.

¹¹⁰⁴ Selon Jean Savatier, les demandes d'accommodement doivent être traitées de bonne foi, quitte à « s'écarter un peu de la lettre du contrat » : « S'il n'ignore pas que le salarié appartient à une confession religieuse lui imposant certains devoirs, l'exécution de bonne foi du contrat implique que l'employeur lui facilite le respect de ces devoirs de conscience, dès lors que cela est compatible avec la bonne marche de l'entreprise » : J. SAVATIER, *Liberté religieuse et relations de travail*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2000, p. 455, spéc. p. 465 ; cité par F. GAUDU, *La religion dans l'entreprise*, Dr. soc. 2010, p. 65. Sur l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, voir aussi : J. SAVATIER, obs., Dr. soc. 1998, p. 615.

¹¹⁰⁵ La Commission européenne des droits de l'homme avait admis qu'il existe des cas où il est préférable que le candidat informe l'employeur de ses convictions pour le mettre en mesure de les respecter, contrairement à l'instituteur qui attend plusieurs années avant de demander l'autorisation de se rendre sur son lieu de culte pour prier les vendredis : Commission EDH, 12 mars 1981, cf. *supra* note n° 1004. La Cour de justice des Communautés a aussi posé le principe selon lequel le travailleur qui souhaite faire valoir certaines exigences de sa conscience religieuse doit nécessairement les révéler préalablement – et suffisamment en avance – à son employeur. Elle pose d'abord le principe selon lequel, « si le candidat informe l'autorité investie du pouvoir de nomination que des impératifs d'ordre religieux l'empêchent de se présenter aux épreuves à certaines dates, celle-ci doit en tenir compte pour les épreuves ». Elle l'aménage ensuite en précisant que « si en revanche le candidat n'informe pas à temps l'autorité investie du pouvoir de nomination de ses difficultés, celle-ci peut refuser de proposer une autre date, particulièrement lorsque d'autres candidats ont déjà été convoqués aux épreuves ». Or, en l'espèce, la candidate avait informé le Conseil des Communautés moins d'un mois avant les épreuves et d'autres candidats avaient déjà été convoqués : CJCE, 27 octobre 1976, n° 130-75, *Prais*, Rec. CJCE 1976, p. 1599.

¹¹⁰⁶ En effet, classiquement, à moins que la question des convictions n'apparaisse clairement dans un questionnaire d'embauche par « maladresse » de l'employeur, le candidat « aura beaucoup de peine à démontrer que son non-recrutement (...) a été motivé par sa réponse ou son refus de répondre à une question plus ou moins attentatoire à sa liberté d'opinion » : J.-M. OLIVIER, *Liberté d'opinion du salarié*, in *La personne en droit du travail*, dir. B. TEYSSIE, Éditions Panthéon-Assas, 1999, p. 68. « Le chef d'entreprise peut ainsi maquiller un comportement condamnable sous des traits plus conformes aux exigences de loyauté et de respect des individus. Les difficultés de preuve aboutissent d'ailleurs à anéantir l'efficacité du dispositif. Aussi faudrait-il modifier radicalement le système mis en place et instaurer un renversement de la charge de la preuve afin que ce soit à l'employeur de démontrer qu'il n'a pas adopté un comportement discriminatoire. Le législateur a déjà instauré un tel système en ce qui concerne la discrimination motivée par la grossesse et pourrait donc l'élargir à l'ensemble du dispositif antidiscriminatoire. » : A. TEISSIER, *La loyauté dans les relations de travail*, dir. B. TEYSSIE, thèse soutenue le 28 juin 1997 au sein de l'Université Paris II, p. 98-99. « Mais le dispositif des

refusait d'insérer dans le contrat une clause prenant en considération les convictions de ce dernier, demeurerait néanmoins la question de la preuve de la justification objective du choix dudit employeur. À défaut de motivation convaincante, la suspicion de discrimination¹¹⁰⁷ pourrait toujours mener à la saisine du Défenseur des droits et aller, le cas échéant, jusqu'au prononcé de sanctions pénales¹¹⁰⁸. Apparaîtraient ainsi des refus discriminatoires et des refus jugés valables, car justifiés par la bonne marche de l'entreprise ou par l'incompatibilité de l'emploi avec une pratique religieuse¹¹⁰⁹. Par ailleurs, même s'il acceptait de contractualiser la conscience du salarié, l'employeur ne serait pas à l'abri des poursuites judiciaires car de telles clauses de « *contractualisation des conditions de travail* », en emportant « *nécessairement singularité du salarié* », risquent de s'avérer « *contraires à l'égalité de traitement* » et de devoir, par conséquent, s'effacer devant cette dernière¹¹¹⁰. De surcroît, « *cette invocation de la*

articles L. 121-6 à 8 laisse de côté les aspects visuels et subjectifs de l'entretien d'embauche et est à peu près impuissant à empêcher la discrimination à l'embauche pour motifs religieux. (...) le comportement de l'employeur ou les questions posées en dehors de tout questionnaire d'embauche sont impossibles à démontrer sans témoin et (...) il est alors très difficile de présenter des éléments de fait laissant supposer une discrimination religieuse » : A. OTTAN, *La discrimination à l'embauche*, in *Travail et religion*, actes du colloque du 14 juin 2013 à la Faculté de Droit de Montpellier, CSBP, juillet-août 2003, p. 49, spéc. p. 50.

¹¹⁰⁷ Dans une étude d'octobre 2015, intitulée « *Discriminations religieuses à l'embauche : une réalité* » et réalisée par Marie-Anne Valfort pour l'Institut Montaigne, a été proposée la création d'une aide financière à l'embauche pour corriger les discriminations à l'égard des minorités religieuses visibles, les musulmans pratiquants ayant deux fois moins de chance d'être contactés par un recruteur que les catholiques pratiquants selon les résultats du testing. Il est proposé d'adjoindre un accompagnement des candidats minoritaires pour être sûr qu'ils ne se conforment pas aux stéréotypes négatifs sur le comportement religieux qui leur sont associés. Puisque la religion n'est pas un critère contrôlable, l'auteur explique qu'il faut se baser sur la nationalité – qui n'est pas une donnée considérée comme sensible par la CNIL – des candidats ou de leurs parents et réserver l'accompagnement à ceux qui viennent d'un pays à majorité musulmane. Mais n'y aurait-il pas un risque d'oublier une partie des membres de cette minorité en utilisant le critère de la nationalité ? Il faut signaler qu'un autre rapport de l'Institut Montaigne du 11 septembre 2014 proposait déjà d'inciter les entreprises à mesurer la diversité ethnique au sein de leurs équipes pour lutter efficacement contre les discriminations. En 2012, l'ANDRH avait déjà proposé de « *mettre en place des indicateurs permettant de mesurer les minorités visibles et non visibles* » : ANDRH, *Propositions 2012, Le DRH et les enjeux de la compétitivité*, p. 16.

¹¹⁰⁸ Par une décision MLD-2014-084, le Défenseur des droits a présenté ses observations dans le cadre d'une affaire en cours devant la chambre correctionnelle d'une cour d'appel. Le Défenseur des droits s'était saisi d'office d'un dossier relatif au refus discriminatoire d'embaucher une candidate comme technicienne de surface en raison de ses origines maghrébines et de sa confession musulmane, l'employeur définissant son entreprise comme « *juive* » et souhaitant éviter les « *tensions* ». Se fondant sur les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal et L. 1132-2 du Code du travail, il avait transmis ses observations initiales au procureur de la République près un tribunal de grande instance, qui avait condamné l'employeur à une amende délictuelle de 5000 €.

¹¹⁰⁹ M. COUFFIN-KAHN, *La place des convictions religieuses du salarié lors de l'exécution de son contrat de travail*, Dr. ouvr., juin 1999, p. 228 et s.

¹¹¹⁰ « *Que penser du devenir de ces clauses face à la montée des exigences d'égalité ? (...) Pour certains auteurs, entre l'intérêt individuel et la justice comme égalité, il faudrait choisir la seconde. La liberté contractuelle devrait donc céder le pas devant la montée des principes d'égalité entre les salariés.* ». Mais l'auteur précise ensuite qu'il semble « *inconcevable que ce même contrat ne puisse pas être source d'avantages singuliers dès l'instant au moins où ces avantages sont justifiés par des éléments objectifs et n'apparaissent pas disproportionnés au regard de ces mêmes éléments de singularité* » : J.-M. BÉRAUD, *La singularisation face*

loi contractuelle ne doit-elle pas désormais céder devant la liberté religieuse ? Cette liberté n'autorise-t-elle pas le salarié à exiger de l'employeur un aménagement de ses conditions de travail, peu important qu'il trahisse les stipulations du contrat ? »¹¹¹¹. Certains auteurs ont rappelé que la thèse du doyen Waquet¹¹¹², selon laquelle, par principe, « *le fait religieux reste étranger à la relation de travail, sauf clause spéciale* », date d'il y a 18 ans et que les temps ont changé depuis lors¹¹¹³. Enfin, dans l'Accord national interprofessionnel relatif à la diversité dans l'entreprise du 12 octobre 2006¹¹¹⁴ et dans plusieurs études parues dans les années 2000¹¹¹⁵, la gestion de la diversité a été présentée comme un facteur de compétitivité de l'entreprise, même si la religion n'est pas visée directement, contrairement aux origines ethniques. elle peut être un facteur de développement économique, permettant de mieux comprendre les attentes des clients sur le marché, en même temps qu'un élément majeur de la

aux exigences de non-discrimination et de singularité, in *Le singulier en droit du travail*, dir. J.-M. BÉRAUD et A. JEAMMAUD, Dalloz, 2006, p. 92 ; citant : A. JEAMMAUD, *Le contrat de travail, une puissance moyenne*, in *Analyses juridiques et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz 2004, p. 299, spéc. p. 329.

¹¹¹¹ P. ADAM, M. LE FRIANT, L. PECAUT-RIVOLIER et Y. TARASEWICZ, *La religion dans l'entreprise, L'art (difficile) des limites*, RDT 2016, p. 532.

¹¹¹² Ph. WAQUET, *La vie personnelle du salarié*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2000, p. 520.

¹¹¹³ Or, « *ce temps, (dé)passé, était celui du triomphe du contrat et de la liberté (religieuse) modeste. Les temps ont changé et le boucher du magasin d'alimentation de détail s'est effacé derrière une directrice adjointe d'une crèche et une ingénieure informatique* » : P. ADAM, M. LE FRIANT, L. PECAUT-RIVOLIER et Y. TARASEWICZ, *art. préc.*, p. 532.

¹¹¹⁴ Selon le préambule, « *cette diversité est pour l'entreprise une source de richesses pour son développement. S'intégrant au projet de l'entreprise, elle est vecteur d'innovation et lui apporte un regard différent. Elle a un effet positif sur son image vis-à-vis de ses clients, de ses prestataires extérieurs et des consommateurs.* ». Cet accord « *place les partenaires sociaux et les entreprises au cœur d'une question déterminante à laquelle la société civile est aujourd'hui confrontée et exprime la volonté des « corps intermédiaires » de ne pas se laisser endormir par les déclarations politiques lénifiantes sur l'intégration, ni de se laisser piéger par les sirènes de la discrimination positive. (...) Elle est aussi à l'honneur de la démocratie sociale qui apparaît plus que jamais comme l'antidote des « pensées uniques » et le rempart contre les « phraseurs » de tout poil.* » : P.-Y. VERKINDT, *L'ANI sur la diversité, un accord à l'honneur de la démocratie sociale*, SSL 2006, n° 1287, p. 6.

¹¹¹⁵ L'ANDRH a proposé de « *favoriser la diversité dans les process RH afin d'accroître les motivations et la compétitivité* », notamment en formant les recruteurs à la lutte contre les stéréotypes : ANDRH, *Propositions 2012, Le DRH et les enjeux de la compétitivité*, p. 13-14. Quatre grandes entreprises du réseau IMS – Axa, L'Oréal, Orange et Vinci – ont accepté de participer à une étude qui a révélé, entre autres, que la diversité des origines se traduit par une baisse de l'absentéisme et du « *turnover* » et que les équipes les plus diverses sont les plus performantes : IMS-Entreprendre pour la Cité, *La diversité des ressources humaines, levier de performance économique*, 2011, p. 8-9. Il faut aussi mentionner l'étude menée en Belgique sur le même thème, cofinancée par la Commission européenne : Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et Business & Society Belgium, *L'entreprise & la diversité, Quelles mises en pratiques ?*, 2007. Ces études sont citées par : I. DESBARATS, *Quelle place pour la religion au travail ? Débat classique, nouveaux enjeux*, in *Le travail humain au carrefour du droit et de la sociologie, Hommage au Professeur Nikitas Aliprantis*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2014, p. 139.

responsabilité sociale de l'entreprise¹¹¹⁶. Ces divers obstacles à l'aménagement contractuel ont peut-être convaincu le législateur d'opter pour l'aménagement réglementaire.

198. Conclusion de section. La conscience religieuse est assurément la forme de conscience morale la plus sujette à controverse et à contentieux, qui justifie qu'elle soit étudiée distinctement. Alors que ses manifestations devraient être traitées comme pour toute autre forme de conscience morale, tel ne semble pas être le cas au regard du caractère très casuistique de la jurisprudence, qui lie étroitement ses solutions au contexte de l'espèce. Même lorsque le législateur prend le parti de revenir à une conception unique de la conscience au sein de l'article L. 1321-2-1, en ne qualifiant pas les convictions, c'est de la dimension areligieuse de la neutralité pouvant être instaurée dont la doctrine et les praticiens font état.

199. Conclusion de chapitre. Dans l'entreprise sans tendance, la conscience personnelle du travailleur n'est ni exacerbée, ni secrète. Elle peut se manifester à partir du moment où elle n'empêche pas le travailleur en question ou autrui à travailler. Dès lors, il devient indispensable de maîtriser l'art subtil du compromis, entre la liberté individuelle du travailleur et le bon fonctionnement de l'ensemble collectif dans laquelle il s'insère, l'entreprise.

¹¹¹⁶ Sur la responsabilité sociale de l'entreprise : *cf. infra* n° 432.

Conclusion du Titre I

200. La place variable de la conscience selon le type d'entreprise. La conscience personnelle du travailleur reçoit, de la part du législateur et du juge, des autorisations de s'exprimer dont l'étendue varie en fonction du milieu où s'exécute le travail. Entre la large place faite à la conscience personnelle dans une entreprise de tendance et celle beaucoup plus réduite qu'il lui est permis d'occuper dans l'entreprise de tendance laïque, il y a la situation, que d'aucuns qualifient d'inconfortable, des entreprises sans tendance. Où doit s'y arrêter la conscience d'un travailleur ? Est-ce à l'instar de toute liberté, là où commence celle d'autrui ? Dans l'idéal, cette réponse ne fait nul doute mais en réalité le curseur est difficile à positionner car les êtres humains ne partagent pas tous les mêmes valeurs morales, religieuses, politiques, syndicales ou éthiques. Il est indéniable que « *la subordination juridique n'implique pas la fusion idéologique* »¹¹¹⁷ mais quel est le juste milieu entre l'épanouissement de la conscience, propre à l'harmonie régnant dans les entreprises de tendance, et la mise en veille, requise par le dévouement à l'intérêt général, dans l'administration française ?

201. La place variable de la conscience au sein d'un même type d'entreprise. Avant de tenter de contribuer à la recherche d'une réponse à cette question, il a fallu d'abord tester les postulats relatifs au rôle de la conscience dans les entreprises de tendance, qu'elle soit religieuse, laïque et autres. Or, il apparaît non seulement que certains écarts de conscience sont permis dans les entreprises de tendance, mais également que la République laïque est capable de prendre en considération la conscience de ses agents. Le droit social paraît ainsi enclin à s'adapter aux élans de la conscience humaine. Cela s'illustre particulièrement bien à travers le traitement de la conscience morale dans l'entreprise sans tendance puisque le travailleur est parfois autorisé par le droit à s'y référer pour adapter quelque peu le contenu de son poste de travail. Néanmoins, cette appréhension de la conscience personnelle par le droit social a ses limites. En effet, dans l'entreprise sans tendance, mise à part la création de l'article L. 1321-2-1 du Code du travail en 2016 dont les premiers contentieux feront

¹¹¹⁷ L'auteur ajoute « (*sauf, dans une certaine mesure, dans les entreprises de tendance*) et le contrat de travail (...) ne présuppose pas l'engagement complet du salarié sur tous les plans et à propos de toutes les stratégies de l'entreprise. La « contributivité », dont on sait qu'elle tient compte du comportement, ne doit pas être la mesure du degré d'adhésion aux valeurs de l'entreprise, ni du degré de conformité à sa culture » : A. CHIREZ, *Notation et évaluation des salariés*, Dr. ouvr. 2003, p. 309.

certainement l'objet d'un suivi attentif de la part de la doctrine et des praticiens, le législateur s'oppose à normaliser la conscience religieuse, laissant le soin aux employeurs, aux autorités administratives et aux juges de concilier les intérêts en présence. Mais, plus surprenante encore est cette apparente réticence du droit social à se saisir d'un pan de la conscience né à l'occasion du travail et existant pour mieux le servir : la conscience professionnelle.

Titre II : La conscience professionnelle

202. Une conscience à défendre. D'après une récente enquête, les salariés seraient plus enclins à aller au conflit avec leur hiérarchie lorsque leur conscience professionnelle est en jeu, que lorsqu'il s'agit de pouvoir manifester leur liberté de conscience morale¹¹¹⁸. L'affaire dans laquelle la Cour de cassation a donné raison à la cour d'appel d'avoir qualifié de faute la diffusion à l'ensemble du personnel, par un salarié, d'une lettre illustre ce propos car il s'agissait pour ce dernier de répondre à un courrier de la direction, largement diffusé lui aussi et mettant directement en cause sa conscience professionnelle¹¹¹⁹. En réalité, cette conscience se heurte de plus en plus souvent aux règles imposées par la direction en termes de cadence, de procédure et d'organisation¹¹²⁰. À une époque où apparaissent les primes de « *décrutement* » et la rémunération variable basée sur le « *benchmark* », sorte de mise en concurrence des salariés entre eux, la conscience des salariés ne peut pas toujours lutter seule. L'appui d'une autorité supérieure – législateur ou juge – s'avère alors nécessaire. Dans certains cas, cette intervention est aussi indispensable pour apprécier les conséquences provoquées par les pressions exercées sur la conscience professionnelle des salariés.

203. Définition et traductions. La conscience professionnelle est entendue comme la conscience claire des conditions qui doivent être remplies pour que le travail soit bien fait. Cette définition rejoint celle du « *Vocabulaire juridique* » du Professeur Gérard Cornu¹¹²¹. Il s'agit de ce souci de la minutie qui appartenait aux ouvriers en conscience de l'imprimerie au 18^{ème} siècle, ou cette « *scrupuleuse honnêteté que l'on apporte à l'exécution de son travail* » et qui est « *inspirée par le sens des exigences de sa profession accompagné de la volonté de*

¹¹¹⁸ A. LACROIX et A. LE GOFF, *La morale est-elle soluble dans l'entreprise ?*, Philosophie magazine, n° 76, février 2014.

¹¹¹⁹ Cass. soc., 22 juin 2004, n° 02-42.446, Bull. civ. V, n° 175.

¹¹²⁰ Une étude de la DARES publiée le 24 juin 2015 a révélé que, dans les entreprises dites « *en crise* » (avec des baisses d'activité, des mesures de réduction du temps de travail et/ou des effectifs), les conflits de valeurs sont plus fréquents car les salariés ont 22 % de probabilités en plus d'exprimer « *être toujours ou souvent en désaccord avec le supérieur sur la façon de bien faire le travail* » que ceux des entreprises stables : DARES, *Risques psychosociaux et situation économique des entreprises*, Analyses, juin 2015, n° 044, p. 2.

¹¹²¹ Pour rappel, la conscience professionnelle est la « *connaissance et pratique du devoir d'état* » ou « *pour celui qui exerce une profession, claire perception, des devoirs qui y sont attachés et résolution de s'y conformer* » : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^{ème} éd., 2018, entrée « *conscience* », p. 239 ; cf. *supra* n° 34, note 168 et cf. *infra* n° 211 et note n° 1185.

s'en acquitter au mieux, quelles que soient les difficultés »¹¹²². Si une seule expression suffit en anglais, « *conscientiousness* »¹¹²³, et en italien, « *coscienziosita* »¹¹²⁴, la langue française exige l'adjonction au nom « *conscience* » de l'adjectif « *professionnelle* ». C'est une intéressante démonstration du lien viscéral qui existe entre cet angle si particulier de la conscience et le monde du travail. En effet, la conscience implique certes, pour un salarié, la loyauté à l'égard de son employeur¹¹²⁵ mais aussi, pour tout travailleur, à l'égard de ses propres valeurs de travail bien réalisé.

204. Occurrences dans les textes législatifs et réglementaires. Les trois apparitions de cette conscience particulière, qui apparaissent dans trois codifications¹¹²⁶ différentes, sont d'ailleurs là, à chaque fois, pour exiger des personnes exerçant une profession particulière d'agir conformément à leur « *conscience professionnelle* ». Il en est ainsi de l'administrateur ou du liquidateur judiciaire dans le Code de commerce¹¹²⁷, de l'expert foncier ou forestier dans le Code rural¹¹²⁸ et de l'architecte dans le Code de déontologie qui lui est propre¹¹²⁹. Si le champ de recherche est élargi au-delà des codifications¹¹³⁰, l'expression de « *conscience professionnelle* » apparaît le plus souvent dans les citations à l'ordre de la Nation. L'utilisation de l'expression paraît logique puisqu'il s'agit d'attribuer un titre de reconnaissance à une

¹¹²² Cette définition est issue du TLFi, diffusé par l'ATILF, et est disponible sur le site du CNRTL : <http://www.cnrtl.fr/definition/conscience>.

¹¹²³ L. SINCLAIR-KNIGHT et P. VARROD, *Le Robert & Collins super senior : grand dictionnaire français-anglais*, Dictionnaires Le Robert Harper Collins, 2000, entrée « *conscience* », p. 199.

¹¹²⁴ R. BOCH, *Le Robert & Zanichelli, Il Boch : dictionnaire français italien*, Zanichelli Le Robert, 2014, entrée « *conscience* », p. 259.

¹¹²⁵ Selon le Professeur Philippe Le Tourneau, « *le salarié doit être loyal envers son entreprise, en cherchant le bien de celle-ci, notamment par ce qui est appelé sa conscience professionnelle, en en présentant une image positive, en ne révélant pas son savoir-faire, etc.* » : Ph. Le TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Essai, Dalloz, Dunod, 2000, p. 143. Sur la loyauté : cf. *supra* n° 33.

¹¹²⁶ Si le Code du travail français ne mentionne rien au sujet de la conscience professionnelle, d'autres pays ont fait de la conscience professionnelle une obligation à la charge du salarié. Ainsi, le Code des obligations suisse (ou loi fédérale complétant le Code civil suisse) dispose en son article 321a, situé au sein du titre consacré au contrat de travail, que « *le travailleur exécute avec soin le travail qui lui est confié et sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur* ».

¹¹²⁷ Selon l'article annexe 8-2 à la partie A du Livre VIII de la Partie « Arrêtés » du Code de commerce, les administrateurs judiciaires et les mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises « *doivent aux diverses parties à la procédure (...) leur conscience professionnelle* » : cf. *supra* n° 34.

¹¹²⁸ Selon le dernier alinéa de l'article R. 172-2 du Code rural, les experts fonciers et agricoles et les experts forestiers « *sont tenus de respecter, en toutes circonstances, les règles de l'honneur, de la probité et de l'éthique professionnelle. Ils doivent agir avec conscience professionnelle et selon les règles de l'art* ».

¹¹²⁹ Selon l'article 7 du Code de déontologie des architectes, « *l'architecte avant de signer un contrat doit vérifier que certaines clauses ne risquent pas de le contraindre à des choix ou des décisions contraires à sa conscience professionnelle* ».

¹¹³⁰ Il faut préciser que le site Légifrance ne permet de faire des recherches parmi les mots d'un texte que pour les textes publiés depuis l'année 1990.

personne au service de l'État – policier, gendarme ou pompier – qui a accompli, dans le cadre de ses fonctions professionnelles, un acte de dévouement exceptionnel au péril de sa vie, faisant ainsi preuve de « *conscience professionnelle* ». D'autres textes évoquent aussi cette notion, à l'instar d'un arrêté du 12 mai 2010 rappelant aux professeurs qu'agir en fonctionnaire de l'État signifie, entre autres, « *faire preuve de conscience professionnelle* »¹¹³¹ ou d'un décret du 30 mars 2012 qui enjoint aux experts comptables d'exercer leur activité « *avec conscience professionnelle* »¹¹³².

205. Occurrences dans la doctrine. Malgré ces quelques occurrences juridiques, la conscience professionnelle n'est, *a priori*, pas saisie juridiquement par le droit social. Selon la formule du Professeur Jacques Caillosse, « *rien, dans la boîte à outils théoriques de juriste ne lui permet de prendre la mesure d'un engagement professionnel* » et sa tâche consiste donc à « *en établir la juridicité* ». Le juriste « *ne se trouve plus ici face aux rapports de travail* » mais « *c'est bien sur les rapports au travail, sur les modes d'investissement dans le travail qu'on lui demande de se prononcer, depuis son champ disciplinaire* »¹¹³³. Il semble d'ailleurs difficile de trouver des traces, dans les manuels contemporains¹¹³⁴ de droit du travail, de clause ou d'obligation de conscience *professionnelle*. Toutefois, à la première page de son manuel, le Professeur Jean-Emmanuel Ray écrit la formule selon laquelle « *Bien-être* » au travail = *sentiment de bien faire son travail* »¹¹³⁵. Il est nécessaire de remonter le temps pour

¹¹³¹ Arrêté du 12 mai 2010 portant définition des compétences à acquérir par les professeurs, documentalistes et conseillers principaux d'éducation pour l'exercice de leur métier, JORF n°0164 du 18 juillet 2010, texte n°6.

¹¹³² Article 145 du décret n°2012-432 du 30 mars 2012 relatif à l'exercice de l'activité d'expertise comptable.

¹¹³³ L'affirmation concerne le secteur public mais elle peut être transposée à l'ensemble du monde du travail : J. CAILLOSSE, *La « conscience professionnelle » de l'agent public entre rappels à l'ordre statutaire et exigences managériales*, La Revue administrative, 2003, n° 334, p. 350.

¹¹³⁴ Il est dorénavant question d'une obligation de prestation de travail qui doit être exécutée de bonne foi mais nulle trace de l'obligation d'exécution consciencieuse : G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis, Dalloz, 2017, 31^{ème} édition, n° 655 et 656, p. 777 et 778 ; F. FAVENNEC-HERY et P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, 5^{ème} édition, 2016, n° 567, p. 422 ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ, Précis Domat, 2016, 10^{ème} édition, n° 592 et s., p. 375 et s. ; B. TEYSSIÉ, J.-F. CESARO et A. MARTINON, *Droit du travail, Relations individuelles*, LexisNexis, 2014, 3^{ème} édition, n° 536, p. 265. Il faut néanmoins signaler que dans son cours de droit du travail, consacré aux relations individuelles du travail, tel que dispensé au premier semestre de l'année universitaire 2017/2018, et plus précisément dans une section consacrée aux obligations essentielles du contrat de travail, le Professeur Jean-François Cesaro a expliqué aux étudiants que le travail doit être exécuté non seulement avec loyauté, mais aussi avec diligence, notion proche de la conscience professionnelle. Il existe sans aucun doute d'autres présentations en ce sens.

¹¹³⁵ J.-E. RAY, *Droit du travail Droit vivant 2018, La relation individuelle de travail*, Éditions Liaisons, Wolters Kluwer, 26^e éd., 2018, p. 11, n° 2. Le bien-être au travail a d'abord été synonyme de santé, car il s'agissait de ne pas mourir ni d'être accidenté au travail, puis d'épanouissement et de fierté du travail accompli : J.-E. RAY, *Le bien-être au travail*, in *Le bien-être et le droit*, dir. M. TORRE-SCHAUB, Publications de la Sorbonne, 2016, p. 35.

trouver des traces de l'exécution « *avec conscience* » de la prestation de travail dans les ouvrages des Professeurs Marcel Planiol et Georges Ripert¹¹³⁶, Paul Durand¹¹³⁷ ou encore Guillaume Henri Camerlynck¹¹³⁸, présentée comme l'une des obligations du salarié.

206. La question d'un régime juridique. Pourtant, en théorie, la conscience professionnelle ne devrait-elle pas constituer une obligation juridique expresse inhérente à toute profession, qu'elle soit régie par un contrat ou un statut ? Et, en pratique, pourquoi est-il courant de parler de désengagement des travailleurs et de crise de la conscience professionnelle, aussi bien pour les travailleurs du secteur privé que pour les agents publics¹¹³⁹ ? Certains tendent d'ailleurs à expliquer ce phénomène par l'évolution des conditions de travail, voire l'évolution des concepts de travail et de population « *active* ». Afin de tenter de cerner davantage cette notion en droit, il convient de se demander si le carcan de la contrainte juridique est adapté à la réalité de la conscience professionnelle, à travers l'étude de sa promotion (**Chapitre I**), puis celle de sa protection (**Chapitre II**).

¹¹³⁶ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome XI Contrats civils, LGDJ, 1932, n° 843, p. 78.

¹¹³⁷ P. DURAND, *Traité de droit du travail*, tome II, Dalloz, 1950, n° 317 bis, p. 584.

¹¹³⁸ La conscience professionnelle (l'adjectif n'est toutefois pas écrit) y est étudiée sous l'angle de la sanction de son absence, ou de l'accomplissement défaillant de l'obligation de faire que représente la prestation de travail : « *Suivant quel critère précis décidera-t-on que tel fait ou telle omission intervenu en cours d'exécution présente bien les caractères d'une faute engageant la responsabilité du travailleur ?* » : G. H. CAMERLYNCK, *Contrat de travail, Tome I, Traité de droit du travail*, dir. G. H. CAMERLYNCK,, Dalloz, 1968, p. 200, n° 113 (la section concernée s'intitule « *Exécution consciencieuse* »).

¹¹³⁹ Le Professeur Jacques Caillosse considère que les interrogations relatives au périmètre d'intervention de l'État et à la transposition en son sein du programme managérial rejaillissent sur le sens du service de l'intérêt général et sur celui de la conscience professionnelle des agents publics. Il existe une crise des motivations professionnelles révélée par des indices tels que l'absentéisme, la démoralisation et la faible productivité : J. CAILLOSSE, *art. préc.*, n° 334, p. 350.

Chapitre 1 : La promotion de la conscience professionnelle

207. Le travail de l'Antiquité à la Révolution française¹¹⁴⁰. La conscience professionnelle, par son lien avec la « *profession* »¹¹⁴¹, se rattache au travail et, plus particulièrement, à la finalité que constitue le travail « *bien fait* »¹¹⁴². Un rappel préalable de la définition du travail, terme sur lequel le droit du travail semble presque faire l'impasse¹¹⁴³, s'impose donc pour comprendre les enjeux de la conscience qui l'accompagne. Le travail est une activité humaine qui a lieu dans un cadre organisationnel et social défini et qui nécessite la réalisation d'efforts ainsi que l'utilisation d'outils particuliers pour atteindre des objectifs de production ou de création donnés¹¹⁴⁴. Avant de rimer avec la transformation acquise par

¹¹⁴⁰ De nombreux passages de ces propos introductifs sont inspirés de : C. LARRERE, *Travail*, in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, tome 2, dir. M. CANTO-SPERNER, PUF, 2004, p. 1991 et s.

¹¹⁴¹ La profession désigne à la fois la fonction habituelle d'une personne qui constitue la source de ses moyens d'existence, mais aussi la déclaration publique ayant pour but de faire connaître ouvertement son adhésion à des principes, notamment religieux : Définition du TLFi sur <http://www.cnrtl.fr/definition/profession>. Ce second sens en est le sens historique. En effet, le terme « *profession* » vient du latin « *professio* » qui signifie la déclaration publique, puis l'état qu'on déclare exercer. Du 12^{ème} siècle au 15^{ème} siècle, la profession désigne l'action de déclarer hautement sa foi et a un sens strictement religieux. Il est d'ailleurs question de profession de foi. À partir du 15^{ème} siècle, la profession devient une autre façon de parler de l'état ou de l'emploi d'une personne. Dans l'usage courant de l'époque, la valeur du mot se restreint à « *un métier ayant un certain prestige* » : *Dictionnaire historique de la langue française*, Tome II M-Z, dir. A. REY, Dictionnaires Le Robert, 2016, entrée « *profession* », p. 1872. Dans le *Dictionnaire universel de Furetière*, la profession est définie comme la déclaration publique de religion, comme la promesse solennelle d'observer des vœux dans un monastère et comme la « *condition qu'on a choisie dans le monde* » : A. FURETIÈRE, *Le Dictionnaire universel d'Antoine Furetière*, Tome III, préf. P. BAYLE, 1984, Les Dictionnaires Robert, entrée « *profession* ». Enfin, il s'agit d'un synonyme de celui de « *travail* » : *Dictionnaire des synonymes, nuances et contraires*, dir. D. LE FUR, Dictionnaires Le Robert, 2011, entrée « *profession* », p. 794.

¹¹⁴² La séparation du travailleur de son travail serait ainsi largement fictive car « *il faut bien que le salarié apporte quelque chose de lui-même, de sa conscience professionnelle, pour que le travail soit bien fait, car le travail incorpore nécessairement quelque chose de la personne du travailleur.* » : A. SUPIOT, *L'identité professionnelle*, in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, 420-421 ; A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 3^{ème} éd., 2015, p. 99.

¹¹⁴³ C'est le constat dressé par le Professeur Cyril Wolmark, qui remarque que les juristes se désintéressent du travail, lui préférant la subordination, alors que d'autres disciplines, qui ont également le travail salarié pour objet principal, attachent une grande importance à la compréhension de ce terme. Tel est le cas de la sociologie, l'économie, la psychopathologie ou encore la philosophie. Il considère pour sa part qu'existent trois acceptions du travail, à savoir le support des droits (*avoir un bon travail*), le résultat de l'activité (*faire du bon travail*) et l'acte technique par lequel l'homme participe à son environnement (*être au travail*) : C. WOLMARK, *Quelle place pour le travail dans le droit du travail ?*, Dr. soc. 2016, p. 439. Le Professeur Pierre-Yves Verkindt procède au même constat concernant les conditions de travail qui, si elles sont entendues *largo sensu*, s'apparentent au travail réellement exercé : « *Nul ne peut nier le bouleversement auquel conduisent les cinq ordonnances du 22 septembre 2017, mais leur impact sur les conditions de travail reste difficile à mesurer. Mais après tout, la conquête de meilleures conditions de vie au travail se joue peut-être ailleurs que dans le droit.* » : *Les conditions de travail et la santé au travail dans les ordonnances du 22 septembre 2017 : faut-il mouiller son mouchoir ?*, Dr. soc. 2018, p. 41.

¹¹⁴⁴ Cette définition est le fruit de deux ouvrages distincts : G. KARNAS, *Psychologie du travail, Que sais-je?*, PUF, 4^{ème} éd., 2018, p. 9 et s. ; le TLFi : <http://www.cnrtl.fr/definition/travail>.

l'effort, le travail fut synonyme de véritable peine puisqu'il vient du terme « *tripalium* »¹¹⁴⁵, désignant un instrument de torture à trois pieux¹¹⁴⁶. Le mot roman « *trabacula* », qui nomme le chevalet de la question, est parfois aussi évoqué dans l'origine du travail¹¹⁴⁷. Le caractère pénible de la tâche accomplie est encore présent dans l'autre terme latin « *labor* », qui a donné le mot « *labeur* » au 12^{ème} siècle¹¹⁴⁸ et renvoie à une tâche pénible. Cette étymologie, de laquelle transparaissent la contrainte et la souffrance, est révélatrice car, de l'Antiquité jusqu'au Moyen-âge, le travail était considéré comme méprisable en ce qu'il empêche l'homme d'être libre et de se consacrer à des activités jugées plus nobles. L'idée positive de la « *valeur du travail* » est apparue pour la première fois au 17^{ème} siècle dans l'œuvre de Locke, qui a transféré de Dieu à l'homme le droit du fabricant sur son ouvrage : « *c'est le travail qui met différents prix aux choses* »¹¹⁴⁹. Il n'empêche qu'au 18^{ème} siècle, l'ambivalence du travail demeure. D'un côté, sa vertu s'affirme avec la révolution industrielle ainsi que le développement du libéralisme et du protestantisme. Adam Smith l'envisage alors comme une activité socialement bénéfique¹¹⁵⁰ et source de revenus¹¹⁵¹. D'un autre côté, le travail est

¹¹⁴⁵ Le Professeur Jean-Pierre Vernant explique que « *le grec ne connaît pas de terme correspondant à celui de travail : « πονος » (ponos), qui donnera « peine », désigne tout effort qui exige une activité pénible (rapp. latin labor) ; et « εργον » (ergon), d'où viennent l'allemand Werk, l'anglais work, et le radical français « ergo (-nome, -nomie, -thérapie, etc.) » désigne pour chaque chose ou pour chaque être le produit de sa vertu propre, c'est-à-dire l'« œuvre » au sens français contemporain » : J.-P. VERNANT, *Mythe et pensée chez les Grecs*, Maspero, 1965, t. 2, chap. 4, p. 16 ; cité par A. SUPIOT, *L'identité professionnelle*, in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 412.*

¹¹⁴⁶ Ce terme gallo-romain est lui-même issu du mot latin « *tripalis* » qui désignait un appareil à trois pieux utilisé pour ferrer les chevaux : J. MATHIEU-ROSAY, *Dictionnaire Étymologique*, Les nouvelles Éditions Marabout, 1985, entrée « *travail* » p. 512 ; O. BLOCH et W. VON WARTBURG, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, 2008.

¹¹⁴⁷ *Dictionnaire historique de la langue française*, Tome II M-Z, dir. A. REY, Dictionnaires Le Robert, 2016, entrée « *travailler* », p. 2495.

¹¹⁴⁸ J. MATHIEU-ROSAY, *op. cit.*, entrée « *labeur* » p. 292.

¹¹⁴⁹ « *Les effets du travail font la plus grande partie de la valeur de ce qui provient des terres* » : J. LOCKE, *Deuxième traité sur le gouvernement civil*, 1690, chapitre V, § 40, consultable sur <http://institutdeslibertes.org>

¹¹⁵⁰ En effet, selon Adam Smith, en poursuivant son intérêt particulier, chaque individu contribue à l'intérêt général, au bien-être de la nation. Par exemple, dans ses *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, il écrit que « *l'individu qui ne pense qu'à son propre gain (...) est conduit par une main invisible à remplir une fin qui n'entre nullement dans ses intentions ; et ce n'est pas toujours ce qu'il y a de plus mal pour la société (...). Tout en ne cherchant que son intérêt personnel, il travaille souvent d'une manière bien plus efficace pour l'intérêt de la société, que s'il avait réellement pour but d'y travailler.* » : expliqué et cité par A. BRUNO, *Adam Smith, vie, œuvres, concepts*, Ellipses, 2001, p. 82 et s et p. 91. À ce sujet, le Professeur Philippe Le Tourneau a écrit que la « *main invisible d'Adam Smith (qui assurerait l'équilibre de la société, où chacun ne se soucie que de ses intérêts et passions) me semble contrebalancée, chez tout homme véritable, construit, debout unifié, par ce que j'appellerai l'œil invisible, du moi profond, de sa conscience, qui murmure en lui l'essentiel* » : Ph. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle, Essai*, Dalloz, Dunod, 2000, p. 18.

¹¹⁵¹ « *La division du travail est la source de la productivité qui permettra d'assurer cette richesse* » – en parlant de la richesse de l'État et du service public – et la « *source du progrès technique* » : D. COLIN, *Les grandes notions philosophiques, 5. Le travail et la technique*, Seuil, 1999, p. 26.

appréhendé, par Pothier notamment, « *comme la matière du contrat, c'est-à-dire comme un bien* »¹¹⁵². Le Dictionnaire de Furetière¹¹⁵³ et l'Encyclopédie de Diderot¹¹⁵⁴ le situent entre la pénibilité de l'activité et le prestige du résultat obtenu. Au lendemain de la Révolution française, l'article 7 du décret, dit d'Allarde, des 2 et 17 mars 1791 proclame qu'« *il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon* »¹¹⁵⁵.

208. Le travail du 19^{ème} au 21^{ème} siècle. Au 19^{ème} siècle, le salaire¹¹⁵⁶, ou fruit du travail, est considéré comme le vecteur par lequel les richesses peuvent être réparties¹¹⁵⁷. L'idée de travail comme liberté créatrice, et non plus comme punition inhérente à la nature humaine depuis le départ du Jardin d'Eden, a été au centre de la doctrine sociale de l'Église catholique romaine¹¹⁵⁸. Pour Marx, le travail est de l'essence de l'homme et le travailleur doit être placé au centre de la société car il est émancipateur – à l'inverse du salariat qui est facteur

¹¹⁵² Le Professeur Alain Supiot rappelle que Pothier a écrit dans son Traité du louage de 1764 qu'« *il n'y a que les services ignobles et appréciables à prix d'argent qui soient susceptibles du contrat de louage (...). Ceux que leur excellence ou la dignité de la personne qui les rend empêchent de pouvoir s'apprécier à prix d'argent n'en sont pas susceptibles.* » : A. SUPIOT, *L'identité professionnelle*, in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 410.

¹¹⁵³ Il y a 6 définitions différentes du mot « travail » qui le présentent à la fois comme « *l'application à quelque exercice pénible* », qui « *demande adresse* » ou vient « *de l'esprit* », et comme « *l'ouvrage que fait l'Ouvrier* » à travers les exemples de « *beau travail* » ou de « *travail délicat* » : A. FURETIÈRE, *Le Dictionnaire universel d'Antoine Furetière*, Tome III, préf. P. BAYLE, 1984, Les Dictionnaires Robert, entrée « travail ».

¹¹⁵⁴ Le travail y est défini comme « *l'occupation journalière à laquelle l'homme est condamné par son besoin, à laquelle il doit en même temps sa santé, sa subsistance, sa sérénité, son bon sens et sa vertu peut-être* » : M. DIDEROT et M. D'ALEMBERT, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par une société de gens de lettres*, Tome Troisième, chez Briasson, David, Le Breton et Durand, 1751-1772, entrée « travail (Gramm.) », volume XVI, p. 567, numérisée et consultable en ligne sur le site de l'Académie des sciences : <http://enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/>.

¹¹⁵⁵ Les termes employés font écrire à certains que ce texte proclame davantage le principe de la liberté du commerce et de l'industrie plutôt que celui du travail salarié : J. PÉLISSIER, *La liberté du travail*, Dr. soc. 1990, p. 19.

¹¹⁵⁶ Le salaire, qui a pour origine le mot latin « *salarium* », a désigné successivement la ration de sel, puis la solde pour acheter le sel et enfin la solde : J. MATHIEU-ROSAY, *Dictionnaire Étymologique*, Les nouvelles Éditions Marabout, 1985, entrée « salaire » p. 456.

¹¹⁵⁷ D. MÉDA, *Le travail, Que sais-je ?*, PUF 5^{ème} éd., 2015, p. 21.

¹¹⁵⁸ Le Compendium de la doctrine sociale de l'Église, qui a été publié en 2004, en témoigne : « *Le travail doit être honoré car il est source de richesse ou, du moins, de dignes conditions de vie* » ; cité par P. ADAM, *La « dignité du salarié » et le droit du travail (Première partie)*, RDT 2014, p. 168. Dans son Encyclique « *Laborem exercens* » du 14 septembre 1981, Jean-Paul II écrivait que « *le problème de l'éthique sociale...est celui de la juste rémunération du travail accompli (...). Le salaire, c'est-à-dire la rémunération du travail, demeure la voie par laquelle la très grande majorité des hommes peut accéder concrètement aux biens qui sont destinés à l'usage commun, qu'il s'agisse des biens naturels ou des biens qui sont le fruit de la production* » : cité par J. GHESTIN, *La justice contractuelle selon la tradition catholique*, in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 430.

d'aliénation¹¹⁵⁹. De façon assez similaire, en partant de la critique du droit de propriété, Proudhon a également considéré que le travail permet à l'homme de se réaliser et qu'il est le seul capital réel¹¹⁶⁰. Ce courant n'a cependant pas empêché le médecin et philosophe Henri Wallon de définir, au début du 20^{ème} siècle, le travail comme une « *activité forcée* », qui « *consiste en l'accomplissement de tâches qui ne s'accordent pas nécessairement avec le jeu spontané des fonctions physiques ou mentales* »¹¹⁶¹. C'est à la même époque que Gandhi aurait déclaré que « *le travail donne à l'Homme sa dignité* ». Au cours de ce siècle, le travail devient un support de droits et de protections étant donné qu'il donne accès à la consommation, à la protection sociale et au droit du travail. Les rapports du travail sont en effet soumis à un droit spécial car « *ils engagent la personne du travailleur* » et car le travail ne peut pas être « *traité comme un bien matériel* »¹¹⁶² ni le salarié « *comme un outil* »¹¹⁶³. Comme l'ont écrit les Professeurs Jean Rivero et Jean Savatier, du droit du travail dépend « *le caractère humain ou inhumain de la vie des travailleurs* »¹¹⁶⁴. Mais un paradoxe demeure puisque le travail oscille entre source d'épanouissement¹¹⁶⁵ pour certains, et d'épuisement¹¹⁶⁶

¹¹⁵⁹ « *Mais ce qui distingue dès l'abord le plus mauvais architecte de l'abeille la plus experte, c'est qu'il a construit la cellule dans sa tête avant de la construire dans la ruche. Le résultat auquel le travail aboutit préexiste idéalement dans l'imagination du travailleur (...) Ce n'est pas qu'il opère seulement un changement de forme dans les matières naturelles, il y réalise du même coup son propre but dont il a conscience* » : K. MARX, *Le Capital*, Livre I, 3^e section, chapitre 7, trad. M. RUBEL, Gallimard, La Pléiade, p. 728 ; cité par Ph. CABESTAN, *La conscience*, Ellipses Éditions, 2003, p. 14. Pour Marx, le travail est proprement humain, il est à la fois un processus objectif « *naturel* », comparable aux processus biologiques naturels, et une expression subjective en tant que manifestation de la puissance personnelle du travailleur : D. COLIN, *op. cit.*, p. 17.

¹¹⁶⁰ Après avoir écrit « *Qu'est-ce que la propriété ?* » en 1840, Proudhon nuancera ses propos « *en cherchant moins, dès lors, à supprimer la propriété privée qu'à en atténuer les abus, moins à anéantir le système capitaliste qu'à le réformer et à concilier la bourgeoisie et le prolétariat, s'en prenant vivement aux théories communistes* » : A. REY (dir.), *Le Robert encyclopédique*, Dictionnaires Le Robert, 2008, entrée « *Proudhon* », p. 1845.

¹¹⁶¹ Henri Wallon l'a écrit dans son ouvrage intitulé « *Principes de psychologie appliquée* » paru en 1930 : cité par Y. CLOT, *La fonction psychologique du travail*, 6^{ème} éd., PUF, 2015, p. 65 ; R. OUVRIER-BONNAZ, *Taylorisme, rationalisation, sélection, orientation de Henri Wallon*, Technique, Art, Science, Revue de la Direction des enseignements techniques du ministère de l'Éducation nationale, 2012, n° 1, p. 5-7.

¹¹⁶² P. DURAND, R. JASSAUD et G. PICHAT, *Traité de droit du travail*, tome 1, Dalloz, 1947, p. 113 et s. ; cité par P. ADAM, *La « dignité du salarié » et le droit du travail (Première partie)*, RDT 2014, p. 168.

¹¹⁶³ B. TEYSSIÉ, J.-F. CESARO et A. MARTINON, *Droit du travail Relations individuelles*, Lexis Nexis, 2014, 3^{ème} édition, p. 6.

¹¹⁶⁴ J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF, 1^{ère} éd., 1956, p. 14 ; cité par : P. ADAM, *La « dignité du salarié » et le droit du travail (Première partie)*, RDT 2014, p. 168.

¹¹⁶⁵ Selon le Professeur Jean-Emmanuel Ray, « *la vie professionnelle est déterminante de l'épanouissement personnel, a fortiori en France où domine la logique de l'honneur* » : J.-E. RAY, *Droit du travail Droit vivant 2018, La relation individuelle de travail*, Éditions Liaisons, Wolters Kluwer, 26^e éd., 2018, p. 11, n° 2.

¹¹⁶⁶ J. GALBRAITH, *Les mensonges de l'économie : vérités pour notre temps*, Grasset, 2004 ; cité par : H. GARNER et D. MÉDA, *La place du travail dans l'identité des personnes*, Données sociales, La société française, INSEE Références, 2006, p. 623.

pour d'autres¹¹⁶⁷. Cela se reflète dans les objectifs de l'OIT qui veut procurer aux travailleurs « *la satisfaction de donner toute la mesure de leur habilité et de leurs connaissances et de contribuer le mieux au bien-être commun* »¹¹⁶⁸. En 1944, l'affirmation de tels principes résultent, comme le rappelle le Professeur Alain Supiot, d'une lourde expérience historique et de périodes d'atrocités au cours desquelles les hommes ont pu être considérés comme du « *matériel humain* » ou du « *capital humain* »¹¹⁶⁹. Pour rompre avec ces idéologies tendant à réifier l'homme, le concept de dignité de ce dernier a été affirmé avec véhémence par la Déclaration¹¹⁷⁰. Plus tard, l'OIT a promu le « *travail décent* »¹¹⁷¹ pour tous, preuve qu'il ne

¹¹⁶⁷ L'Insee a lancé en 2003 une enquête intitulée « *Histoire de vie – Construction des identités* » pour laquelle 8.403 adultes vivant en France métropolitaine ont été interrogés, dont 4.387 pour la partie consacrée à l'identité professionnelle. Elle a notamment démontré que le travail n'a pas la même importance pour tous, car « *si pour les cadres et les indépendants, le travail est une activité vecteur d'épanouissement et de réalisation personnels, cela est beaucoup moins le cas pour les employés et ouvriers, notamment peu qualifiés* » ; cité par : H. GARNER et D. MÉDA, *La place du travail dans l'identité des personnes*, Données sociales, La société française, INSEE Références, 2006, p. 623.

¹¹⁶⁸ Il s'agit d'un extrait de l'article III-b de la Déclaration de Philadelphie de 1944, sur lequel insiste le Professeur Alain Supiot dans : A. SUPIOT *L'esprit de Philadelphie, La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, p. 132.

¹¹⁶⁹ A. SUPIOT, *op. cit.*, p. 10-11 et 22-23.

¹¹⁷⁰ Mais ce concept a tendance à être oublié par les règles actuelles du marché. Le Professeur Michel Borgetto a résumé la pensée du Professeur Alain Supiot, qui constate dans son ouvrage sur « *L'esprit de Philadelphie* » que le but de l'article 3 de la Déclaration « *a été totalement malmené puis oublié au fil du temps du fait non seulement de la mise en concurrence généralisée des travailleurs du Nord et du Sud mais aussi du progrès technique et de son incidence sur la nature et l'organisation du travail* » (...) *Pour remédier à cette situation, il conviendrait, selon Alain Supiot, de donner aux travailleurs « les moyens concrets d'exercer leur liberté d'agir » en permettant à chacun « d'exprimer son génie propre » ; en d'autres termes, il conviendrait d'approfondir la notion de capacité, ce qui supposerait notamment de réformer les droits d'action collective pour permettre aux plus faibles d'agir sur leur propre sort* » : M. BORGETTO, *Renouer avec l'esprit de Philadelphie ?*, Dr. soc. 2010, p. 457.

¹¹⁷¹ Pour le Professeur Matthieu de Nanteuil, l'intérêt de la notion de travail décent est que, à l'inverse de celles de RSE qui prend pour cible l'entreprise, elle « *prend le travail pour objet principal* ». En effet, le BIT envisage cette notion « *comme une catégorie susceptible de s'appliquer à l'ensemble des pays du globe* », et non seulement d'un point de vue typiquement occidental. Malgré cela, l'insuffisance de cette approche s'explique « *par l'usage généralement fait de la notion de travail décent (...) qui consiste à classer les pays en fonction de différents critères retenus pour évoquer le travail décent* ». Il faudrait se demander « *à quoi peut-elle réellement servir* ». Par exemple, « *qu'est-ce qui est proprement indécent concernant (...) le travail des enfants ? Le fait que des enfants travaillent ou le fait que les conditions structurelles auxquelles font face les familles les plus démunies les obligent à devoir mobiliser leurs enfants pour survivre ? (...) les deux sans aucun doute* ». Aussi, « *ce ne sont pas les formes mais les modes de production de l'indécence qu'il convient d'examiner* » : M. de NANTEUIL, *Rendre justice au travail, Éthique et politique dans les organisations*, PUF, 2016, p. 145 et s. L'établissement d'un indicateur de travail décent dans l'entreprise (ITDE) a été esquissé par les chercheurs du BIT mais son contenu (le travail salarié uniquement) et sa méthodologie (comment combiner et pondérer les indicateurs) font débat. Il a néanmoins le mérite de rétablir un lien entre l'économique et le social et de vouloir reconsidérer la richesse : E. VATTEVILLE, *L'indicateur de travail décent de l'entreprise, un nouvel outil de l'audit social ?*, in *Éthique et responsabilité sociale, 78 experts témoignent, Mélanges en l'honneur de Michel Joras*, dir. F. de BRY, J. IGALENS et J.-M. PERETTI, Éditions EMS, 2010, p. 265. Le travail décent peut donc être mesuré mais cela ne fait pas partie des priorités politiques en Europe. Les pays nordiques (priviliégiant l'organisation du travail apprenante et l'autonomie des salariés) sont plus à la pointe sur le sujet que les pays continentaux et méditerranéens (qui privilégient encore la « *lean production* ») : D. MÉDA, *Travail : la révolution nécessaire*, Éditions de l'Aube, 2^{ème} éd., 2013, p. 65-66.

présente pas cette qualité pour l'ensemble des travailleurs. Néanmoins, même pour les individus bénéficiant d'un travail décent, ce dernier est ambivalent en ce qu'il représente à la fois une nécessité mais aussi une réalité à fuir pour se consacrer davantage à ses loisirs.

209. La fin du travail ? Dans son rapport de 2016, le Conseil national du numérique (« CNum ») rappelle qu'« *un débat s'est engagé sur la question de la fin du travail et a défrayé la chronique intellectuelle depuis les années 1980* »¹¹⁷². Par exemple, avec son ouvrage intitulé « *le travail : une valeur en voie de disparition* », le Professeur Dominique Méda avait voulu susciter le débat sur la place du travail dans notre société et plus précisément sur la nécessité d'élargir son champ d'application au-delà des formes reconnues¹¹⁷³. Selon cette dernière, le travail ne doit plus être la voie exclusive vers l'utilité sociale et c'est en cela qu'il doit être « *désenchanté* »¹¹⁷⁴. Avant elle, dans la « *Condition de l'homme moderne*, ayant recours à des concepts antiques, Hannah Arendt avait opposé le travail, qui relève de notre animalité et ne se conçoit que dans la sphère privée, aux fonctions susceptibles d'être exercées dans l'espace public civique¹¹⁷⁵. Dans un rapport publié en 1995 et intitulé « *Le travail dans vingt ans* », la commission présidée par Monsieur Jean Boissonnat, constatait qu'il faut admettre le passage du « *travail marchandise* » du taylorisme au « *travail global* », « *dont la substance et les modalités d'exécution l'inscrivent dans un champ d'activités, de temps et de relations professionnelles plus larges* »¹¹⁷⁶. La même année,

¹¹⁷² CNum, *Travail Emploi Numérique, Les nouvelles trajectoires*, Rapport remis à la ministre du Travail, janvier 2016, La Documentation française, p. 17.

¹¹⁷³ La disparition du travail, qui est « *à l'évidence non souhaitée, remettrait en cause les ordres qui structurent nos sociétés : ainsi s'explique la véritable panique qui saisit gouvernants et gouvernés devant la montée inexorable du chômage. Car là où il faut inventer de nouveaux rapports sociaux, il y a toujours de la place pour l'arbitraire, et donc aussi pour la contestation, la violence et la guerre* » : D. MÉDA, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Aubier, 1995, p. 26-27.

¹¹⁷⁴ Le travail « *est en effet chargé de toutes les énergies utopiques qui se sont fixées sur lui au long des deux siècles passés. Il est « enchanté », au sens où il exerce sur nous un « charme » dont nous sommes aujourd'hui prisonniers. Il nous faut maintenant briser ce sortilège, désenchanter le travail.* » : D. MÉDA, *op. cit.*, p. 292 et s.

¹¹⁷⁵ Hannah Arendt oppose le travail et l'œuvre : « *alors que l'animal laborans demeure toujours le serviteur de la nature et de la terre, l'homo faber se conduit en seigneur et maître de la terre* » : D. COLIN, *op. cit.*, p. 9 et s. Hannah Arendt considérait que notre société n'est plus tournée vers l'intérieur (famille, guildes, corporations, professions, etc.), ni vers l'extérieur et le domaine public (action politique, concurrence économique, etc.) mais « *s'achève dans la passivité la plus inerte, la plus stérile que l'Histoire ait jamais connue* », confirmant l'intuition de Max Weber sur l'émergence de la Bureaucratie, système dans lequel règne le règlement, où le principe d'inertie constitue la référence, la cohérence étant assurée par des règles insignifiantes : P. BRACONNIER, *Le sens du travail en économie sociale et solidaire. Apports d'Hannah Arendt et d'Amartya Sen pour une économie démocratique*, in *L'économie sociale et solidaire et le travail*, dir. P. BRACONNIER et G. CAIRE, L'Harmattan, 2013, p. 57-58.

¹¹⁷⁶ J. BOISSONNAT, *Le travail dans vingt ans*, Rapport, Commissariat général du Plan, Éditions Odile Jacob, La Documentation française, 1995, p. 281.

en conséquence de ce constat d'une éventuelle disparition du travail sous sa forme classique, le Professeur Jean-Emmanuel Ray se demandait si « *le droit du travail subordonné* » n'est « *pas en train de se dissoudre lentement* »¹¹⁷⁷. Dix ans plus tard, l'OIT a observé que le modèle d'emploi salarié standard, en vertu duquel l'individu travaille de façon stable et à temps plein pour un employeur, a perdu du terrain au profit de nouvelles formes d'emplois, basées sur des contrats de courte durée et proposant des horaires irréguliers¹¹⁷⁸. Aussi, en 2017, le Professeur Alain Supiot déclarait que le travail ne peut plus être réduit à la forme historique de l'emploi salarié à temps plein et que le droit du travail doit être réformé pour rendre leur autonomie aux cerveaux des travailleurs et les protéger des utilisations nocives des technologies¹¹⁷⁹. Or, depuis plusieurs années, les réformes en droit du travail se succèdent mais l'opportunité donnée au législateur de renouveler la vision du travail ne paraît pas être saisie¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁷ Car « *s'il s'est révélé remarquablement efficace pendant un siècle, lorsqu'il s'agissait de contrôler les bras et les corps en période de croissance économique, il se montre malhabile à mobiliser les cerveaux dans un monde où le principe hiérarchique est remis en cause, dans la famille comme dans la société* ». : J.-E. RAY, *De Germinal à Internet : une nécessaire évolution du critère du contrat de travail*, Dr. soc. 1995, p. 634.

¹¹⁷⁸ OIT, *Emploi et Questions Sociales dans le Monde, Des modalités d'emploi en pleine mutation*, Résumé, 2015.

¹¹⁷⁹ Bien utilisées, les technologies permettraient à l'homme de se concentrer sur la part du travail qui « *exige imagination, sensibilité ou créativité* » : A. SUPIOT, *Pour une réforme digne de ce nom, Et si l'on refondait le droit du travail*, Le Monde diplomatique, octobre 2017, p. 1, 22 et 23.

¹¹⁸⁰ En 2015, l'année de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi dite « *Rebsamen* », les Professeurs Robert Badinter et Antoine Lyon-Caen ont publié un ouvrage intitulé « *Le travail et la loi* », dans lequel ils ont proposé de dégager les grands principes du droit du travail, comme étape préalable à une restructuration du Code y afférent : R. BADINTER et A. LYON-CAEN, *Le travail et la loi*, Fayard, 2015. Ensuite, avec l'aide d'un comité *ad hoc*, le Professeur Robert Badinter a remis au Premier ministre, le 25 janvier 2016, un rapport définissant 61 principes fondamentaux, répartis en 8 domaines, sur lesquels doit s'établir la législation du travail. La vision de l'emploi y demeurerait classique puisque l'article 13 rappelait que « *le contrat de travail est à durée indéterminée* » et que le lien de subordination n'y était pas défini : *Les principes essentiels du droit du travail*, Rapport au Premier ministre, dir. R. BADINTER, La Documentation française, 2016. Dans le projet de loi n° 3600, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 24 mars 2016, le titre I^{er} faisait de ces principes la base des travaux de la commission de refondation qui assurera la rédaction du nouveau code. Mais ces principes ont été balayés du projet au cours de l'examen par le Parlement. La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, dite « *loi Travail* » ou « *El Khomri* », contient néanmoins un chapitre 1^{er} intitulé « *vers une refondation du code du travail* », dont l'unique article instaure une commission d'experts qui devra proposer une refondation de la partie législative du code dans un délai de deux ans à compter de la promulgation de la loi. En mai 2017, un rapport sur la commission de refondation du Code du travail a été remis par Monsieur Michel Yahiel, commissaire général de France Stratégie. Il proposait une méthode de travail et dessinait les profils susceptibles de composer la commission, censée présenter le résultat de ses travaux avant le mois d'août 2018. Cependant, le Président de la République alors fraîchement élu, a rapidement fait connaître son intention de réformer une partie du droit du travail par ordonnances, sans procéder à une refonte entière du Code et sans nommer la commission pourtant prévue. Aussi, après la publication de la loi d'habilitation n° 2017-1340 du 15 septembre 2017, les ordonnances n°2017-1385, n° 2017-1386, n° 2017-1387, n° 2017-1388 et n° 2017-1389 du 22 septembre 2017 ont été ratifiées par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018.

210. (Re)Connaissance. Selon le Professeur Christophe Dejours, « *juger la contribution de chacun suppose d'abord de pouvoir décrire le travail lui-même* » car « *avant la reconnaissance, il faut la connaissance du travail en cause* », « *pour reconnaître, il faut connaître* »¹¹⁸¹. Ainsi, selon cette dichotomie, la compréhension préalable de l'évolution – toujours en cours – de la signification du travail apparaît cruciale pour acquérir une meilleure connaissance des différents aspects de la conscience professionnelle (**Section 1**) et cerner le besoin de reconnaissance qui en émane (**Section 2**).

¹¹⁸¹ C. DEJOURS, *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel, Critique des fondements de l'évaluation*, éditions Quae, 2003, p. 53.

Section 1 : La connaissance de la conscience professionnelle

211. Retour à la dichotomie initiale. Comme l'a écrit le Professeur Yves Clot, « *il semble indispensable de prendre plus au sérieux qu'on ne l'a fait jusqu'ici dans la littérature ce concept quotidien de conscience professionnelle* », puisqu'elle « *permet à beaucoup de travailleurs de marquer leur attachement au travail* » et que son « *usage est transversal à beaucoup de milieux professionnels* »¹¹⁸². Selon le médecin philosophe Georges Canguilhem, « *il n'y a de conscience que professionnelle* » car celle-ci ne pourrait être connue sans une mise en situation dans le cadre d'un métier¹¹⁸³. Aussi, la conscience professionnelle « *n'existe pas comme un état mental mais comme un rapport social réel* »¹¹⁸⁴. Pour tenter de la définir avec plus de précision, la conscience professionnelle doit être étudiée sous les deux angles révélés par la définition du « *Vocabulaire juridique* » du Professeur Gérard Cornu, à savoir du point de vue psychologique, à travers la « *claire perception* » de soi-même « *pour celui qui exerce une profession* » (§1), et moral, dans la « *résolution de se conformer* » aux « *devoirs qui y sont attachés* »¹¹⁸⁵ (§2).

§ 1 : Le caractère psychologique de la conscience professionnelle

212. Avec ou sans travail. Selon le concept créé au début du 20^{ème} siècle par le sociologue Marcel Mauss, le travail est avant tout un « *fait social total* »¹¹⁸⁶ car il structure les rapports des êtres humains au monde et entre eux¹¹⁸⁷. À première vue, travailler revient à « *se soumettre à des normes extérieures* », à « *temporairement renoncer à une part de soi* »¹¹⁸⁸. Mais, en réalité, le travail donne aussi à celui qui l'exerce le « *pouvoir de renvoyer au collectif une expérience singulière qui n'est pas la simple répétition du travail des autres, mais une*

¹¹⁸² Y. CLOT et M. GOLLAC, *Le travail peut-il devenir supportable ?*, Armand Colin, 2^{ème} éd., 2017, p. 81.

¹¹⁸³ G. CANGUILHEM, *Écrits philosophiques et politiques, Œuvres complètes*, tome I, Vrin, 2011, p. 323 ; cité par : Y. CLOT et M. GOLLAC, *op. cit.*, p. 82.

¹¹⁸⁴ Y. CLOT et M. GOLLAC, *op. cit.*, p. 156.

¹¹⁸⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^{ème} éd., 2018, entrée « *conscience* », p. 239 ; cf. *supra* n° 34 et 203, notes n° 136 et 1121.

¹¹⁸⁶ M. MAUSS, *Essai sur le don, Forme et raisons de l'échange dans les sociétés archaïques*, PUF, 2012 ; repris par : C. ROGUE, *Le travail*, Armand Colin, 2005, p. 85.

¹¹⁸⁷ D. MÉDA, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Aubier, 1995, p. 26.

¹¹⁸⁸ Ph. DAVEZIES, *Une affaire personnelle ?*, in *Le travail intenable*, dir. L. THERY, Éditions La découverte, 2006, p. 143. Le philosophe et sociologue allemand Axel Honneth considère que le travail est une « *forme fondamentale de l'existence sociale qui est caractérisée par un ensemble d'exigences normatives spécifiques* » : E. RENAULT, *Reconnaissance et travail*, Travailler, 2007/2, n° 18, p. 119.

façon d'imprimer sa patte »¹¹⁸⁹. Il permet l'interaction avec autrui et donc la connaissance de soi, selon une thèse chère à Hegel¹¹⁹⁰. Il ne fait donc guère de doute que le travail est étroitement lié à l'identité humaine¹¹⁹¹ et à la construction de la conscience de soi (I). Cela est d'autant plus évident que, à l'inverse, la privation de travail semble parfois remettre en cause l'estime que les personnes ont d'elles-mêmes, en les amputant de leur utilité et de leur lien social (II).

I : L'impact du travail sur la conscience de soi

213. De l'individu au collectif. En sociologie du travail, le métier incarne d'abord un « milieu social » qui réunit des « pairs » et permet non seulement la « démarcation » avec les autres mais aussi l'organisation d'une « coopération interne » audit milieu¹¹⁹². Il paraît intéressant de transposer cette division à cette étude juridique. L'identification du travailleur¹¹⁹³, sujet de droit, passerait alors autant par sa différenciation d'avec les personnes extérieures à son milieu de travail, participant à son individualisation (A), que par son appartenance à une collectivité de travail (B).

¹¹⁸⁹ L. THERY, *De nouveaux champs pour l'action syndicale*, in, *Le travail intenable*, dir. L. THERY, Éditions La découverte, 2006, p. 228.

¹¹⁹⁰ Ses travaux ont été mis en lumière par le théoricien allemand Jürgen Habermas qui écrit, dans le chapitre « travail et interaction » de *La technique et la science comme idéologie* : « ce n'est que sur la base de la reconnaissance réciproque que se forme la conscience de soi, qui est nécessairement liée au reflet qui apparaît de moi dans la conscience d'un autre sujet » ; cité par : N. MAGGI-GERMAIN, *Communauté, communautarisme, religion et fait religieux : de la nécessité d'opérer quelques clarifications sémantiques et juridiques*, Dr. soc. 2015, p. 674.

¹¹⁹¹ Le Professeur Christophe Willmann traduit cela par la problématique de « la reconnaissance de l'homme par le travail », « qui implique une analyse socio-juridique de l'identité de l'homme par le travail, et la fragilité de cette identité dès lors que l'homme perd son travail ; de la fragilité de cette identité même lorsqu'une personne reste liée à un employeur, mais que celui-ci le soumet à des conditions de travail difficiles (thématique du stress au travail, de la pénibilité...) ». Il ne faut pas confondre cette problématique avec celle de « la reconnaissance de l'homme au travail », « entendue comme le bénéfice d'un certain nombre de prérogatives fondamentales accordées à toute personne exerçant une activité professionnelle, du simple fait qu'elle soit homme, qu'elle appartienne à l'espèce humaine. » : C. WILLMAN, *La reconnaissance de l'homme au travail*, in *La reconnaissance*, dir. C. PUIGELIER, Bruylant, 2011, p. 34-35 et 40.

¹¹⁹² Ph. ZARIFIAN, *Le travail et la compétence : entre puissance et contrôle*, PUF, 2009, p. 57.

¹¹⁹³ L'expression est employée à dessein car il ne s'agit pas d'étudier seulement les salariés des entreprises de droit privé mais bien l'ensemble des personnes exerçant une activité professionnelle.

A. L'individualisation du sujet de droit par sa différenciation d'avec autrui

214. Une composante de l'identité humaine. Très souvent, lorsqu'il est demandé à une personne de se présenter, celle-ci commence par donner son nom et sa profession, c'est-à-dire l'activité habituelle qu'elle pratique et qui constitue la source de ses moyens d'existence¹¹⁹⁴. Selon l'article 34 du Code civil, il s'agit en effet d'un élément de l'état civil permettant l'identification d'une personne. En 2003, l'Institut national de la statistique et des études économiques (ci-après « INSEE ») a révélé que le travail arrive en deuxième position dans les domaines de construction de l'identité, après la famille¹¹⁹⁵. Il a en outre été démontré que la France arrive en tête du classement des pays européens comprenant le plus de personnes donnant une place importante au travail¹¹⁹⁶. La proportion de personnes déclarant avoir de très fortes attentes quant à la réalisation de soi par le travail y est également la plus élevée. De façon complémentaire, une étude menée en 2015 a montré que l'élément le plus important du travail est l'intérêt du métier, avant la sécurité de l'emploi ou la rémunération¹¹⁹⁷. Ces différentes données mettent en lumière la place centrale du travail dans la vie des citoyens français et, plus généralement dans la constitution de leur identité¹¹⁹⁸. Ce phénomène a inspiré

¹¹⁹⁴ Définition précitée issue du TLFi. Une définition très proche a été donnée par Jean Savatier dans le Répertoire du travail de Dalloz de 1961 : « l'activité habituellement exercée par une personne pour se procurer les ressources nécessaires à son existence » : J. SAVATIER, *Profession*, Rép. Travail, Dalloz, 1961, n° 403 et s. Cette même définition est présente dans le « *Vocabulaire juridique* » en tant que premier sens du mot « *profession* », tandis que le second sens désigne un secteur économique auquel se rattache une entreprise en raison de son activité : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^{ème} éd., 2018, entrée « *profession* », p. 815-816.

¹¹⁹⁵ Enquête de l'INSEE de 2003 intitulée « *Histoire de vie - Construction des identités* », cité par : H. GARNER et D. MÉDA, *La place du travail dans l'identité des personnes*, Données sociales, La société française, INSEE Références, 2006, p. 623.

¹¹⁹⁶ Les anglais et les scandinaves auraient quant à eux une perception plus pragmatique du travail, avec des attentes moins fortes. Ces données sont analysées par : D. MÉDA, *Travail : la révolution nécessaire*, Éditions de l'Aube, 2^{ème} éd., 2013, p. 21 et 45-46. Une enquête IPSOS de 2006 révélait déjà cette spécificité française. L'avis du CESE de 2016 confirme que l'attachement au travail est bien plus fort en France que dans d'autres pays européens et cite une enquête « *conditions de vie et aspiration* » qui irait dans le même sens et une enquête Eurobaromètre (non datées) : CESE, *L'impact du chômage sur les personnes et leur entourage : mieux prévenir et accompagner*, Avis adopté au cours de la séance du 10 mai 2016 sur le rapport présenté par Mme Jacqueline Farache au nom de la section des affaires sociales et de la santé, p. 31.

¹¹⁹⁷ 53% des sondés répondent l'intérêt du métier contre 38% pour la sécurité de l'emploi et la même proportion pour la rémunération : Sondage réalisé le 15 juillet 2015 par BVA/BCC Consulting, cité par : LSQ, *L'intérêt du métier, élément le plus important quand on a un travail*, 29 juillet 2015, p. 6.

¹¹⁹⁸ Certes, « *la profession est l'un de ces éléments constitutifs de l'identité* », qui est « *la résultante de traits juridiquement pertinents qui se retrouvent aussi bien dans le numéro national d'identification attribué par l'INSEE que sur la carte nationale d'identité délivrée par le ministère de l'Intérieur ou sur les actes de l'état civil* » : A. SUPIOT, *L'identité professionnelle*, in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 409. Après avoir repris les mêmes développements, le Professeur Alain Supiot ajoute que « *la profession demeure l'un de ces éléments constitutifs de l'identité, comme en témoignent les dispositions du Code civil qui exigent des actes de l'état civil l'indication des « prénoms, noms professions et domicile de tous ceux qui y seront dénommés.* » : A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF,

le CESE – alors appelé le « *CES* », la compétence environnementale n’ayant été ajoutée qu’en 2008 – qui, dans avis de 2003 intitulé « *La place du travail* », écrit que « *l’homme est le sujet même du travail, en ce sens qu’il l’accomplit et se trouve transformé par lui* » mais aussi que le métier « *est supposé conférer une identité à celui qui l’exerce* »¹¹⁹⁹. Selon le Professeur Alain Supiot, la dimension subjective du travail, qui continue d’en faire « *un élément de l’identité des personnes* », serait « *ce qui subsiste de religieux dans le travail au sein de sociétés sécularisées* »¹²⁰⁰.

215. La reconnaissance par autrui. L’individu pourrait mieux se connaître et se définir en faisant reconnaître la valeur de son travail par autrui. L’accord signé par La Poste et plusieurs organisations syndicales en date du 1^{er} mars 2016 illustre l’importance de l’intitulé du métier dans la reconnaissance professionnelle de l’individu¹²⁰¹ puisqu’il y est question de transformer le « *guichetier* » en « *chargé de clientèle La Poste* », afin de tenir davantage compte des compétences professionnelles d’accueil et de conseil dorénavant attendues des individus exerçant ce métier¹²⁰². En effet, quel que soit le travail réalisé, le cerveau humain est mobilisé¹²⁰³ et l’identité est engagée, de sorte qu’« *il est bon d’être fier de son travail et, à l’inverse, il est douloureux de ne pouvoir le faire correctement* »¹²⁰⁴. Au début du 20^{ème} siècle, dans son étude sur l’éthique protestante du travail, Max Weber signalait déjà cet impact du travail sur la conscience de soi, en suggérant que la valeur d’une personne est étroitement liée

3^{ème} éd., 2015, p. 84-85. Cette idée est aussi présentée par : P. ADAM, *La « dignité du salarié » et le droit du travail (Première partie)*, RDT 2014, p. 168.

¹¹⁹⁹ CESE, *La place du travail*, Avis adopté au cours de la séance du mercredi 9 juillet 2003 sur le rapport présenté par M. Bernard Vivier au nom de la section du Travail, p. I-13.

¹²⁰⁰ « *Il y a dans tout travail une part obscure et subjective, car la manière dont chaque travailleur se confronte avec les mots et les choses pour faire advenir des produits, des services ou des pensées nouvelles, n’est jamais entièrement visible ni explicitable* » : A. SUPIOT, *La religion au travail*, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, 2012, p. 1042.

¹²⁰¹ Certains argueront sans doute que la transformation du métier d’« *homme de ménage* » ou de « *femme de ménage* » en celui de « *technicien de surface* » ou de « *technicienne de surface* » prend acte du besoin de valorisation ressenti par les personnes exerçant cette profession, tandis que d’autres rappelleront qu’il ne s’agit que d’une illustration du langage « *politiquement correct* », qui n’est suivi d’aucun effet concret.

¹²⁰² Accord social sur les guichetiers / chargés de clientèle conclu le 1^{er} mars 2016 par La Poste et les organisations syndicales CFDT, CFTC, CGC, FO et Unsa.

¹²⁰³ « *Le travail manuel n’existe pas (...) Aucun travailleur n’a jamais fait un geste professionnel sans que son cerveau n’intervienne* » : F. DANIELLOU, *Les mondes du travail*, in *Le travail intenable*, dir. L. THERY, Éditions La découverte, 2006, p. 29.

¹²⁰⁴ L. THERY, *De nouveaux champs pour l’action syndicale*, in *Le travail intenable*, dir. L. THERY, Éditions La découverte, 2006, p. 228.

aux résultats obtenus dans son travail¹²⁰⁵. Selon le philosophe allemand Axel Honneth, ayant lui aussi commenté l'œuvre de Hegel, la « *reconnaissance par la solidarité* », une forme de reconnaissance « *dans l'État* », doit permettre aux individus de « *continuer à s'estimer les uns les autres dans les qualités qui contribuent à la reproduction de l'ordre social* »¹²⁰⁶. Le Professeur Christophe Dejourns mobilise également ce concept en distinguant le « *jugement d'utilité* », qui consiste à obtenir la reconnaissance par la hiérarchie de l'utilité économique de la contribution du salarié, et le « *jugement de beauté* »¹²⁰⁷ ou la reconnaissance par les pairs de la conformité du travail accompli aux règles de l'art. Avec d'autres termes, le Professeur Emmanuel Renault présente une distinction similaire entre l'« *utilité pour l'entreprise* » et « *la compétence et l'utilité sociale, (...) définissant l'identité professionnelle ou de métier* »¹²⁰⁸. Si le premier jugement confère à l'activité son statut de travail, par opposition au loisir, le second a un impact sur l'identité puisque le travailleur devient alors membre d'une communauté¹²⁰⁹.

B. L'appartenance du sujet de droit à un collectif¹²¹⁰ homogène de travail

216. La définition générale du nom « profession ». L'exercice d'une profession entraîne l'attribution de la qualité de « *professionnel* » et l'application, à certaines occasions, d'un régime spécifique, en droit civil¹²¹¹ comme en droit de la consommation¹²¹². Certes, si, au

¹²⁰⁵ B. CHARLES-PAUVERS et N. COMMEIRAS, *L'implication : le concept*, in *L'implication au travail*, dir. J.-P. NEVEU et M. THÉVENET, Librairie Vuibert, 2002, p. 54. À ce sujet, le Professeur Alain Supiot écrit : « *Ne faut-il pas plutôt admettre, avec Max Weber, que la Beruf, le devoir professionnel, dont l'origine religieuse est indéniable, s'est entièrement sécularisé avec le capitalisme ?* » A. SUPIOT, *La religion au travail*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, 2012, p. 1036.

¹²⁰⁶ Les deux autres dimensions sont la reconnaissance par l'amour, ou la confiance en soi, et celle par le droit, qui consiste en l'octroi d'un respect absolu dû à la personne et en l'accès aux droits civils politiques et sociaux : A. HONNETH, *Reconnaissance*, in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, tome 2, dir. M. CANTO-SPERNER, PUF, 2004, p. 1640 et s.

¹²⁰⁷ Cette expression est aussi utilisée par le Professeur Jean-Emmanuel Ray à la première page de son manuel : J.-E. RAY, *Droit du travail Droit vivant 2018, La relation individuelle de travail*, Éditions Liaisons, Wolters Kluwer, 26^e éd., 2018, p. 11, n° 2.

¹²⁰⁸ E. RENAULT, *Reconnaissance et travail*, *Travailler*, 2007/2, n°18, p. 119. Il ajoute que : « *L'identité personnelle entre elle-même directement en jeu par l'intermédiaire de cette identité professionnelle* ».

¹²⁰⁹ C. DEJOURS et F. BEGUE, *Suicide et travail : que faire ?*, PUF, 2009, p. 38.

¹²¹⁰ « *Précisons ce qu'on entend par « collectif » en psychodynamique du travail : ce n'est pas seulement un groupe ou une équipe, mais une communauté structurée par des règles de travail.* » : C. DEJOURS, I. GERNET et D. ROLO, *La souffrance psychique au travail. Comprendre les enjeux de santé du rapport subjectif au travail*, in *Les risques du travail, Pour ne pas perdre sa vie à la gagner*, dir. A. THÉBAUD-MONY, Ph. DAVEZIES, L. VOGEL et S. VOLKOFF, La Découverte, 2^e éd., 2015, p. 309. Sur la notion de collectif de travail : cf. *infra* n° 296.

¹²¹¹ Par exemple, pour l'application de la théorie des vices du consentement, le vendeur ou l'acheteur professionnel est traité plus sévèrement que le profane.

départ, seules deux identités juridiques semblaient possibles, entre l'employeur ou le travailleur indépendant et le travailleur subordonné¹²¹³, il semble qu'à présent l'appartenance à l'une de ces catégories ne suffise plus et qu'il faille tenir compte de la diversité des professions. En effet, la profession désigne à la fois le métier *stricto sensu*, auquel est associé un statut¹²¹⁴, et l'appartenance à un secteur d'activité particulier, comme lorsqu'il est question de « *profession médicale* ». Or, si le métier¹²¹⁵ possède le sens initial d'activité manuelle ou mécanique nécessitant l'acquisition d'un savoir-faire – par opposition à la profession qui engloberait plus largement les activités manuelles et intellectuelles¹²¹⁶ –, il se définit aussi comme une profession utile à la société, donnant – à nouveau – des moyens d'existence à celui qui l'exerce. Les termes de profession et de métier sont donc très proches¹²¹⁷, si bien qu'ils peuvent être utilisés de manière alternative, comme a pu le révéler l'édit de Turgot en 1776¹²¹⁸ et comme le révèle l'actuel article L. 2131-2 du Code du travail, qui définit les syndicats comme des associations « *de personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes concourant à l'établissement de produits déterminés ou la même profession libérale* ».

¹²¹² Le professionnel y est opposé au consommateur, comme lorsque l'article R. 156-1 du Code de la consommation énonce que « *le professionnel communique au consommateur les coordonnées du ou des médiateurs de la consommation dont il relève* ».

¹²¹³ Selon le Professeur Alain Supiot, cet effacement de la diversité des travaux humains derrière le seul vocable de travailleur a toutefois permis à ceux appartenant à cette catégorie de se construire une identité collective, qui s'est poursuivie à travers la reconnaissance des institutions représentatives du personnel qui, comme leur nom l'indique, représentent l'ensemble des travailleurs au sein de l'entreprise : A. SUPIOT, *L'identité professionnelle*, in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 413 ; A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 3^{ème} éd., 2015, p. 87.

¹²¹⁴ Cette définition est issue de la sociologie, qui précise que le statut procure des avantages en termes d'autonomie, de pouvoir, de rémunération et de prestige : F. CHAMPY, *La sociologie des professions*, PUF, 2009, p. 31 ; cité par P. CAILLAUD, *Déclin ou renouveau des professions? Une notion sous les feux de l'actualité juridique*, Dr. soc., 2016, p. 101.

¹²¹⁵ Le mot apparaît au 9^{ème} siècle sous la forme « *menestier* », puis « *mistier* », et vient du latin « *ministerium* » qui désigne la fonction de serviteur. Il a pris le sens de simple fonction au 11^{ème} siècle, puis de service procurant une rémunération au 12^{ème} siècle : J. MATHIEU-ROSAY, *Dictionnaire Étymologique*, Les nouvelles Éditions Marabout, 1985, entrée « *métier* » p. 331 ; *Dictionnaire historique de la langue française*, Tome II M-Z, dir. A. REY, Dictionnaires Le Robert, 2016, entrée « *métier* », p. 1399.

¹²¹⁶ J.-P. LE CROM, *La profession dans la construction du droit du travail*, Dr. soc. 2016, p. 105.

¹²¹⁷ Comme le terme « *profession* », le mot « *métier* » est considéré comme un synonyme de « *travail* » : *Dictionnaire des synonymes, nuances et contraires*, dir. D. LE FUR, Dictionnaires Le Robert, 2011, entrée « *métier* », p. 640. C'est d'ailleurs en tant que synonyme du terme « *profession* » que le « *Vocabulaire juridique* » définit le mot « *métier* » : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^{ème} éd., 2018, entrée « *métier* », p. 658. Le Professeur Jean-Pierre Chauchard écrit que « *le langage du droit y voit le plus souvent des synonymes* » : J.-P. CHAUCHARD, *L'entreprise individuelle, avant les professions*, Dr. soc. 2016, p. 142.

¹²¹⁸ L'article 1^{er} dispose : « *Il sera libre à toute personne (...) d'embrasser et d'exercer (...) telle espèce de commerce et telle profession d'arts et métiers que bon leur semblera (...) nul de nos sujets ne pourra être troublé dans l'exercice de son commerce et de sa profession* ».

217. Les utilisations juridiques de l'adjectif « professionnel ». En dehors de la constitution de syndicats professionnels, d'autres aspects du droit social nécessitent de connaître, avec plus ou moins de précision, la profession d'appartenance – présente ou future – de l'individu. C'est le cas, entre autres, pour s'assurer de l'adéquation du profil d'un candidat avec le poste à pourvoir¹²¹⁹, classer le salarié dans une catégorie professionnelle en cas de licenciement pour motif économique¹²²⁰, ou connaître son groupe d'appartenance dans une classification conventionnelle afin de déterminer le revenu minimal¹²²¹. Les différents termes susmentionnés sont aussi liés à celui de profession. Le poste désigne l'emploi *professionnel* qu'occupe une personne dans l'entreprise et est constitué par un ensemble de tâches, de responsabilités et de moyens adéquats¹²²². La classification professionnelle, fixée par une convention ou un accord collectif, constitue une « *typologie des emplois qui ont cours dans l'entreprise ou la branche d'activité* »¹²²³, cette dernière étant aussi appelée *branche professionnelle*¹²²⁴. Quant à la catégorie *professionnelle*, elle « *ne se réduit pas à un emploi déterminé* »¹²²⁵ « *mais vise l'ensemble des salariés qui exercent dans l'entreprise des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune* »¹²²⁶. La notion de profession est également présente en droit de la sécurité sociale¹²²⁷ où elle a servi de base à la construction de régimes propres à certaines professions, telles que les professions libérales, artisanales ou celles de la SNCF¹²²⁸. Ce dernier exemple révèle que l'appartenance à une collectivité de travail entraîne l'attribution de *droits collectifs*, dont l'importance a été rappelée par le rapport de 1999 intitulé « *Au-delà de l'emploi* », commandité par la Commission européenne et dirigé par le Professeur Alain Supiot. En effet, Ils sont les

¹²¹⁹ Dans la section relative au recrutement, les articles L. 1221-6 à L. 1221-8 du Code du travail font état de l'« *emploi* » proposé.

¹²²⁰ C. trav. art. L. 1233-10, L. 1233-24-2 et L. 1233-30.

¹²²¹ Par ex. : C. trav. L. 2253-1 et L. 2261-22.

¹²²² Cette définition est issue du TLFi, et consultable sur le site du CNRTL : <http://www.cnrtl.fr/definition/poste>.

¹²²³ B. TEYSSIÉ, J.-F. CESARO et A. MARTINON, *Droit du travail Relations individuelles*, LexisNexis, 2014, 3^{ème} édition, n° 1141, p. 581.

¹²²⁴ Elle est entendue comme l'un des champs d'application possible d'une règle conventionnelle : S. NADAL, *La restructuration des branches professionnelles : réflexions sur une mutation forcée*, Dr. soc., 2016, p. 111.

¹²²⁵ *Mémento social*, Éditions Francis Lefebvre, 2015, n° 47935, p. 753.

¹²²⁶ Cass. soc., 13 février 1997, n° 95-16.648, Bull. civ. V, n° 63 ; RJS 3/97, n° 268 ; CE, 13 avril 2018, n° 386376 ; CE, 7 février 2018, n° 409978, 399838, 407718 et 403001 ; CE, 30 mai 2016, n° 387798.

¹²²⁷ L'article L. 622-7 du Code de la sécurité sociale mentionne ainsi les « *professions artisanales, industrielles et commerciales, libérales et agricoles, les activités professionnelles non salariées* ». L'article L. 622-5-1° du même code énumère les professions considérées comme libérales pour l'application du régime d'assurance vieillesse des travailleurs non salariés, tels que les médecins, les architectes, les experts-comptables ou encore les notaires.

¹²²⁸ R. MARIE, *Le rôle de la profession dans la mise en œuvre de la norme en droit de la sécurité sociale*, Dr. soc., 2016, p. 126.

« *garants d'une participation effective des personnes concernées à la définition du sens du travail, des finalités autant que des moyens du développement économique* »¹²²⁹.

218. L'absence de définition juridique de la profession. Mais, en dehors de ces utilisations génériques de la notion, la loi ne procurerait pas de définition précise de la profession. C'est le constat que réalisaient le Professeur Jean Savatier en 1961¹²³⁰ et Eugène Schaeffer en 1977¹²³¹, en participant tous deux à la rédaction du « *Répertoire du travail* » de Dalloz. Preuve que la doctrine n'attendait pas l'intervention du législateur pour se saisir de la notion, le Professeur Paul Durand avait déjà consacré, dans son « *Traité de droit du travail* » en 1947, un chapitre à cette notion qu'il considérait comme constituée de trois communautés – économique, technique et sociale¹²³². En 2000, le Professeur Alain Supiot a remarqué que l'élargissement du champ d'application du droit du travail salarié repose sur la notion de profession¹²³³. Aujourd'hui, la notion de profession serait en pleine restructuration, concurrencée par le concept plus souple de professionnalisation¹²³⁴.

II : L'impact de la privation de travail sur la conscience de soi

219. Une situation dangereuse. Un avis du CESE, rendu en 2016, a insisté sur la nécessité de s'intéresser davantage au traumatisme entraîné par le chômage¹²³⁵, ce phénomène qui concerne 9,2 % de la population active en France¹²³⁶. L'intérêt de cette question ne va d'ailleurs pas décroître avec le développement de l'intelligence artificielle et le risque de

¹²²⁹ *Au-delà de l'emploi*, dir. A. SUPIOT, Flammarion, 1999, p. 290.

¹²³⁰ J. SAVATIER, *Profession*, Rép. Travail, Dalloz, 1961, n° 403 et s. ; cité par : P. CAILLAUD, *Déclin ou renouveau des professions ? Une notion sous les feux de l'actualité juridique*, Dr. soc., 2016, p. 101.

¹²³¹ E. SCHAEFFER, *Profession*, Rép. Travail, Dalloz, 1977 ; cité par : P. CAILLAUD, *art. préc.*, p. 101.

¹²³² P. DURAND, *Traité de droit du travail*, tome I, Dalloz, 1947, p. 394 et s. ; cité par : P. CAILLAUD, *art. préc.*, p. 101.

¹²³³ Le Professeur Alain Supiot écrit que la preuve de l'appartenance à une profession permet à certains travailleurs de bénéficier du statut de salarié, tout en étant dispensé de la démonstration d'un lien de subordination. Par ailleurs, il note que « *la distinction des "professions salariées" et des "professions indépendantes" a laissé la place, au sein de chaque profession, à la coexistence du salariat et de l'indépendance* » : A. SUPIOT, *Les nouveaux visages de la subordination*, Dr. soc. 2000, p. 131.

¹²³⁴ D. DEMAZIERE, *La professionnalisation, une notion polysémique : le cas des élus politiques*, Dr. soc. 2016, p. 116.

¹²³⁵ CESE, *L'impact du chômage sur les personnes et leur entourage : mieux prévenir et accompagner*, Avis adopté au cours de la séance du 10 mai 2016 sur le rapport présenté par Mme Jacqueline Farache au nom de la section des affaires sociales et de la santé.

¹²³⁶ Ce pourcentage, qui correspond au taux de chômage au sens du Bureau international du travail (c'est-à-dire qu'est considéré comme chômeur une personne de 15 ans ou plus, qui est sans emploi, est disponible pour prendre un emploi dans les 15 jours et en cherche un activement) est issu du site de l'INSEE : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3547180>

raréfaction du travail, ou du moins d'une partie des emplois liés à l'« ancienne » économie¹²³⁷. C'est parce que l'absence involontaire de travail est susceptible de participer à la déconstruction de l'identité du sujet de droit en portant atteinte à sa dignité (**B**) que le manque d'effectivité actuel du droit à l'emploi pose problème (**A**).

A. Le droit virtuel à l'emploi

220. L'État, débiteur d'une obligation de moyen. L'alinéa 5 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, toujours en vigueur, affirme solennellement que « *chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* ». Ce droit au travail est également prévu par l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹²³⁸ et l'article 1^{er} de la Charte sociale européenne¹²³⁹, engagements conventionnels liant la France. Ce précepte ressortait déjà du Préambule de la Constitution du 4 novembre 1848, selon lequel la République française a pour base « *le Travail* », les citoyens « *doivent s'assurer, par le travail, des moyens d'existence* » et la République doit « *assurer l'existence des citoyens nécessiteux, (...) en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources* », lorsqu'ils sont en état de travailler¹²⁴⁰. Sous la II^e République, des Ateliers nationaux furent même créés

¹²³⁷ « Enfin, s'il faut suivre la perspective d'une raréfaction du travail (...) ce serait considérer qu'une partie de la population ne peut accéder à l'emploi et se résoudre à ce que la collectivité, fidèle à l'engagement de fraternité, distribue des expédients aux exclus. Il faudrait alors accepter de priver certains (par millions) de cette part d'humanité qu'offre le travail, d'une reconnaissance et même d'une dignité, conditions de la participation à la vie sociale. L'identité sociale ne saurait guère se forger autrement que dans le donner et le recevoir, « un homme n'est pas pauvre parce qu'il n'a rien, mais parce qu'il ne travaille pas » (Montesquieu) et sans travail le danger guette qu'il se perçoive, ou soit perçu, comme un inutile au monde. Faisons donc le pari de l'adaptation des salariés aux évolutions futures et non de la résignation » : L. GAMET, *Le droit social à l'épreuve des robots et de l'intelligence artificielle*, Les Echos.fr, 22 novembre 2017.

¹²³⁸ Le premier alinéa stipule : « Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit ».

¹²³⁹ Il s'intitule « Droit au travail » et stipule notamment que, pour assurer l'exercice effectif de ce droit, les Parties s'engagent « à protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris ».

¹²⁴⁰ « Un régime universel devrait pouvoir profiter à tous les individus, résidents sur le territoire national. C'est d'ailleurs la voie que les alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 invitent à emprunter » : A. BOUILLOUX, *Assurance ou couverture universelle ? retour sur les mots du chômage*, Dr. soc. 2018, p. 588. L'alinéa 10 dispose que « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » tandis que l'alinéa 11 énonce que « Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ». Les articles 50 et 51 de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, vont dans ce sens puisqu'ils étendent, sous conditions, le bénéfice de l'allocation d'assurance chômage aux démissionnaires et crée un droit à indemnisation pour les travailleurs indépendants en cessation d'activité.

pour fournir un travail aux chômeurs¹²⁴¹. Selon les Professeurs Jean Rivero et Jean Savatier, « l'affirmation d'un droit au travail paraît être une réaction de la conscience sociale devant le phénomène du chômage apparu en même temps que la révolution industrielle »¹²⁴². Mais, si le droit au travail est depuis lors officiellement considéré comme un « élément fondamental de notre organisation sociale »¹²⁴³, force est de constater qu'il n'est pas forcément aisé à mettre en œuvre. Certes, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel en 1983, la portée juridique du droit d'obtenir un emploi est limitée car il ne s'agit que d'une obligation de moyens et non de résultat. Selon les Sages, il appartient au législateur « de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre d'intéressés »¹²⁴⁴, et cela même quand il délègue sa compétence au gouvernement par ordonnance¹²⁴⁵, grâce à l'article 38 de la Constitution.

221. L'inefficacité des recours des chômeurs créanciers. Plusieurs chômeurs n'ont pas hésité à tenter un recours en référé-liberté¹²⁴⁶ contre Pôle Emploi, l'établissement public à caractère administratif qui représente l'État. Ils lui ont reproché de ne pas avoir rempli sa mission d'accompagnement à leur égard, plaçant qu'ils avaient ainsi été privés de la liberté fondamentale que constitue leur droit à l'accès effectif au travail. Le 11 septembre 2012, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a ordonné à Pôle Emploi de respecter ses obligations envers un chômeur de 54 ans qui s'estimait insuffisamment accompagné car il n'avait bénéficié que de trois rendez-vous malgré ses multiples demandes¹²⁴⁷. Mais

¹²⁴¹ *Existe-t-il un droit au travail ?*, site internet www.vie-publique.fr, 9 octobre 2013.

¹²⁴² J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF, 12^{ème} éd., 1991, p. 385.

¹²⁴³ CESE, *La place du travail*, Avis adopté au cours de la séance du mercredi 9 juillet 2003 sur le rapport présenté par M. Bernard Vivier au nom de la section du Travail, p. I-8.

¹²⁴⁴ Décision n° 83-156 DC du 28 mai 1983, à propos de la loi n° 83-430 du 31 mai 1983 portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse.

¹²⁴⁵ Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, à propos de la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social ; P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. LELIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVA et A. ROUX, *GDCC*, Dalloz, 18^{ème} éd., 2016, n°18, p. 243.

¹²⁴⁶ CJA art. L. 521-2 : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ».

¹²⁴⁷ Pôle Emploi a l'obligation de mettre en œuvre toutes les actions permettant aux chômeurs d'obtenir un emploi dans les meilleurs délais possibles. Il a été « enjoint de recevoir M. X dans les huit jours, de mettre à jour son projet personnalisé d'accès à l'emploi, de le rencontrer de manière régulière dans le respect des directives de fonctionnement fixées par cette institution en lui proposant toute offre, toute formation utile, ou toute reconversion, au regard de la situation du marché du travail et de la situation propre de l'intéressé » et condamné au versement d'une somme de 1000 euros. Le tribunal a fondé sa décision sur le droit à l'emploi issu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de la CESDH, de la Charte sociale européenne, de

l'ordonnance de référé-liberté a été infirmée par le Conseil d'État qui a considéré qu'il n'y avait pas de situation d'urgence permettant au juge des référés, de prendre, dans un délai de quarante-huit heures, des mesures de sauvegarde utiles¹²⁴⁸. La Haute juridiction administrative a ici sous-entendu que la procédure de référé-liberté n'est sans doute pas la plus adaptée au contentieux entre Pôle Emploi et les chômeurs, la situation financière de ces derniers ne pouvant caractériser la condition d'urgence. Cet arrêt du Conseil d'État, même s'il ne se prononce pas explicitement sur la question de savoir si le droit à l'emploi est une liberté fondamentale, pourrait être la preuve de sa « *faible portée* »¹²⁴⁹ et de sa nature de droit « *créance* » ou d'objectif fixé à l'État¹²⁵⁰, plutôt que de véritable droit subjectif du demandeur d'emploi¹²⁵¹. Il n'est pas certain que le droit à l'emploi puisse être utilement mobilisé devant les juridictions judiciaires et administratives, non seulement en raison de l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel, mais aussi parce qu'il est difficile d'échapper au mécanisme de l'écran législatif en ce domaine¹²⁵². Il faudrait peut-être que, à l'occasion d'une action au fond, les plaideurs s'intéressent davantage au contrôle de conventionalité des lois, le

l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et le 5^e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère la Constitution de 1958 : TA Paris, référé-liberté, 11 septembre 2012, n° 1216080-9 ; A. FABRE, *Le demandeur d'emploi n'a pas que des obligations, il a aussi des droits*, RDT 2012, p. 558 ; B. INES, *Pôle emploi : référé-liberté pour atteinte au droit à l'emploi*, D. 2012, p. 2249.

¹²⁴⁸ CE, 4 octobre 2012, n° 362948 ; *Les carences de Pôle emploi ne nécessitent pas une intervention d'extrême urgence*, AJDA 2012. 1880 ; M. GRÉVY, *Le droit à l'emploi au prisme du référé-liberté administratif*, RDT 2013, p. 33 ; F. CHAMPEAUX, *Pôle emploi en sursis*, SSL, 2012, n° 1555, p. 11.

¹²⁴⁹ M. GRÉVY, *art. préc.*, p. 33.

¹²⁵⁰ En ce sens : F. GAUDU, *L'organisation du marché du travail*, Dr. soc. 1992, p. 941 ; B. INES, *Pôle emploi : référé-liberté pour atteinte au droit à l'emploi*, D. 2012, p. 2249. Plus nuancés, les Professeurs Jean Rivero et Jean Savatier considèrent que « *le droit au travail ne saurait être compris comme un droit de créance susceptible de s'exercer soit contre l'État, soit contre un employeur, pour obtenir un emploi. (...) Le droit au travail signifie seulement que l'État a l'obligation d'intervenir sur le marché du travail par une politique active de l'emploi destinée à favoriser le plein emploi, ou d'organiser l'indemnisation des personnes auxquelles cette politique n'a pas pu procurer de travail* » : J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF, 12^{ème} éd., 1991, p. 385-386. Le Professeur Pierre-Yves Verkindt écrit quant à lui que l'affirmation constitutionnelle de l'alinéa 5 « *ne donne pas naissance à un droit subjectif de chacun d'obtenir un emploi mais traduit plutôt un appel solennel à une intervention active de l'État en vue de permettre au plus grand nombre d'accéder à l'emploi* » : P.-Y. VERKINDT, *La dimension civile de la dignité*, in *Notions et normes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIE, Éditions Panthéon-Assas, 2016, p. 21, n° 12.

¹²⁵¹ Le Professeur Franck Petit considère que le droit à l'accompagnement – qui correspond à un ensemble d'aides matérielles et financières, notamment pour retrouver un emploi – « *peut assurément prétendre au rang de droit subjectif* » : F. PETIT, *Le droit à l'accompagnement*, Dr. soc. 2008, p. 413. À propos du jugement précité du tribunal administratif de Paris du 11 septembre 2012, le Professeur Alexandre Fabre a écrit : « *Il ne manquait plus qu'une décision de justice pour se convaincre que ce droit n'est pas un simple objectif pour le service public, mais un véritable droit subjectif dont l'effectivité peut être assurée par les juges. C'est désormais chose faite.* » : A. FABRE, *art. préc.*, p. 558.

¹²⁵² Propos tenus par le Professeur Jean-François Akandji-Kombé lors du Colloque INTEFP/ENM/AFDT du 28 novembre 2014 sur « *La protection de l'emploi* », dans le cadre de son intervention intitulée « *La constitutionnalité du droit à l'emploi* ».

PIDSEC¹²⁵³ et la Charte sociale européenne¹²⁵⁴ précités étant considérés par la Cour de cassation comme ayant un effet direct en droit interne. Dans ses rapports de 2012 et 2013, le médiateur de Pôle Emploi a souligné une tendance à la judiciarisation, qui apparaît comme une tentative de demander des comptes aux pouvoirs publics. En effet, à partir du moment où l'État ne peut plus garantir ce droit, c'est non seulement la citoyenneté qui est remise en cause¹²⁵⁵, mais aussi la conscience que l'individu privé de travail a de lui-même.

B. L'atteinte réelle à la dignité

222. Le risque de déconstruction de l'individu par le chômage. La privation d'emploi, ou le chômage, est quant à elle très redoutée car elle peut gravement déstabiliser l'individu¹²⁵⁶. « *Si le travail est un puissant facteur de reconnaissance et d'intégration sociale, le non-travail ne peut pour autant conduire et d'aucune manière à contester la dignité de la personne* »¹²⁵⁷. S'il faut souscrire sans réserve à cette déclaration, la réalité est malheureusement parfois différente. La situation de chômage « *fournit les conditions de production d'un processus de consécration sociale négative* » car, à la « *dévalorisation de l'image public du chômeur* », s'ajoute « *la dévalorisation de l'image de soi, provoquée par la reconnaissance de sa situation subalterne par le sujet lui-même* »¹²⁵⁸. En cas de chômage, « *la personne privée d'emploi depuis une période assez longue peut en ressentir une forte dévalorisation, pouvant aller jusqu'à un sentiment d'inutilité et d'humiliation* », si bien qu'à travers cette « *perte du lien social* » elle peut potentiellement « *être atteinte dans son identité et sa dignité* »¹²⁵⁹. Selon le Professeur Alain Supiot, les « *risques de perte d'identité*

¹²⁵³ « Vu l'article 6.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (...) Attendu que le premier de ces textes, directement applicable en droit interne, qui garantit le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté » : Cass. soc., 16 décembre 2008, n° 05-40.876, Bull. civ. V ; n° 251.

¹²⁵⁴ CE, 10 février 2014, n° 358992 ; comm. par J.-F. AKANDJI-KOMBE, *La Charte sociale est d'effet direct en France. Retour sur un arrêt passé inaperçu [10 fév. 2014]*, <https://jfakiblog.com>.

¹²⁵⁵ M. CORNATON, *Pourquoi nous travaillons*, L'Harmattan, 2012, p. 193.

¹²⁵⁶ P. ADAM, *La dignité du salarié et le droit du travail*, Première partie, RDT 2014, p. 168.

¹²⁵⁷ P.-Y. VERKINDT, *La dimension civile de la dignité*, in *Notions et normes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIE, Éditions Panthéon-Assas, 2016, p. 21, n° 13.

¹²⁵⁸ En d'autres termes, le chômage « *premièrement, (il) provoque à un niveau extérieur, une stigmatisation visible, et deuxièmement, chez le chômeur lui-même, une intériorisation de l'exclusion, à travers le sentiment de faiblesse qu'elle provoque* » : N. PANAYOTOPOULOS, *La violence du chômage et ses incidences*, in *Le travail humain au carrefour du droit et de la sociologie, Hommage au Professeur Nikitas Aliprantis*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2014, p. 496-497.

¹²⁵⁹ CESE, *La place du travail*, Avis adopté au cours de la séance du mercredi 9 juillet 2003 sur le rapport présenté par M. Bernard Vivier au nom de la section du Travail, p. II-59.

professionnelle » augmentent d'autant plus lorsque l'individu s'éloigne du « *cadre de référence* » constitué par le CDI ou le statut du fonctionnaire¹²⁶⁰. Si certains affirment que l'activité professionnelle ne constituerait plus « *la colonne vertébrale de l'identité* » dans un contexte de crise¹²⁶¹, il semble pourtant que la place cruciale du travail se révèle d'autant plus en cas de chômage. En effet, celui-ci entraîne non seulement une privation de salaire – ce dernier laissant place aux allocations d'« *aide au retour à l'emploi* » – mais peut engendrer des situations de grande souffrance¹²⁶², si bien qu'il peut être question d'« *état de stress post-traumatique* » provoqué par le « *traumatisme psychologique* » que constitue la perte de l'emploi¹²⁶³. La DARES a démontré que le chômage peut fragiliser la santé mentale des personnes concernées, en révélant qu'un quart des personnes passées par le chômage entre 2006 et 2010 ont connu des épisodes dépressifs¹²⁶⁴. Étant en outre à l'origine de 10 à 14.000 décès par an, le chômage est devenu une véritable question de santé publique¹²⁶⁵. Les cas de suicide de chômeurs ne sont pas rares¹²⁶⁶, certains ayant même décidé de s'immoler devant des agences de Pôle Emploi¹²⁶⁷. Le chômeur subit ainsi une « *double peine* » puisqu'il perd à la fois son emploi et son identité sociale¹²⁶⁸.

¹²⁶⁰ A. SUPIOT, *L'identité professionnelle*, in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 414-415 ; A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 3^{ème} éd., 2015, p. 89.

¹²⁶¹ « *Dans une période où croît le nombre d'inactifs, où l'entrée dans le monde du travail est tardive et souvent difficile, la personnalité individuelle, l'image et l'estime de soi se construisent sur d'autres expériences que sur celles qu'apportaient traditionnellement les premiers contacts avec un métier, et, ensuite, le développement de la carrière. (...) On peut vivre sans travail, donc le travail perd sa valeur et la motivation à le faire aussi bien que possible s'en trouve affaiblie* » : C. LEVY-LEBOYER, *La motivation au travail, Modèles et stratégies*, Éditions d'Organisation, 2^{ème} éd., 2001, p. 9.

¹²⁶² Comme l'écrit le Professeur Christophe Dejours : « *Nul doute que ceux qui ont perdu leur emploi, ceux qui ne parviennent pas à en trouver (chômeurs primaires) ou à en retrouver un (chômeurs secondaires) et qui subissent le processus de désociabilisation progressif, souffrent* » : C. DEJOURS, *Souffrance en France, La banalisation de l'injustice sociale*, Éditions du Seuil, 2014, p. 19

¹²⁶³ CESE, *L'impact du chômage sur les personnes et leur entourage : mieux prévenir et accompagner*, Avis adopté au cours de la séance du 10 mai 2016 sur le rapport présenté par Mme Jacqueline Farache au nom de la section des affaires sociales et de la santé, p. 31.

¹²⁶⁴ DARES, *Chômage et santé mentale, des liens ambivalents*, Analyses, septembre 2015, n° 067.

¹²⁶⁵ Enquête Suivimax de l'Inserm de 2015, citée par : CESE, *L'impact du chômage sur les personnes et leur entourage : mieux prévenir et accompagner*, Avis préc., p. 33-34.

¹²⁶⁶ « *Si pour l'Institut National des Etudes Démographiques (INED), le chômage est sans incidence sur les suicides, pour d'autres (The Lancet - une revue scientifique médicale britannique), l'augmentation du taux de chômage de 1 % entraînerait une hausse des suicides de 0,8 % chez les moins de 65 ans* » : J. DELGA, *Souffrance au travail et suicide*, in *Souffrance au travail dans les grandes entreprises*, dir. J. DELGA, Éditions ESKA, 2010, p. 38. Le CESE reconnaît que les liens de causalité entre chômage et suicide restent débattus car plusieurs facteurs peuvent entrer en ligne de compte : CESE, *L'impact du chômage sur les personnes et leur entourage : mieux prévenir et accompagner*, Avis préc., p. 35.

¹²⁶⁷ M. DIELEN et B. ZAPATA, *Suicides : les chômeurs acculés par la crise*, L'Humanité.fr, 18 février 2013, cité par : P. ADAM, *La « dignité du salarié » et le droit du travail (Première partie)*, RDT 2014, p. 168.

¹²⁶⁸ CESE, *L'impact du chômage sur les personnes et leur entourage : mieux prévenir et accompagner*, Avis préc., p. 31.

223. La fin du chômage par le deuil du métier. Ils ne sont pas rares les anciens chômeurs qui parlent de « *dignité retrouvée* » en même temps que le travail¹²⁶⁹. Le retour à la vie active, après un parcours du combattant jalonné d'épreuves, s'accompagne, de plus en plus souvent, du sacrifice du métier précédemment exercé, l'ancien chômeur devant ainsi se recréer une nouvelle identité professionnelle. La logique d'accompagnement du service public de l'emploi n'est d'ailleurs plus nécessairement d'aider les chômeurs à trouver un nouvel emploi dans leur strict domaine de compétence mais plutôt de favoriser leur retour vers un emploi, quel qu'il soit¹²⁷⁰, afin de les faire sortir de la masse des personnes à indemniser¹²⁷¹ et de les faire bénéficier des « *vertus intégratrices du travail salarié* » dans la Cité¹²⁷². C'est en ce sens qu'en amont de situations prévisibles de chômage, comme c'est le cas lorsqu'un projet de plan de sauvegarde de l'emploi voit le jour, il est demandé aux employeurs de contribuer aux efforts devant permettre le reclassement des salariés. Il faut d'ailleurs préciser que, selon le Conseil constitutionnel, « *le droit au reclassement de salariés licenciés découle directement* » du droit de chacun d'obtenir un emploi¹²⁷³. En cas de plan de sauvegarde de l'emploi, nombreuses sont alors les entreprises qui font appel à des cabinets privés¹²⁷⁴ pour les aider à réaliser et mettre en œuvre le plan de reclassement prévu à l'article L. 1233-61 du Code du travail. Ensuite, pour les individus ne réussissant pas à être reclassés rapidement et se retrouvant au chômage, fleurissent les contrats atypiques de travail. L'objectif de réinsertion de ces contrats leur confère des caractéristiques différentes de celles du CDI et ne facilite pas forcément la

¹²⁶⁹ J.-E. RAY, *Droit du travail Droit vivant 2018, La relation individuelle de travail*, Éditions Liaisons, Wolters Kluwer, 26^e éd., 2018, p. 11, n° 2.

¹²⁷⁰ « *L'objectif explicite des politiques conduites par les États membres de l'Union européenne est de parvenir au taux d'emploi le plus élevé possible. (...) L'analyse des changements en cours montre une dérive de la notion de profession, définie par la qualification, vers celle de poste de travail pour lequel le seul étalon est l'argent. (...) Auparavant, dans tous les pays, on jugeait l'opportunité de la candidature d'un chômeur à un poste de travail en fonction, du moins partiellement, de la profession du candidat en question. Désormais, on accorde de plus en plus d'importance au niveau de salaire. (...) L'Espagne ne tient pas compte du dernier salaire perçu ni du montant des allocations de chômage. En France, le salaire perçu ne doit pas être inférieur à 80% du dernier salaire perçu.* » : A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, 1999, p. 55-56.

¹²⁷¹ CES, *La place du travail*, Avis adopté au cours de la séance du mercredi 9 juillet 2003 sur le rapport présenté par M. Bernard Vivier au nom de la section du Travail, p. II-103. Il s'agirait également d'atteindre plus facilement les objectifs assignés aux agents de Pôle Emploi, comme cela est relaté dans le reportage retranscrit dans l'ouvrage suivant : F. AUBENAS, *Le quai d'Ouistreham*, Points, 2011.

¹²⁷² A. SUPIOT, *L'identité professionnelle*, in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 418 ; A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 3^{ème} éd., 2015, p. 94-95.

¹²⁷³ Décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005.

¹²⁷⁴ L'article 1^{er} de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale a modifié l'ancien article L. 311-1 du Code du travail pour qu'il soit mis fin au monopole de placement de feu l'ANPE et que des organismes privés puissent, entre autres, légalement participer aux opérations de placement des demandeurs d'emplois.

réintégration dans la collectivité de travail¹²⁷⁵. Le phénomène est tel qu'il fait dire à certains que Pôle Emploi s'occupe maintenant de plus en plus de « *chômeurs qui travaillent* »¹²⁷⁶.

§ 2 : Le caractère moral de la conscience professionnelle

224. L'éthique professionnelle ou la conscience professionnelle comporte également un aspect moral, qui diffère cependant de la conscience morale qui a pu être étudiée auparavant¹²⁷⁷. Certes, au-delà de la connaissance qu'elle donne à la personne d'elle-même, la conscience professionnelle est caractérisée par la volonté de se conformer du mieux possible (II) aux devoirs que celle-ci peut percevoir comme étant inhérents à sa profession (I).

I : La perception des devoirs de sa profession

225. Des devoirs professionnels, parfois appelés « *règles de conscience* »¹²⁷⁸, existent à présent dans toutes les professions susceptibles d'être exercées (A), même si chacune possède ses spécificités (B).

A. Une généralisation des devoirs professionnels

226. La déontologie de certaines professions. Dans un premier temps, il pourrait être permis de penser que seuls certains métiers comportent de véritables devoirs, à l'instar des professions libérales médicales et juridiques, encadrées par un code de déontologie¹²⁷⁹ et un

¹²⁷⁵ A. SUPIOT, *L'identité professionnelle*, in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 418-419 ; A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 3^{ème} éd., 2015, p. 94-95.

¹²⁷⁶ Propos tenus par Monsieur Laurent Duclos, Adjoint au Responsable du Département des synthèses de la DGEFP, lors du Colloque INTEFP/ENM/AFDT du 28 novembre 2014 sur « *La protection de l'emploi* », dans le cadre de son intervention intitulée « *Les politiques publiques de l'emploi* ».

¹²⁷⁷ « *Si la morale traditionnelle ne s'applique pas dans le monde du travail, celui-ci est fortement régi par des éthiques professionnelles* » : A. LACROIX et A. LE GOFF, *La morale est-elle soluble dans l'entreprise ?*, Philosophie magazine, n° 76, février 2014.

¹²⁷⁸ G. ROUZET, *Précis de déontologie notariale*, Presses Universitaires de Bordeaux, 1994, p. 29 ; cité par : Ph. STOFFEL-MUNCK, *Déontologie et morale*, in *Droit et déontologies professionnelles*, dir. J.-Y. NAUDET, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997, p. 63.

¹²⁷⁹ Dans une circulaire, la DGT a défini la déontologie comme étant « *l'ensemble des règles et devoirs qui régissent une profession ou un groupe de personnes dans son fonctionnement comme dans ses relations avec l'extérieur* » : circulaire DGT n° 2008-22 du 19 novembre 2008, relative aux chartes éthiques, aux dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur, NOR : MTST0880880C, p. 5.

ordre veillant au respect de la discipline¹²⁸⁰. Par exemple, pour devenir avocat, il faut, entre autres, passer un examen de déontologie au cours duquel un jury doit déterminer, à travers une restitution des connaissances et une mise en situation, si l'élève-avocat sera capable de mettre en pratique les seize principes essentiels à cette profession¹²⁸¹. Ensuite, lors de la prestation de serment, les jeunes avocats jurent d'exercer leurs futures fonctions « *avec dignité, conscience*¹²⁸², *indépendance, probité et humanité* »¹²⁸³, cinq des seize principes précités. La probité a également sa place, à côté de l'honneur, dans le serment d'Hippocrate prononcé par les docteurs en médecine. Consciences psychologique et morale se rejoignent puisqu'il est demandé à des professionnels en devenir d'appréhender les vertus cardinales de leur métier. En effet, au départ, le pouvoir, pour une profession, d'édicter des règles déontologiques et d'en assurer l'application lui permet d'affirmer son identité et d'assurer son prestige social¹²⁸⁴. À travers ce mécanisme d'autorégulation, les membres d'une même profession visent le succès économique.

¹²⁸⁰ La déontologie, ou science du devoir à accomplir, est définie par le « *Vocabulaire juridique* » comme « *l'ensemble des devoirs inhérents à l'exercice d'une activité professionnelle libérale et le plus souvent définis par un ordre professionnel* » : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^{ème} éd., 2018, entrée « *déontologie* », p. 329.

¹²⁸¹ Ces 16 principes sont énumérés à l'article 3 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat : dignité, conscience, indépendance, probité, humanité, honneur, loyauté, désintéressement, confraternité, délicatesse, modération, courtoisie, compétence, dévouement, diligence et prudence.

¹²⁸² La Cour de cassation a refusé de transmettre une QPC au Conseil constitutionnel concernant la conformité des devoirs de conscience et de confraternité issus de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 au principe constitutionnel de légalité des peines. Elle a justifié sa décision par le caractère non sérieux des questions posées et par le principe selon lequel ne « *saurait être considérée comme attentatoire à la liberté de conscience l'exigence de rigueur et de sens du devoir contenue dans l'obligation professionnelle arguée d'inconstitutionnalité* » : Cass. civ. 1^{ère}, 14 novembre 2014, n° 14-16.426, inédit.

¹²⁸³ L'article 2 de la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, a modifié la formule située à l'article 3 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971. La notion de conscience existe dans le serment des avocats depuis le décret impérial du 14 décembre 1810 (« *Je jure (...) de ne conseiller ou défendre aucune cause que je ne croirai pas juste en mon âme et conscience* »). La conscience est définie ici comme « *la rigueur morale et professionnelle, la reconnaissance de la cause ou des intérêts que l'on défend, la volonté de faire bien son travail* » ou encore « *la capacité pour l'avocat à s'interroger et se remettre en question en permanence, à se demander si les actes qu'il entend réaliser ou les paroles qu'il entend prononcer seront conformes à son état* » : S. BORTOLUZZI, D. PIAU, T. WICKERS, H. ADER et A. DAMIEN, *Règles de la profession d'avocat 2018/2019*, Dalloz, 2017, n° 315.22, p. 421 et n° 322.11, p. 444. Ces notions ont été rappelées par Maître Emmanuel Daoud lors du séminaire « *La personne - Corps et Esprit* » organisé par le Laboratoire de sociologie juridique le 22 février 2018 à l'Université Paris II. Il intervenait dans le cadre du second sujet « *L'objection de conscience : principe ou exception ?* ».

¹²⁸⁴ S. BRISSY, *L'autorégulation des professions*, Dr. soc. 2016, p. 137.

227. Une déontologie propre à chaque profession. Dès lors, par les valeurs et les garanties de qualité qu'il véhicule, il n'est pas étonnant que ce modèle séduise au-delà des professions libérales¹²⁸⁵. Ainsi, si la loi du 20 avril 2016 réaffirme les valeurs fondamentales de la Fonction publique, parmi lesquelles figure la probité, son titre contient l'expression révélatrice de « *déontologie des fonctionnaires* »¹²⁸⁶. Y sont aussi prévus la possibilité pour tout fonctionnaire de consulter un référent déontologue¹²⁸⁷ et le renforcement des pouvoirs de la commission de déontologie de la fonction publique en matière de départ vers le secteur privé, aussi appelé « *pantouflage* »¹²⁸⁸. Concernant les fonctionnaires en particulier, le Professeur Jacques Caillosse a eu l'occasion de rappeler que conscience professionnelle et déontologie ne se confondent pas¹²⁸⁹, en raison de la dynamique d'engagement qui anime davantage la première. En réalité, le phénomène de généralisation de la déontologie, parfois décrit comme une « *réponse à des situations nouvelles dans l'environnement économique* »¹²⁹⁰, est tel que les devoirs se sont propagés dans les professions de prestataires de service – agents immobiliers¹²⁹¹, experts-comptables¹²⁹² et commissaires aux comptes¹²⁹³ –

¹²⁸⁵ Le monde du travail apparaîtrait donc particulièrement propice au développement des éthiques professionnelles qui se sont construites sur le modèle de la déontologie propre à certaines professions : E. FRAGU, *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle, Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, dir. Y. LEQUETTE, thèse dactylographiée Université Paris II, 2015, p. 174.

¹²⁸⁶ Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, dont l'article 1^{er} modifie l'article 25 de la loi « *Le Pors* » n° 83-634 du 13 juillet 1983. Le premier alinéa de cet article dispose que « *le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité* ».

¹²⁸⁷ Article 11 de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires modifiant l'article 28 bis de la loi « *Le Pors* ». Le décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 détermine les modalités et critères de désignation des référents déontologues : D. JEAN-PIERRE, *Le référent déontologue : un super-héros sans super-pouvoir*, JCP A 2017, 2156. Les collectivités territoriales avaient été invitées à réfléchir à la mise en place de ces référents en amont du décret : P. VILLENEUVE, *Loi « Déontologie » : la fonction de déontologue, mode d'emploi à l'usage des collectivités territoriales*, AJCT 2016, p. 307.

¹²⁸⁸ Le pantouflage peut se définir comme « *la situation trouvée dans le secteur privé, par un fonctionnaire, qui a ainsi renoncé temporairement ou définitivement aux autres services de l'État et des collectivités publiques* » : O. DUHAMEL et Y. MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF 1992, p. 692. Cette pratique « *n'est certes pas, en elle-même, contraire à l'intérêt général, puisqu'elle permet à des entreprises privées de bénéficier des compétences et de l'expérience de fonctionnaires ayant souvent exercé des responsabilités importantes dans le secteur public. En contrepartie, le fonctionnaire jouit d'une rémunération nettement plus importante que celle que peut lui offrir la personne publique (...) la synergie entre le secteur privé et la haute fonction publique est donc la source d'un enrichissement mutuel et réciproque. Il est évident toutefois que ce passage aux affaires du fonctionnaire peut susciter un certain nombre d'abus* » : D. JEAN-PIERRE, *Le pantouflage et les commissions de déontologie des fonctions publiques*, in *Droit et déontologies professionnelles*, dir. J.-Y. NAUDET, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997, p. 230.

¹²⁸⁹ J. CAILLOSSE, *La « conscience professionnelle » de l'agent public entre rappels à l'ordre statutaire et exigences managériales*, La Revue administrative, 2003, n° 334, p. 350.

¹²⁹⁰ F. BOURRICAUD, *De la morale professionnelle à l'éthique et à la déontologie*, in *Éthique, déontologie et gestion de l'entreprise*, dir. H de la BRUSLERIE, Economica, 1992, p. 29.

¹²⁹¹ Décret n° 2015-1090 du 28 août 2015 fixant les règles constituant le code de déontologie applicable à certaines personnes exerçant les activités de transaction et de gestion des immeubles et des fonds de commerce.

¹²⁹² Décret n° 2007-1387 du 27 septembre 2007 portant code de déontologie des professionnels de l'expertise comptable.

depuis les années 1970 et continuent de séduire « *jusqu'aux activités les plus spéculatives et matérialistes* »¹²⁹⁴. Les professions sociales auraient pu être également concernées, la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 ayant prévu l'élaboration d'une « *charte nationale* », portant notamment sur « *les principes éthiques et déontologiques* » afférents aux pratiques de l'action sociale et médico-sociale¹²⁹⁵. Cependant, l'arrêté du ministre chargé des Affaires sociales, qui aurait dû permettre la publication de cette charte n'a jamais été pris¹²⁹⁶.

B. La singularité propre à chaque profession

228. Les règles de l'art. En réalité, il existe une conception précise des conditions à remplir pour obtenir un travail bien fait dans chaque profession, car « *tous les métiers impliquent certaines règles techniques qui servent de référence au travail bien fait* » et qu'« *au-delà du travail de qualité se profilent la conscience professionnelle, l'éthique de métier ou encore ce que l'on désigne par le terme « d'éthos professionnel »* »¹²⁹⁷. Ces conditions portent encore le nom de « *règles de l'art* »¹²⁹⁸ ou d'« *éthos du métier* »¹²⁹⁹, permettant de se recentrer sur le « *cœur de métier* »¹³⁰⁰. Le métier, quel qu'il soit, est « *un ensemble de règles de travail, de savoir-faire, de comportements, de codes déontologiques (qui exprime une « conscience professionnelle ») qui se transmettent à l'intérieur du métier et par des gens de métier* »¹³⁰¹. En 2003, le CESE a également expliqué que le métier rend

¹²⁹³ Décret n° 2005-1412 du 16 novembre 2005 portant approbation du code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes, modifié par le décret n° 2010-131 du 10 février 2010 et le décret n° 2017-540 du 12 avril 2017.

¹²⁹⁴ J.-L. BERGEL, *Du concept de déontologie à sa consécration juridique*, in *Droit et déontologies professionnelles*, dir. J.-Y. NAUDET, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997, p. 12.

¹²⁹⁵ L'article 6 de la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale a modifié en ce sens l'article L. 311-2 du CASF : M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, LGDJ, Lextenso éditions, 9^{ème} édition, 2015, n° 143, p. 191.

¹²⁹⁶ Un arrêté a été pris le 8 septembre 2003 (JORF n° 234 du 9 octobre 2003, p. 17250) mais concernant la charte des droits et libertés de la personne accueillie, mentionnée à l'article L. 311-4 du CASF.

¹²⁹⁷ C. DEJOURS et I. GERNET, *Psychopathologie du travail*, Elsevier Masson, 2^{ème} éd., 2016, p. 143.

¹²⁹⁸ C. DEJOURS et F. BEGUE, *Suicide et travail : que faire ?*, PUF, 2009, p. 36.

¹²⁹⁹ Cette expression est employée par le Professeur Yves Clot, cité par : A. LACROIX et A. LE GOFF, *La morale est-elle soluble dans l'entreprise ?*, Philosophie magazine, n° 76, février 2014.

¹³⁰⁰ Si la notion de métier avait évolué lors de la révolution industrielle, pendant laquelle il était attendu que les travailleurs se plient à des règles communes, les entreprises ont dorénavant de plus en plus tendance à se recentrer sur leur « *cœur de métier* ». Le travail s'est métamorphosé et « *le « cœur » de métier se définit moins par la spécificité du rapport à un type de matière première ou de matériau et davantage par le mode de traitement de l'information (stratégique, commerciale, technique, ...)* » : J. BOISSONNAT, *Le travail dans vingt ans*, Rapport, Commissariat général du Plan, Éditions Odile Jacob, La Documentation française, 1995, p. 129-130.

¹³⁰¹ Ph. ZARIFIAN, *Le travail et la compétence : entre puissance et contrôle*, PUF, 2009, p. 57.

compte « *d'un ensemble de connaissances et d'habiletés appliquées à la transformation de la matière, à la fabrication d'un produit et à la réalisation d'un service* »¹³⁰². Selon le Professeur Yves Clot, il existe entre ces « *gens de métier* » une « *conscience commune de la tâche à accomplir* », de sorte que « *la beauté et l'intérêt du métier ne sont pas que dans son exercice mais dans cette conscience partagée qui unit secrètement et très fort ceux qui la pratiquent, qu'ils soient ou non de la même génération* »¹³⁰³. Pour s'assurer de la bonne connaissance des règles de l'art, certains employeurs n'hésitent pas à faire passer des examens à leurs salariés, en vue de contrôler les connaissances acquises lors d'une formation relative aux techniques de l'entreprise¹³⁰⁴ ou de les faire bénéficier d'une mobilité¹³⁰⁵. Mais les résultats ne peuvent, à eux seuls, permettre une rétrogradation¹³⁰⁶ ou justifier le licenciement pour insuffisance professionnelle¹³⁰⁷.

229. Le partage des règles de l'art. Ce partage de règles communes est donc la conséquence logique de l'appartenance à un même métier et leur connaissance est le préalable nécessaire à leur correcte mise en œuvre. Créé en 2013, feu le contrat de génération était basé, comme son nom l'indique, sur la constitution de binômes intergénérationnels, lesquels auraient dû permettre la « *transmission des savoirs et des compétences* »¹³⁰⁸ professionnels. Dans ce cadre particulier, les règles du métier étaient appelées les « *compétences clés* » et définies comme celles « *dont la préservation est considérée comme essentielle pour l'entreprise, le groupe ou la branche* »¹³⁰⁹. L'entreprise était censée les diagnostiquer et prévoir des modalités de transmission adaptées¹³¹⁰. Mais, dans son rapport annuel de 2016, la Cour des comptes a considéré que les modalités de ce contrat, variables selon la taille de

¹³⁰² CESE, *La place du travail*, Avis adopté au cours de la séance du mercredi 9 juillet 2003 sur le rapport présenté par M. Bernard Vivier au nom de la section du Travail, p. II-35.

¹³⁰³ Y. CLOT, *La fonction psychologique du travail*, PUF, 2015, p. 67-68.

¹³⁰⁴ CA Versailles, 2 octobre 1992, *Sté France Quick c/ Ekici* ; RJS 12/92 n° 1348.

¹³⁰⁵ La tricherie à un examen constitue un manquement grave à l'obligation de loyauté et de bonne foi, justifiant un licenciement : CA Douai, 31 janvier 2007, n° 06-436, *Becuwe c/ SA Cofidis*.

¹³⁰⁶ L'employeur ne peut pas rétrograder un salarié en raison de son échec à un examen interne, sans apporter d'autre élément permettant d'établir l'inadaptation de l'intéressé à un poste qu'il occupe depuis plusieurs années : CA Montpellier, 31 janvier 1989, *Mobil Oil Française c/ Cochard* ; RJS 12/92 n° 1348.

¹³⁰⁷ Tel fut le cas pour un délégué médical dont il est reconnu qu'il a exercé son activité de manière satisfaisante depuis 5 ans : Cass. soc., 18 juillet 2000, n° 98-44.591, *Poincaré c/ Laboratoires Thylmer*, inédit.

¹³⁰⁸ L'ancien article L. 5121-6 du Code du travail avait été introduit par la loi n° 2013-185 du 1^{er} mars 2013 portant création du contrat de génération. Il a été abrogé, comme les autres articles relatifs au contrat de génération, par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017.

¹³⁰⁹ C. trav. ancien art. D. 5121-27.

¹³¹⁰ C. trav. ancien art. R. 5121-28.

l'entreprise¹³¹¹, et donc trop complexes, étaient à l'origine de l'échec du dispositif. En parallèle, dans une étude de la même année, le Centre d'Études de l'Emploi (« CEE ») a remis en cause la notion de transfert de savoirs « *automatiques* » entre deux personnes de générations éloignées au profit de celle de transmission dans le cadre d'une activité « *co-élaborée* » au sein d'un collectif de travail¹³¹².

II : La volonté de se conformer au mieux aux devoirs de sa profession

230. Si la volonté de bien faire son travail naît de l'acquisition du savoir-faire y afférent, et de la spécialisation qui en découle (A), son intensité se révèle surtout lorsqu'il s'agit de confronter ses connaissances aux difficultés susceptibles de se produire dans la réalité de l'exécution du travail (B).

A. L'apparition de la volonté dans l'acquisition du savoir

231. La volonté en psychosociologie. Si le travail était dévalorisé dans l'Antiquité grecque, c'est parce qu'en tant qu'activité servile, il ne pouvait être « *vecteur d'aucune moralité* »¹³¹³. Platon admet toutefois que l'homme de métier puisse disposer d'un savoir mais celui-ci ne pourrait en aucun cas être moral. Il distingue, comme Aristote après lui, la production de l'objet par l'homme de métier de l'usage qui en est fait par le destinataire, considérant que seul ce dernier peut potentiellement en user d'une façon moralement bonne¹³¹⁴. Pourtant, plus de deux millénaires plus tard, il n'est plus contesté que le travail peut se transformer en véritable engagement moral, à travers la volonté de respecter au mieux les règles de la profession exercée. « *Les travailleurs ne sont pas naturellement prédisposés au travail bien fait* »¹³¹⁵, si bien que cet élan de volonté apparaît indispensable. L'expression de « *professionnalisme délibéré* », synonyme de la conscience professionnelle issue de la psychosociologie du travail,

¹³¹¹ Le dispositif obligeait les entreprises de plus de cinquante salariés à le mettre en place via un accord collectif ou un plan d'action unilatéral, sous peine d'être soumises à une pénalité (C. trav. ancien art. L. 5121-8 al. 2 et L. 5121-9), et permettait à celles de moins de trois cents salariés de bénéficier d'une aide financière (C. trav. ancien art. L. 5121-7 et L. 5121-8 al. 1).

¹³¹² CEE, *La transmission professionnelle : mettre à distance les idées reçues*, Connaissance de l'emploi, n° 130, mai 2016.

¹³¹³ C. LARRÈRE, *Travail*, in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, tome 2, dir. M. CANTO-SPERNER, PUF, 2004, p. 191.

¹³¹⁴ C. LARRÈRE, *Travail*, in *op. cit.*, p. 191.

¹³¹⁵ Y. CLOT et M. GOLLAC, *Le travail peut-il devenir supportable ?*, Armand Colin, 2^{ème} éd., 2017, p. 135.

retranscrit particulièrement bien cette idée de volonté du travailleur¹³¹⁶. Il s'agirait d'un élément clé de la reconnaissance, non seulement par autrui, mais surtout dans le produit fabriqué, la technique utilisée ou le métier exercé¹³¹⁷.

232. La volonté en gestion des ressources humaines. La notion d'implication¹³¹⁸, ou d'engagement des personnes dans leur travail ou dans une facette particulière de celui-ci¹³¹⁹, plutôt usitée en gestion des ressources humaines, reflète aussi cette volonté. D'aucuns considèrent qu'elle serait réservée aux salariés spécialisés, c'est-à-dire ceux « *détenant des compétences distinctives, une technicité, un savoir-faire* »¹³²⁰ et voulant faire des efforts pour rester dans la profession. Pourtant, encore une fois, une telle implication¹³²¹ est susceptible de se manifester dans chaque profession. La première loi « *Auroux* » du 4 août 1982 a d'ailleurs reconnu à tous les salariés, sans distinction, un « *droit à l'expression directe et collective sur le contenu et l'organisation de leur travail ainsi que sur la définition et la mise en œuvre d'actions destinées à améliorer les conditions de travail dans l'entreprise* » au sein de l'ancien article L. 461-1 du Code du travail¹³²². Plusieurs fois reformulé depuis, ce droit existe toujours dans sa substance¹³²³. C'est parce que le travail définit l'individu qu'il va s'impliquer dans la réalisation de celui-ci et développer une motivation à bien le réaliser¹³²⁴. L'implication

¹³¹⁶ Y. CLOT et M. GOLLAC, *op. cit.*, p. 133.

¹³¹⁷ Y. CLOT et M. GOLLAC, *op. cit.*, p. 135.

¹³¹⁸ Elle se traduit en anglais par l'expression de « *professional commitment* » ou « *engagement professionnel* ».

¹³¹⁹ Les cinq facettes du travail dans lesquelles les individus peuvent s'impliquer sont : la valeur travail, l'environnement immédiat de travail, le produit ou l'activité, le métier et les valeurs de l'entreprise : M. THÉVENET, *Le plaisir de travailler, Favoriser l'implication des personnes*, Les Éditions d'Organisation, 2004, p. 86.

¹³²⁰ B. CHARLES-PAUVERS et N. COMMEIRAS, *L'implication : le concept*, in *L'implication au travail*, dir. J.-P. NEVEU et M. THÉVENET, Librairie Vuibert, 2002, p. 59.

¹³²¹ L'implication serait différente de la satisfaction et de la motivation, qui est un « *déterminant personnel à l'action* », car elle serait aussi le résultat de l'expérience qu'est la relation de la personne et de son travail : M. THÉVENET, *Le plaisir de travailler, Favoriser l'implication des personnes*, Éditions d'Organisation, 2004, p. 42.

¹³²² L'article 7 de la loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, dite loi « *Auroux* », a créé l'ancien article L. 461-1 du Code du travail.

¹³²³ L'article 1^{er} de la loi n° 86-1 du 3 janvier 1986 relative au droit d'expression des salariés et portant modification du code du travail a précisé le contenu de ce « *droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail* » dans une autre phrase : « *Cette expression a pour objet de définir les actions à mettre en œuvre pour améliorer leurs conditions de travail, l'organisation de l'activité et la qualité de la production dans l'unité de travail à laquelle ils appartiennent et dans l'entreprise* ». À l'occasion de la recodification de 2007, ces deux phrases ont été reprises au sein de deux articles distincts, les articles L. 2281-1 et L. 2282-2 du Code du travail, toujours en vigueur.

¹³²⁴ La motivation au travail est « *l'ensemble des aspirations liées à l'emploi occupé par un travailleur* ». Elle se rapproche de la satisfaction mais « *comporte une confrontation de ce qui est attendu à ce qui est réellement obtenu dans l'emploi* ». Cela signifie que, si un individu peut être motivé et non satisfait de son emploi, il ne peut

représenterait alors le degré par lequel le travailleur s'identifie psychologiquement à son travail¹³²⁵, nouvelle preuve du lien entre conscience morale et psychologique. Elle évoque, à l'instar de la reconnaissance, un sentiment d'utilité, une contribution à l'entreprise et l'obtention de résultats. L'implication peut avoir lieu aussi bien dans la valeur donnée au travail par rapport aux loisirs, dans le produit fabriqué ou le service apporté, ou encore dans le métier exercé¹³²⁶. Elle rappelle ainsi le professionnalisme délibéré, prouvant que psychosociologie et gestion des ressources humaines se rejoignent dans l'entendement de cette volonté.

B. Le renforcement de la volonté dans la confrontation au réel

233. L'impossibilité de respecter scrupuleusement toutes les prescriptions... Mais l'implication ne se manifeste pas toujours là où elle est la plus attendue car il ne suffit pas de connaître ses devoirs et de vouloir agir dans les règles de l'art. En effet, elle apparaît surtout dans le cadre du travail dit « réel » parce qu'il s'accompagne forcément de la « *confrontation au réel* »¹³²⁷. Cette dimension du travail oblige l'individu à agir autrement que ce que l'organisation collective a pu prévoir¹³²⁸, en procédant à des « *compromis opératoires* »¹³²⁹,

par contre pas en être satisfait sans avoir été motivé : R. FRANCES, *Motivation et efficacité au travail*, Mardaga, 1995, p. 11.

¹³²⁵ P.C. MORROW, *Concept redundancy in organizational research : the case of work commitment*, *Academy of Management Review*, 1983. « *La personne impliquée trouve dans son expérience de travail le moyen d'être un peu plus elle-même* » : M. THÉVENET, *Politique de personnel et implication des personnes*, in *L'implication au travail*, dir. J.-P. NEVEU et M. THÉVENET, Librairie Vuibert, 2002, p. 8. « *L'engagement des salariés est une mesure du niveau d'implication émotionnelle et intellectuelle des salariés dans leur organisation. (...) Les salariés engagés consacrent un niveau élevé d'énergie discrétionnaire à ce qu'ils font. Ils sont prêts à faire un effort supplémentaire pour finir leur travail à temps et seront force de proposition pour améliorer la performance. Ils veulent que l'entreprise réussisse et ils veulent se sentir fiers de faire partie de cette réussite.* » : R. BARRETT, *L'entreprise inspirée par les valeurs, Libérer le potentiel humain pour une performance durable*, De Boeck Supérieur, 2017, p. 60.

¹³²⁶ M. THÉVENET, *art. préc.*, p. 8.

¹³²⁷ Le travail réel correspond au « *travail tel qu'il se fait* » : P.-Y. VERKINDT, *Les conditions de travail et la santé au travail dans les ordonnances du 22 septembre 2017 : faut-il mouiller son mouchoir ?*, *Dr. soc.* 2018, p. 41. Le « *réel est défini comme ce qui résiste aux connaissances, aux savoirs, au savoir-faire et d'une façon plus générale à la maîtrise* » : C. DEJOURS, *Souffrance en France, La banalisation de l'injustice sociale*, Éditions du Seuil, 2014, p. 32.

¹³²⁸ I. GERNET et C. DEJOURS, *Évaluation du travail et reconnaissance*, *Eres-Nouvelle revue de psychologie*, 2009/2, n° 8, p. 27.

¹³²⁹ En ergonomie, ce terme désigne la conciliation des exigences contradictoires que les opérateurs ont à gérer entre celles issues de l'organisation qui vise la stabilité d'une production quantitativement et qualitativement définie et celles de l'action qui impose la régulation d'un système dont les éléments sont instables : P. REYTIER, *Ergonomie au travail, Principes et pratiques*, Afnor, 2003, p. 51 ; M. NOULIN, *Ergonomie*, Octares Éditions, 2002, p. 39.

voire en commettant des infractions¹³³⁰. Il faut alors prendre la bonne décision. Cela pourrait paraître surprenant *a priori* dans la mesure où, en vertu de l'état de subordination, ça ne devrait pas être au travailleur de décider comment travailler mais à l'employeur de dicter ses ordres¹³³¹. Mais cette dichotomie ne résiste pas à la réalité et c'est justement dans le traitement de ces situations difficiles que l'engagement des travailleurs fait la différence. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'un vol est annulé et que le personnel de la compagnie aérienne doit traiter les demandes des clients mécontents¹³³². L'implication peut aussi prendre une autre forme d'attachement à l'entreprise, qui n'est pas voulue par les managers car elle conduit les personnes impliquées à considérer que ladite entreprise ne correspond pas à leur idéal. Ce décalage peut souvent s'expliquer par la contradiction qui survient entre, d'un côté, le respect des règles du métier et, de l'autre, ce qui est appelé le « *process* », ou procédure opérationnelle visant à contrôler les cadences et l'organisation du travail. Pour demeurer dans le domaine de l'aviation, tel est le cas quand un pilote de ligne, pourtant responsable de la sécurité à bord de l'appareil, est mis dans l'incapacité de procéder à toutes les vérifications de sécurité à cause des délais imposés par la compagnie¹³³³. La situation des chauffeurs de bus, qui doivent respecter scrupuleusement le code de la route tout en respectant des horaires précis, en constitue une autre illustration.

234. ...sauf à entamer une grève du zèle. La « *grève du zèle* » est un mouvement illicite, dans la mesure où les salariés ne cessent pas le travail mais appliquent, au contraire, minutieusement les consignes¹³³⁴. Le Conseiller doyen Philippe Waquet a rappelé que la

¹³³⁰ « *La caractéristique majeure du « travailler » c'est que, même si le travail est bien conçu, si l'organisation du travail est rigoureuse, si les consignes et les procédures sont claires, il est impossible d'atteindre la qualité en respectant scrupuleusement les prescriptions. En effet, les situations de travail sont grevées d'événements inattendus (...). Travailler, c'est combler l'écart entre le prescriptif et l'effectif. Or, ce qu'il faut mettre en œuvre pour combler cet écart ne peut pas être prévu à l'avance. Le chemin à parcourir entre le prescriptif et le réel doit être à chaque fois inventé ou découvert par le sujet qui travaille. (...) Comme ces prescriptions ont en général, pas toujours mais presque, un caractère normatif, bien travailler c'est toujours faire des infractions* » : C. DEJOURS, *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel, Critique des fondements de l'évaluation*, éditions Quae, 2003, p. 13-15.

¹³³¹ C. WOLMARK, *Quelle place pour le travail dans le droit du travail ?*, Dr. soc. 2016, p. 439.

¹³³² M. THÉVENET, *Politique de personnel et implication des personnes*, in *L'implication au travail*, dir. J.-P. NEVEU et M. THÉVENET, Librairie Vuibert, 2002, p. 9.

¹³³³ Cet exemple a été cité par Jean-Claude Delgènes, directeur général de Technologia, cabinet de conseil spécialisé dans la gestion des risques psychosociaux : cité in A. LACROIX et A. LE GOFF, *La morale est-elle soluble dans l'entreprise ?*, Philosophie magazine, n° 76, février 2014.

¹³³⁴ En 1997, pour faire valoir leurs réclamations sur l'amélioration de leur statut et l'indemnisation des contrôles effectués de nuit, les contrôleurs des transports terrestres ont décidé d'appliquer les diverses réglementations des transports « *de façon zélée* », ayant recours systématiquement à l'immobilisation chaque fois qu'elle est prévue : Bulletin des Transports et de la Logistique, 1997, 2723. En 1998, Le principal syndicat de pilotes d'Air France,

grève du zèle n'est pas une grève au sens jurisprudentiel puisqu'elle « *consiste précisément à travailler avec une telle conscience professionnelle que le service s'en trouve paralysé* »¹³³⁵. Mais, dans ce cas, pourquoi l'appeler la « *grève du zèle* » alors qu'il y a un « *excès de zèle* » de la part des travailleurs concernés par le mouvement ? Comme l'explique le Professeur Christophe Dejourns, le zèle est en réalité « *tout ce que les opérateurs ajoutent à l'organisation prescrite pour la rendre efficace ; tout ce qu'ils mettent en œuvre individuellement et collectivement et qui ne relève pas de l'exécution* »¹³³⁶. Pour le Professeur Alain Supiot, la grève du zèle démontre le lien indéfectible entre le travailleur et son travail puisque « *c'est la personne même du travailleur qui, en se retirant de la relation de travail, n'y laisse que le jeu mécanique de l'échange des obligations, dont l'insuffisance est dès lors dévoilée* »¹³³⁷.

235. La sanction de la grève du zèle. Ce type de mouvement ne devrait pas pouvoir être sanctionné si un « *minimum de production* » est réalisé¹³³⁸. Néanmoins, la question d'une inexécution fautive du contrat pourrait surgir dès lors que l'attitude des salariés, sous prétexte du respect exagérément consciencieux des règles, est révélatrice de lenteur manifeste et

le SNPL, a organisé une grève du zèle, appelée opération « *Casserole* » (pour « *Consigne pour l'Application Stricte de la Sécurité et de l'Économie par Refus Opiniâtre du Laisser-aller à l'Exploitation* ») : LSQ, 26 mai 1998, n° 12672. En 2016, pour protester contre la suppression d'un avantage social, la police aux frontières a décidé de procéder à l'examen très méticuleux des passeports dans les aéroports, entraînant des files d'attente de passagers et des retards de vols. Or, c'est justement dans ce contexte de grève du zèle qu'un individu recherché par Interpol depuis plusieurs mois a pu être arrêté : Le Point, *Aéroports de Paris : fin de la grève du zèle*, 13 février 2016.

¹³³⁵ Ph. WAQUET, *La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève*, RJS 3/1995, p. 139.

¹³³⁶ C. DEJOURS, *Souffrance en France, La banalisation de l'injustice sociale*, Éditions du Seuil, 2014, p. 33. Le zèle « *apparaît comme la réponse subjective apportée par l'individu pour réduire le décalage existant entre travail prescrit et travail effectif, qui ne peut être comblé que par la mobilisation de l'intelligence des salariés. Le zèle désigne alors l'intelligence individuelle à l'œuvre, qui peut prendre la forme de tricheries, de ruses et de « bidouillages » opérants. Sans le zèle, aucune production d'objets ou de service n'est possible. L'exemple de la grève du zèle en fournit la preuve par la négative : lorsque les travailleurs se bornent à suivre à la lettre les consignes et les prescriptions, le résultat inévitable est la panne de la production.* » : C. DEJOURS, I. GERNET et D. ROLO, *La souffrance psychique au travail. Comprendre les enjeux de santé du rapport subjectif au travail*, in *Les risques du travail, Pour ne pas perdre sa vie à la gagner*, dir. A. THÉBAUD-MONY, Ph. DAVEZIES, L. VOGEL et S. VOLKOFF, La Découverte, 2^{ème} éd., 2015, p. 303.

¹³³⁷ Dans ce type de « *mouvement social* », « *ce n'est pas la prestation de travail, au sens contractuel du terme, qui constitue alors l'objet de la grève, mais ce minimum d'adhésion des travailleurs aux tâches qui lui sont assignées, minimum qui échappe à la grille juridique, mais sans lequel celle-ci devient une forme vide, construction artificielle sans rapport avec la réalité des hommes au travail.* » : A. SUPIOT, *L'identité professionnelle*, in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 422 ; A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 3^{ème} éd., 2015, p. 100.

¹³³⁸ B. TEYSSIÉ, *Conflits collectifs - Grève dans le secteur privé - Conditions*, JCl. Travail Traité, LexisNexis, fasc. 70-10, 2018, n° 14.

entraîne la paralysie d'un établissement ou d'un service¹³³⁹. En effet, comme l'écrit le Professeur Bernard Teyssié, « *le zèle a pour résultat la rapide paralysie du secteur d'activité ou de l'entreprise qui, de manière quelque peu paradoxale, en souffre* »¹³⁴⁰. La jurisprudence de la Cour de cassation sur l'inexécution sanctionnée concerne davantage des cas de « *grève perlée* », à l'occasion desquelles les salariés n'accomplissent que le travail minimum requis, éloignant la conscience professionnelle¹³⁴¹. Le Conseil d'État a eu l'occasion de poser l'interdiction des grèves du zèle et de juger que ce type d'agissement peut donner lieu à une sanction disciplinaire¹³⁴². Mais, en dehors de ce cas, il existe peu de contentieux sur ce sujet précis, ce qui s'expliquerait, peut-être, par la difficulté à reprocher aux salariés d'appliquer les ordres à la lettre¹³⁴³.

236. Conclusion de section. Dans tous les cas susvisés de confrontation, il semble indispensable de permettre le dialogue¹³⁴⁴, voire la controverse, sur la consistance du travail bien fait, afin de parvenir à une définition de la conscience professionnelle – attendue des travailleurs concernés – faisant autorité. Cela est d'autant plus important que la possibilité de refuser de « *mal faire son travail* » permet de protéger la santé des travailleurs¹³⁴⁵. En effet,

¹³³⁹ *Grève du zèle*, Lamy Social 2015, dir. A DUPAYS, n° 4987.

¹³⁴⁰ B. TEYSSIÉ, *op. cit.*, fasc. 70-10, n° 14.

¹³⁴¹ Constitue une faute grave justifiant une sanction de mise à pied la « *réduction voulue* » par les salariés de leur « *rendement normal et habituel* ». En l'espèce, les salariés avaient limité leur travail au rendement correspondant à leur salaire de base, supprimant ainsi leur *boni*. Ils ont donc volontairement travaillé dans « *des conditions autres que celles pratiquées habituellement par la profession* » : Cass. soc. 22 avril 1964, Bull. civ., n° 320, JCP 1964, II, 13883, obs. B.A. Ne peut être considérée comme arbitraire la retenue opérée sur le salaire d'un salarié, reconnaissant avoir exécuté ses prestations « *sans zèle* », pour sanctionner un ralentissement de sa production, sans rechercher si ce salarié n'avait pas réduit volontairement son rythme normal et habituel de travail (le fait de n'effectuer le conditionnement que pour une pièce sur deux constitue une inexécution des obligations contractuelles, même si le salarié n'est pas payé à la pièce : Cass. soc., 23 janvier 1980, n° 78-41.578, *Société des parfums Rochas c./ N. Abaidia*, Bull. n° 63 ; JCP 1980 éd. CI, I, 8870, obs. B. TEYSSIÉ. Pour une critique de cette jurisprudence et un plaidoyer en faveur de la qualification de grève : H. SINAY et J.-C. JAVILLIER, *La grève, Tome VI, Traité de droit du travail*, dir. G. H. CAMERLYNCK, Dalloz, 1984, p. 172, n° 108.

¹³⁴² CE, 21 septembre 1992, n° 93289, *Office national des forêts*.

¹³⁴³ *Mémento social*, Éditions Francis Lefebvre, 2015, n° 10820, p. 194 ; Navis, Formulaire Social, section M - Litiges entre employeur et salariés - Grève, II, 2100.

¹³⁴⁴ Le Professeur Alain Supiot fait état à ce sujet d'un « *droit d'expression* » : « *l'expression, c'est un peu l'invention du pauvre, du salarié ordinaire dont l'œuvre ne s'inscrit pas dans un brevet ou une création, où le droit reconnaît l'expression de sa personne. Alors on lui donne la parole sur ce qu'il fait et la manière dont il le fait, avec l'intention affirmée de consacrer ainsi sa valeur de sujet, et l'espoir secret de faire profiter l'entreprise de son savoir empirique* » : A. SUPIOT, *L'identité professionnelle*, in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 423 ; A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 3^{ème} éd., 2015, p. 102.

¹³⁴⁵ Cette affirmation ici généralisée est issue d'un texte où elle est appliquée aux « *travailleurs du savoir* », c'est-à-dire ceux qui exécutent un travail purement intellectuel, donnant lieu à une production immatérielle : A.

pour reprendre la formule du Professeur Jean-Emmanuel Ray, « *bien faire son travail* » donne accès au bien-être de celui qui l'exerce puisque sa conscience professionnelle est comblée dans ses fonctions de construction, physique et morale, de l'identité au travail.

Section 2 : La reconnaissance de la conscience professionnelle

237. La question de l'existence de mécanismes juridiques adaptés. La conscience de soi passe par la reconnaissance de soi par l'autre. Ce principe s'applique aussi à la conscience professionnelle. En 2015, l'analyse des résultats d'une enquête de la DARES, intitulée « *Santé et Itinéraire professionnel* », a révélé que, parmi les différents changements de condition de travail, ceux à l'issue desquels les individus se sentent mieux reconnus et intégrés, car ils apportent pleinement leurs compétences professionnelles à l'entreprise, figurent parmi les plus rares¹³⁴⁶. Est-ce que cela signifie que l'état actuel du droit participerait à ce découragement de la conscience professionnelle au lieu de créer des conditions favorables à son expansion¹³⁴⁷ ? S'il ne semble pas risqué d'affirmer, à l'instar du Professeur Jacques Caillosse, que « *la morale professionnelle fixe des exigences dont le droit peut sanctionner l'inobservation* »¹³⁴⁸, il est permis de s'interroger sur la pertinence de son versant positif, à savoir la récompense saisie par le droit. Cependant, avant même de pouvoir procéder à la rétribution de la conscience ou à la sanction de sa défaillance (§2), il faut étudier l'ampleur de la difficulté à mesurer la conscience professionnelle (§1).

§ 1 : La mesure de la conscience professionnelle

238. Il convient de s'interroger sur l'existence d'outils ou de méthodes permettant de mesurer la conscience professionnelle, en termes de quantité et de qualité du travail fourni. Pour savoir si une telle mesure est vraiment possible, il faut s'intéresser d'abord au contrôle général de l'effectivité de l'activité professionnelle (I) puis à l'évaluation plus précise de la qualité du travail demandé (II).

¹³⁴⁶ Centre d'études de l'emploi, *Les changements des conditions de travail au fil des vies professionnelles : plus fréquents, moins favorables*, Connaissances de l'emploi, septembre 2015, n° 124 : 14.000 personnes ont été interrogées en 2006 et 2010 à propos de leur biographie professionnelle, en remontant au plus loin à 1966.

¹³⁴⁷ Pour une interrogation similaire : « *Cette relation juridique particulière ne suppose-t-elle pas au contraire que le salarié, subordonné, estime certes impossible de ne pas obéir à l'employeur dans le cadre de l'exécution de son contrat, mais inutile de se dépasser pour s'investir plus que de raison dans le travail* » : F. BOUSEZ et M. MOREAU, *Performance et relations individuelles de travail*, JCP E 1997, p. 654.

¹³⁴⁸ J. CAILLOSSE, *La « conscience professionnelle » de l'agent public entre rappels à l'ordre statutaire et exigences managériales*, La Revue administrative, 2003, n° 334, p. 350.

I : Le contrôle de l'effectivité de l'activité professionnelle

239. Les outils du contrôle. L'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail¹³⁴⁹. Il peut donc contrôler l'accès des salariés à l'entreprise ainsi que l'utilisation qu'ils font des outils mis à leur disposition. Par exemple, il peut avoir recours à un système de badges électroniques ou librement consulter les connexions internet ou la messagerie électronique de ses salariés, celles-ci étant présumées à caractère professionnel¹³⁵⁰. Le numérique peut faire évoluer les outils de contrôle de l'activité des salariés, à travers l'utilisation de « *métadonnées* » et de « *traces numériques* » qui permettent de reconstituer l'activité d'un individu travaillant sur ordinateur et autre support informatisé¹³⁵¹. Plusieurs études ont révélé qu'une surveillance trop forte de l'activité peut nuire à la productivité des salariés et dégrader les relations interpersonnelles de travail. En 2015, le CEE a publié les résultats paradoxaux d'une expérimentation menée dans un centre d'appel et consistant à mesurer l'impact d'une diminution de l'intensité de la surveillance électronique¹³⁵². Comme les salariés n'avaient plus accès en temps réel, sur leur écran, aux indicateurs de performance, la plupart d'entre eux ont augmenté leurs efforts de sorte que leur performance s'est légèrement améliorée. En revanche, la qualité de vie au travail s'est quant à elle dégradée en raison, notamment, de la présence physique plus fréquente des superviseurs sur le plateau, qui ont compensé ainsi la baisse de la surveillance électronique. Toutefois, si

¹³⁴⁹ Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 88-43.120, Bull. civ. V, n° 519. Dans son rapport relatif à cet arrêt, le Conseiller doyen Philippe Waquet rappelle que le droit de l'employeur de surveiller le travail de ses salariés est « *certain* » car « *il est l'un des critères du lien de subordination* ». Mais il souligne aussi que « *l'employeur doit proportionner son action à la situation et n'agir que d'une manière ouverte et contradictoire* » : Ph. WAQUET, *Un employeur peut-il filmer à leur insu ses salariés, rapport*, Dr. soc. 1992, p. 28. Confirmé par : Cass. soc., 7 juin 2006 n° 04-43.866 ; RJS 10/13 n° 651.

¹³⁵⁰ Sur la présomption de caractère professionnel des connexions sur des sites internet : Cass. soc., 9 juillet 2008, n° 06-45.800, Bull. civ. V, n° 150, RJS 11/08 n° 1071. Sur la présomption du caractère professionnel des courriels : Cass. soc., 16 mai 2013, n° 12-11.866, inédit, RJS 7/13 n° 503. Ces arrêts constituent des exemples de nuances que la Cour de cassation a apporté à sa jurisprudence « *Nikon* », selon laquelle « *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 (...) même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur* » : Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, *Nikon*, Bull. civ. V, n° 291 ; J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, *GADT*, Dalloz, 4^e édition, n° 70, p. 328 et s. Toutefois, les juges du droit devraient revenir à des solutions plus proches de l'arrêt « *Nikon* », au vu de la jurisprudence récente de la CEDH, qui considère que les communications d'un salarié sont potentiellement privées, y compris celles qui ne portent pas de mention « *personnel* », et doivent être protégées au titre de l'article 8 de la CESDH : CEDH, gde chambre, 12 janvier 2016, n° 61496/08, *Bărbulescu c/ Roumanie* ; comm. Y. PAGNERRE, *De Nikon à Bărbulescu*, in *Droit du travail - Chroniques*, JCP E 2018, 1274.

¹³⁵¹ CNum, *Travail Emploi Numérique, Les nouvelles trajectoires*, Rapport remis à la ministre du Travail, janvier 2016, La Documentation française, p. 26.

¹³⁵² I. GILLET, N. GREENAN et R. LE GALL, *Les effets paradoxaux de la surveillance électronique dans un centre d'appels sous-traitant*, Connaissance de l'emploi, décembre 2015, n° 126.

elle est certes plus discrète, la surveillance électronique n'en présente pas moins certains dangers, en raison de la facilité à la détourner de son objectif premier.

240. Le contrôle de l'abus. Pourtant, si elles sont susceptibles, dans certains cas, de constituer des indices de manque d'implication, la conscience professionnelle peut difficilement se résumer à la durée de présence physique du salarié sur son lieu de travail ou à celle de l'utilisation conforme de son ordinateur. Le but initial de ces outils risque alors d'être détourné pour permettre un contrôle de la personne ou de l'activité, à son insu¹³⁵³. Pour limiter ces dérives de la part de certains employeurs, son champ d'action a lui-même été limité. Ainsi, préalablement à leur installation, les systèmes de badges et les technologies de contrôle de l'activité plus sophistiquées – telles que la vidéosurveillance, la géolocalisation ou les logiciels espions – doivent être soumis à l'avis du comité social et économique¹³⁵⁴. La Commission nationale de l'informatique et des libertés (ci-après la « CNIL ») doit également être saisie dès que le moyen de contrôle présente un traitement automatisé de données nominatives¹³⁵⁵. Par exemple, un système enregistrant l'identité des salariés et leur heure d'entrée dans l'entreprise, à l'aide d'un code spécifique, doit être déclarée à la CNIL et soumis aux représentants du personnel¹³⁵⁶. À défaut de saisine de ces instances, le procédé de contrôle est illicite et l'employeur ne peut se servir des résultats obtenus contre le salarié. En revanche, la Cour de cassation paraît faire preuve de tolérance à l'égard de certains outils de contrôle non informatisés dont elle admet plus facilement la licéité. Ainsi, un rapport d'enquête constitue un mode de preuve licite, même en l'absence d'information des représentants du personnel, voire parfois des salariés eux-mêmes¹³⁵⁷. Il faut cependant que

¹³⁵³ J.-E. RAY, *Droit du travail et règles morales*, in *Éthique, déontologie et gestion de l'entreprise*, dir. H. de la BRUSLERIE, Economica, 1992, p. 108.

¹³⁵⁴ C. trav. art. L. 2312-38.

¹³⁵⁵ Article 22 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

¹³⁵⁶ Cass. soc., 2 novembre 2016, n° 15-20.540, inédit.

¹³⁵⁷ Cass. soc., 26 avril 2006, n° 04-43.582, Bull. civ. V, n° 145 ; RJS 7/06 n° 800. « *Mais attendu que le contrôle de l'activité d'un salarié, au temps et au lieu de travail, par un service interne à l'entreprise chargé de cette mission ne constitue pas, en soi, même en l'absence d'information préalable du salarié, un mode de preuve illicite* » : Cass. soc., 5 novembre 2014, n° 13-18.427, Bull. civ. V, n° 255 ; RJS 1/15 n°2. « *La position de la Cour de cassation mérite pleine et entière approbation. Lorsque l'employeur organise un service de contrôle interne, il ne fait que déléguer son pouvoir de contrôle à des agents (simplement parce qu'il ne peut pas être omniscient) ; or la délégation de son pouvoir ne saurait être assimilée à un dispositif de contrôle sous peine de considérer que le simple contrôle de l'activité par le délégant (l'employeur) constituerait, en lui-même, un tel procédé. Dans l'arrêt, la Cour de cassation insiste sur le fait que le contrôle n'avait été que « confié à des cadres » et non à des détectives privés.* » : Y. PAGNERRE, *Contrôle de l'activité du salarié, À propos de la surveillance exercée par un service interne à l'entreprise*, chron., RJS 2/15, p. 11 et s. Tel n'est en revanche pas le cas si ce contrôle implique l'enregistrement d'images ou de paroles à l'insu du salarié (Cass. soc., 20 novembre

l'enquête se déroule sur le lieu de travail et pendant le temps de travail, et qu'il soit réalisé par le supérieur hiérarchique, un service d'audit interne¹³⁵⁸ ou le cabinet d'expertise-comptable¹³⁵⁹. Enfin, de façon plus générale, il semble qu'au plus la surveillance d'un métier est intense, au moins les personnes l'exerçant se sentent reconnues, puisqu'elles ressentent d'autant plus leur manque d'autonomie¹³⁶⁰.

II : L'évaluation de la qualité du travail

241. Le juge de l'évaluation. Le droit d'évaluation de l'employeur, ou le « *jugement patronal d'aptitude* »¹³⁶¹, constitue un plus vaste pouvoir qui lui permet de jauger la qualité du travail de ses équipes, par le biais, entre autres, de l'entretien annuel d'évaluation¹³⁶². Pendant la majeure partie du 20^{ème} siècle, la Cour de cassation déclarait que le chef d'entreprise était « *seul juge des aptitudes d'un salarié à exécuter le travail pour lequel il a*

1991, *préc.*) ou la mise en œuvre d'un stratagème déloyal (Cass. soc., 18 mars 2008, n° 06-45.093, Bull. civ. V, n° 64).

¹³⁵⁸ À propos d'un audit qui n'avait pas pour but de mettre en place un nouveau moyen de contrôle des salariés mais visait à analyser l'organisation du travail pour optimiser sa nouvelle organisation Cass. soc., 12 juillet 2010, n° 09-66.339, Bull. civ. V, n° 168. À propos du contrôle de la cellule chargée d'opérer des vérifications du travail des vendeurs approvisionneurs, compte tenu des règles d'hygiène et de sécurité à respecter pour l'approvisionnement des appareils de distribution automatique en produits alimentaires et ramassage de fonds : Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11-14.241, inédit ; RJS 10/12 n° 764.

¹³⁵⁹ L'information d'une salariée sur les travaux réalisés par l'expert-comptable, avec lequel elle s'était entretenue, est suffisante pour considérer que le rapport d'audit réalisé par le cabinet d'expertise-comptable constitue un mode de preuve licite permettant de fonder son licenciement pour faute grave, car elle outrepassait ses fonctions de responsable administrative : Cass. soc. 26 janvier 2016, n° 14-19.002.

¹³⁶⁰ Les conséquences du ressenti du manque d'autonomie peuvent dépasser la sphère professionnelle et impacter la conscience politique des travailleurs. Dans une étude publiée en 2018, à partir des résultats obtenus lors de l'enquête « *Conditions de travail* » menée en 2013, la DARES a démontré une corrélation entre les communes où les travailleurs considèrent manquer d'autonomie dans leur travail et celles où l'abstention et le vote pour l'extrême-droite ont été les plus élevés à l'occasion des élections présidentielles de 2017. « *De toutes les dimensions des conditions de travail, c'est l'autonomie qui apparaît la plus fortement liée aux comportements électoraux : ceci tend à renforcer l'hypothèse d'un « effet de contagion » des schèmes comportementaux de la sphère du travail vers la sphère politique. Les conditions de travail n'ont pas seulement un effet sur la santé mentale et physique des personnes, elles peuvent aussi influencer la santé démocratique du corps social.* » : T. COUTROT, *Travail et bien-être psychologique, L'apport de l'enquête CT-RPS 2016*, DARES, Étude n° 217, mars 2018, p. 34 et s., spéc. p. 41 ; cité par I. FERRERAS, *Les salariés aspirent à un choc de compétitivité démocratique*, Le Monde, 20 avril 2018, p. 7.

¹³⁶¹ « *La qualification est reconnaissance d'une aptitude. Pourtant l'employeur est habilité, une fois cette reconnaissance intervenue, à critiquer l'aptitude du salarié et à prendre des mesures fondées sur l'appréciation ainsi portée. Un tel rappel frise la banalité. Il permet néanmoins de comprendre qu'en droit français, l'accord dont la qualification a été l'objet n'interdit nullement à l'employeur de mettre unilatéralement en cause les qualités professionnelles du salarié.* » : A. LYON-CAEN, *Le droit et la gestion des compétences*, Dr. soc. 192, p. 573.

¹³⁶² Il convient de le distinguer de l'entretien professionnel de l'article L. 6315-1 du Code du travail, « *consacré à ses perspectives d'évolution professionnelle* » et « *ne porte pas sur l'évaluation du travail du salarié* ».

été engagé », à tel point que « le juge ne saurait substituer son appréciation à celle de l'employeur sur les capacités physiques et intellectuelles du salarié, en recourant, pour ce faire, à une expertise »¹³⁶³. Dans les années 1990, celle-ci continuait d'affirmer¹³⁶⁴ que l'employeur demeure « seul juge de la valeur professionnelle »¹³⁶⁵. En 1992, l'intervention du législateur a toutefois permis que le salarié soit « expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'évaluation professionnelles mises en œuvre à son égard »¹³⁶⁶. Il contraint l'employeur à ne récolter que des informations qui ont « un lien direct et nécessaire avec l'évaluation de ses aptitudes »¹³⁶⁷ professionnelles et exige que les résultats obtenus à l'issue du contrôle de l'activité des salariés demeurent confidentiels¹³⁶⁸. Cette protection législative supplémentaire des salariés n'avait néanmoins pas vocation à remettre en cause le pouvoir de l'employeur¹³⁶⁹. En 2002, la Chambre sociale a donc confirmé que l'employeur tient « de son pouvoir de direction né du contrat de travail le droit d'évaluer le travail de ses salariés »¹³⁷⁰. Néanmoins, même si aucun article du Code du travail n'oblige directement l'employeur à évaluer ses salariés, des obligations s'imposent néanmoins à celui-ci dès l'instant où il décide de procéder à cette évaluation. En plus de l'information individuelle de chaque salarié, la mise en place d'un système d'évaluation nécessite la consultation préalable du comité social et économique¹³⁷¹, puisqu'elle constitue un aménagement important des conditions de travail, qui est susceptible d'avoir des incidences

¹³⁶³ « Mais attendu que Kervevan était seul juge du point de savoir si les services que lui rendait son comptable étaient satisfaisants ; qu'il n'était pas tenu d'établir l'insuffisance de ses capacités et qu'il ne résulte pas des motifs susénoncés que Jaffry ait rapporté la preuve qui lui incombait d'une faute commise par son employeur » : Cass. civ., 20 mai 1935, *Kervevan c. Jaffry*, D. 1935, II, p. 395. Cette jurisprudence a ensuite été confirmée par : Cass. civ., 26 juin 1935, D. 1935, II, p. 460 ; Cass. soc., 23 octobre 1941 ; JCP 1942, II, 1797, 3^{ème} espèce, obs. L.L ; Cass. soc., 13 mars 1963, Bull. civ. n° 245 ; Cass. soc., 16 juillet 1963, Bull. n° 604 ; Cass. soc., 2 décembre 1964, Bull. n°806 ; Cass. soc., 17 novembre 1966 ; Dr. ouvr. 1967, p. 170 ; Cass. soc., 27 janvier 1971, Bull. civ. n° 54.

¹³⁶⁴ Elle semblait alors affirmer d'une part qu' « il relève bien du pouvoir de l'employeur d'évaluer le salarié, de juger sa valeur » et d'autre part qu' « il lui revient de déterminer librement la manière d'opérer ce jugement (sans que le juge ne puisse substituer son appréciation à la sienne) » : P. ADAM, *Évaluation (illicite) des salariés et action collective*, Dr. ouvr. 2008, p. 585.

¹³⁶⁵ Cass. soc., 21 février 1990, n° 87-41.824, Bull. civ. V, n° 81 ; Cass. soc., 4 décembre 1991, n° 89-45.937, Bull. civ. V, n° 552.

¹³⁶⁶ L'ancien article L. 122-7, devenu L. 1222-3, a été introduit dans le Code du travail par la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992.

¹³⁶⁷ L'ancien article L. 121-6, devenu L. 1222-2, a été créé par la loi n° 92-1446.

¹³⁶⁸ L'ancien article L. 121-7, devenu L. 1222-3, a été créé par la loi n° 92-1446.

¹³⁶⁹ « Gérer l'emploi c'est rechercher régulièrement qui doit être affecté à tel poste de travail, après étude de son potentiel (...) elles (les directions d'entreprise) se doivent de tenir à jour l'état de compétence de chaque salarié et de l'améliorer » : G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, La Documentation française, 1992, p. 131.

¹³⁷⁰ Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-42.368, inédit ; RJS 10/02, n° 1066.

¹³⁷¹ C. trav. art. L. 2312-8.

sur la carrière des salariés et peut générer un stress chez ces derniers¹³⁷². Par ailleurs, et cela constitue une garantie d'objectivité supplémentaire, le travailleur doit pouvoir avoir accès aux résultats de son évaluation¹³⁷³, comme le recommande la CNIL¹³⁷⁴.

242. Les critères de l'évaluation. Avec le passage du travail manuel au travail intellectuel, « à l'obligation de moyens classiquement appliquée au salarié se substitue une obligation de résultat (ex : contractualisation des objectifs), considérée jusqu'à présent comme le propre de l'indépendant »¹³⁷⁵. Toutefois, être consciencieux ne veut pas seulement dire avoir un bon rendement mais c'est aussi fournir un travail de qualité et adopter une attitude bénéfique pour l'entreprise, en lien avec les obligations découlant du contrat de travail, telles que la fidélité ou la loyauté¹³⁷⁶. Il faut alors s'interroger sur la manière la plus juste de mesurer ce comportement. De surcroît, à la lumière de la jurisprudence, l'employeur doit déterminer des critères d'évaluation qui soient suffisamment tangibles. À ce titre, il peut assigner des objectifs chiffrés à ses salariés, afin de mesurer leur productivité, à condition qu'ils soient sérieux, préalables, déterminables et vérifiables¹³⁷⁷. L'employeur doit aussi être vigilant concernant le choix des critères « comportementaux ». Des critères tels que le « *focus client* »¹³⁷⁸ ou le fait de « *penser de façon stratégique* »¹³⁷⁹, qui permettraient de révéler l'adhésion

¹³⁷² Pour un exemple d'arrêt rendu à l'époque du CHSCT : « *Mais attendu qu'ayant relevé que (...) les modalités et les enjeux de l'entretien étaient manifestement de nature à générer une pression psychologique entraînant des répercussions sur les conditions de travail, c'est sans encourir les griefs du moyen que la cour d'appel a exactement décidé que le projet de l'employeur devait être soumis à la consultation du CHSCT* » : Cass. soc., 28 novembre 2007, n° 06-21.964, Bull. civ. V, n° 201 ; RJS 2/08 n°135 ; P. ADAM, *Risques psychosociaux et consultation du CHSCT : aujourd'hui l'entretien annuel d'évaluation ; et demain ?*, RDT 2008, p. 180.

¹³⁷³ Par exemple, au sein des ministères sociaux, le compte-rendu d'évaluation, comportant les détails de l'entretien et les appréciations du travail de l'agent par sa hiérarchie, peut faire l'objet de plusieurs allers-retours entre les parties avant d'être définitivement signé et envoyé aux services des ressources humaines.

¹³⁷⁴ CNIL, délib. 8 mars 2007, communiqué du 13 avril 2007.

¹³⁷⁵ J.-E. RAY, *De Germinal à Internet : une nécessaire évolution du critère du contrat de travail*, Dr. soc. 1995, p. 634.

¹³⁷⁶ « *L'évaluation n'a pas pour but de tracer un portrait psychologique du salarié. C'est pourquoi les questions et les investigations ne doivent concerner que les qualités professionnelles. On peut admettre toutefois que, lorsque le recrutement concerne un poste de responsabilité, des éléments touchant à la personnalité peuvent être évoqués* » : Ph. WAQUET, *L'évaluation des salariés*, SSL 2003, n° 1126, p. 7.

¹³⁷⁷ CA Versailles, 24 avril 2003 n° 01-4025, *Delecroix c/ SARL Legato Systems France*.

¹³⁷⁸ Plus précisément, en l'espèce, le nouveau système d'évaluation des salariés – en grande majorité des journalistes dans le domaine juridique et fiscal – prévoyait une notation sur un « *plan de développement professionnel* » et un « *plan individuel de développement* » comprenant six valeurs d'entreprise déclinées en douze comportements. Parmi ces comportements, en plus du focus client, se trouvaient l'innovation et la responsabilité. Après avoir insisté sur « *la difficulté à les quantifier* », le juge a décidé que « *la multiplication des critères comportementaux détachés de toute effectivité du travail accompli implique la multiplication de performances à atteindre qui ne sont pas dénuées d'équivoque et peuvent placer le salarié dans une insécurité préjudiciable* » : TGI Nanterre, 5 septembre 2008, n° 08-5737 ; RJS 11/08 n° 1069 ; P.-Y. VERKINDT,

des salariés aux valeurs de l'entreprise alors qu'elle n'est pas « *de tendance* »¹³⁸⁰, ont été jugés trop complexes à appréhender et présentant un risque de subjectivité trop important. À l'inverse, le choix d'une société filiale d'un grand groupe américain de retenir des critères relatifs à la « *clairvoyance* » et à l'« *imagination* » des salariés a été validé par la cour d'appel de Versailles¹³⁸¹. Au sujet d'une autre filiale de ce groupe, la même juridiction a également jugé licite un système d'évaluation basé notamment sur l'autoévaluation¹³⁸², considérant qu'il permet aux salariés de faire état des difficultés qu'ils peuvent rencontrer dans leur activité¹³⁸³. Les organisations syndicales avaient pourtant obtenu gain de cause en première instance, en faisant valoir qu'un tel système masquait l'évaluation de la personnalité du salarié à travers sa capacité à se valoriser¹³⁸⁴ et que le critère de l'adaptabilité n'était autre que celui du « *courage* », rebaptisé ainsi pour se conformer au droit français. En effet, la cour d'appel de Toulouse avait auparavant considéré comme illicite le critère fondé sur l'appréciation du courage du salarié car il s'agit d'un critère imprécis à « *connotation morale* », appelant chez l'évaluateur un jugement nécessairement subjectif¹³⁸⁵. Or, dans le système d'évaluation invalidé, l'évaluateur était incité à mieux noter le salarié qui adhérait fortement aux valeurs de l'entreprise, même s'il n'avait pas atteint ses objectifs, que le salarié ayant réalisé ses objectifs mais dont le comportement laisse à désirer.

L'évaluation du salarié sous le regard du juge, Dr. soc. 2009, p. 48 ; P. ADAM, *art. préc.*, p. 585 ; A. LYON-CAEN, *L'évaluation des salariés*, D. 2009, p. 1124.

¹³⁷⁹ TGI Paris, 6 mars 2012, n° 11-15.323, *Fédération nationale des syndicats du personnel d'encadrement des industries chimiques, parachimiques et connexes CFE-CGC et a. c/ Sté Sanofi-Aventis France* ; RJS 6/12 n° 518.

¹³⁸⁰ « *Enfin, la décision est traversée par une inquiétude créée par l'importance attribuée par l'entreprise à des critères exprimant l'adhésion des salariés à ses valeurs et aux comportements qui pourraient la révéler. Tour à tour sont signalés, par le jugement, le risque de subjectivité, la difficulté de les quantifier, les écarts avec l'impartialité... Cette inquiétude invite à un retour à la loi et à l'effort qu'elle traduit, quand circonscrivant aux seules aptitudes professionnelles la sphère licite de l'évaluation, elle interdit son intrusion dans une sphère personnelle* » : A. LYON-CAEN, *art. préc.*, p. 1124.

¹³⁸¹ TGI Versailles, 28 octobre 2010, n° 10/00270 ; CA Versailles, 2 octobre 2012, n° 12-00.276 ; RJS 1/13 n° 4.

¹³⁸² CA Versailles, 19 décembre 2014, n° 13-03.952 ; RJS 3/15, n° 170 ; LSQ n° 16758, 23 janvier 2015.

¹³⁸³ L'importance de la controverse sur la consistance du travail bien fait refait ici surface : *cf. supra* n° 236.

¹³⁸⁴ Les syndicats considéraient aussi que le critère de l'esprit d'analyse et de synthèse cachait celui autrefois appelé « *clairvoyance* », bien que déjà validé auparavant par les juges du fond : TGI de Nanterre, 2^{ème} ch., 12 sept. 2013, n° 11-12.781.

¹³⁸⁵ En plus du caractère subjectif, la Cour a relevé que tous les cadres n'ont pas forcément accès aux informations leur permettant de comprendre les enjeux de la vision à long terme des dirigeants : CA Toulouse, 21 septembre 2011, n° 11-00.604, RJS 12/11 n° 930.

243. Le classement des travailleurs évalués. Une fois les critères appliqués et les résultats de l'évaluation connus, l'employeur peut être tenté de classer ses salariés en appréciant leur performance les uns par rapport aux autres. La méthode n'est pas interdite en soi¹³⁸⁶, à condition qu'elle ne repose pas sur des quotas préétablis impératifs ou « *forced ranking* »¹³⁸⁷ et que les salariés concernés ne soient pas placés en perpétuelle compétition¹³⁸⁸. Il faut admettre qu'en évaluant le travail, c'est aussi le travailleur qui est évalué¹³⁸⁹. Dès lors, pour que l'employeur puisse en tirer des conséquences en termes de rétribution¹³⁹⁰, les systèmes d'évaluation doivent être assortis de garde-fous et se recentrer sur le travail réel¹³⁹¹. À

¹³⁸⁶ CA Grenoble, 13 novembre 2002, n° 02-02794, *Syndicat CFDT syndicat de la métallurgie Sud-Isère c/ SA Hewlett Packard* ; RJS 3/03 n° 307.

¹³⁸⁷ Cass. soc., 27 mars 2013, n° 11-26.539, *Comité d'entreprise de la Sté Hewlett Packard France c/ Sté Hewlett Packard France*, Bull. civ. V, n° 85 ; RJS 6/13 n° 425 ; rejetant le pourvoi contre : CA Versailles, 8 septembre 2011, n° 10-00.567 ; RJS 11/11 n° 853.

¹³⁸⁸ CA Lyon, 21 février 2014, n° 12-06988, RJS 5/14 n° 367 ; infirmant : TGI Lyon, 4 sept. 2012, n° 11-05.300.

¹³⁸⁹ P. ADAM, *art. préc.*, p. 585. « *Mais l'évaluation du travail, de ses résultats, emporte celle de la qualité professionnelle et ce « jugement patronal d'aptitude » (A. Lyon-Caen) est-il autre chose qu'un jugement de la personne ?* » : J.-C. SCIBERRAS et N. SANDRET, *À quoi sert l'évaluation des salariés ?*, RDT 2008, p. 498. Il n'est « *pas aisé de dire si l'évaluation porte sur l'activité, les qualités professionnelles ou la personne même du salarié* » : A. LYON-CAEN, *art. préc.*, p. 1124. Ainsi, « *le glissement vers une évaluation des compétences s'accompagne en même temps d'une personnalisation de la démarche évaluative et d'une subjectivisation de cette démarche car les compétences ou les aptitudes (acquises, requises ou nécessaires) ne sont plus du seul ordre du « faire » mais sont aussi de l'ordre de l'« être ».* » : P.-Y. VERKINDT, *L'évaluation du salarié sous le regard du juge*, Dr. soc. 2009, p. 48. « *Pourtant, de l'évaluation des aptitudes à l'évaluation des êtres, il n'y a qu'un pas. (...) Le contrôle judiciaire s'exercera donc sur les critères d'évaluation, afin de vérifier qu'ils ne portent en eux, directement ou indirectement, aucun motif illégitime de différenciation* » : S. VERNAC, *L'évaluation des salariés en droit du travail*, D. 2005, p. 924. L'administration admet cette confusion lorsqu'elle écrit : « *L'appréciation de la capacité professionnelle du candidat ou du salarié s'étend à ses compétences, à ses connaissances techniques mais aussi à ses facultés d'adaptation, son aptitude à s'intégrer dans une équipe ou à l'animer, ses potentialités à évoluer vers d'autres emplois dans l'entreprise et porte sur les éléments de personnalité du candidat permettant d'apprécier ses qualités* » : Circ. DRT n° 93-10 du 15 mars 1993 relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles [BOMT n° 93/10, texte 412]. La circulaire est consultable en tant qu'Annexe 2 de l'article : J. GRINSNIR, *Les dispositions nouvelles relatives « au recrutement individuel et aux libertés individuelles » (Loi du 31 décembre 18992)*, Dr. ouvr. 1993, p. 237.

¹³⁹⁰ Peu de temps après l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1992, des craintes ont été formulées à son sujet : « *le texte ne dit pas clairement que ces méthodes d'évaluation, pour rigoureuses soient-elles, doivent être limitées au cas où un salarié se verrait proposer (ou solliciterait) une évolution significative et positive de sa situation professionnelle. N'ouvrent-elles pas la porte à une pratique d'intimidation consistant, soit sous couvert d'amélioration de la productivité ou de la qualité des prestations de l'entreprise, ou soit en cas de perspective de compression des effectifs, à permettre à l'employeur de justifier que, même pour rester au poste déjà occupé, on puisse vu les difficultés « choisir les meilleurs » ?* » : J. GRINSNIR, *Les dispositions nouvelles relatives « au recrutement individuel et aux libertés individuelles » (Loi du 31 décembre 18992)*, Dr. ouvr. 1993, p. 237.

¹³⁹¹ « *Avec l'évaluation individualisée des performances, le salarié est seul, confronté à un jugement sur son travail. Avec comme facteur aggravant le fait que, souvent, cette évaluation n'est pas pratiquée par un supérieur hiérarchique qui connaît le travail réel parce qu'il y a lui-même été confronté et qui serait en mesure de porter un jugement ayant du sens en termes de métier. Souvent, les hiérarchiques ne sont pas des gens du métier et ne connaissent pas le travail réel. Les critères d'évaluation sont devenus des critères quantitatifs, ne prenant en compte ni la réalité du travail, ni les moyens mis à disposition. Des critères servant à définir des objectifs qu'il est difficile de discuter en tant qu'évalué, car ils viennent d'ailleurs, de la direction générale* » : N. SANDRET, *Le potentiel destructeur de l'évaluation individualisée des performances*, RDT 2008, p. 501. Sur le concept de travail réel : cf. *supra* n° 233 et s., cf. *infra* n° 278 et 372.

défaut, s'ils reposent sur des critères subjectifs ou des procédures non contradictoires, ces dispositifs ne peuvent qu'entraîner une ambiance délétère au sein de la collectivité de travail, voire, dans les cas les plus graves, une remise en cause de l'identité professionnelle de l'individu¹³⁹².

§ 2 : La rétribution de la conscience professionnelle

244. La mesure de la conscience professionnelle apparaît indispensable pour que l'employeur puisse justifier objectivement ses choix de rétribution, en termes de rémunération et de promotion, sans craindre d'accusation de différence injustifiée de traitement¹³⁹³ voire de discrimination¹³⁹⁴. La Cour de cassation considère en effet qu'une différence de rémunération peut être justifiée par la différence de qualité du travail réalisé¹³⁹⁵. La rémunération n'est toutefois que l'un des leviers d'action parmi ceux susceptibles de récompenser la conscience professionnelle **(II)**, ou d'en sanctionner la défaillance **(I)**.

I : La répression de la défaillance de la conscience professionnelle

245. Les conséquences du manque de conscience professionnelle varient selon qu'il est considéré, par l'employeur et sous réserve de la validation des juges, comme une insuffisance professionnelle **(A)** ou une véritable faute **(B)**.

A. La répression d'une insuffisance professionnelle

246. De l'insuffisance de résultats... Il faut ici s'intéresser à la situation du travailleur qui n'est pas, ou plus, animé par une conscience professionnelle suffisante, et non au cas de celui dont la conscience professionnelle, pourtant bien présente, serait niée par sa hiérarchie, dans

¹³⁹² N. SANDRET, *art. préc.* ; P. ADAM, *art. préc.*, p. 585.

¹³⁹³ L'articulation entre les résultats de l'évaluation professionnelle et d'éventuelles augmentations de salaire n'est pas critiquable : CA Versailles, 2 octobre 2012, n° 12-00276, *Association CHSCT de la Sté GE medical systems* ; RJS 1/13 n° 4, préc.

¹³⁹⁴ L'article L. 1321-3 du Code du travail prévoit que le règlement intérieur ne peut contenir « *des dispositions discriminant les salariés dans leur emploi ou leur travail, à capacité professionnelle égale* » en raison des divers motifs prévus. Cette référence à la capacité professionnelle a été introduite par la loi n° 82-689, dite *Auroux*, du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise.

¹³⁹⁵ Cass. soc., 30 avril 2003, n° 00-46.439, *Gueret c/ Association parisienne de propriétaires d'appareils à vapeur électrique*, inédit ; Cass. soc., 8 novembre 2005, n° 03-46.080, *De Souza c/ Sté Saint-Jacques hôtel*, inédit ; RJS 1/06 n° 47.

le cadre d'une action de « *placardisation* ». Il convient de se demander par quels biais possibles l'employeur pourrait punir cette conscience défaillante. Il est fort probable que le travailleur qui effectue sa tâche sans conscience professionnelle ne sera pas en mesure d'obtenir les résultats escomptés et pour lesquels il a pu être embauché. Toutefois, il est de jurisprudence constante que l'insuffisance de résultats ne peut justifier un licenciement¹³⁹⁶. En revanche, elle peut donner lieu, en particulier dans les entreprises d'une certaine dimension, à la mise en place d'un accompagnement professionnel, plus ou moins personnalisé du salarié et censé l'aider à redresser la barre de son activité¹³⁹⁷. Si malgré cet accompagnement, ni la quantité ni la qualité du travail ne s'améliorent, le salarié a alors plus à craindre pour son avenir dans l'entreprise.

247. ...à l'insuffisance professionnelle. En effet, le risque est que l'accumulation de l'insuffisance des résultats débouche sur une insuffisance professionnelle qui constitue, quant à elle, une cause réelle et sérieuse de licenciement¹³⁹⁸. Le Président de la Chambre sociale de la Cour de cassation, Jean-Yves Frouin a défini l'insuffisance professionnelle comme « *l'incapacité durable et objective – non fautive – d'un salarié à accomplir normalement, correctement, la prestation de travail pour laquelle il a été embauché* », « *le normalement et le correctement devant s'entendre de ce qu'on est fondé à attendre d'un salarié moyen ou ordinaire* » (*transposition du bon père de famille*) employé pour le type d'emploi dont il s'agit »¹³⁹⁹. Certes, « *l'employeur doit démontrer la déviance du comportement du salarié par rapport à la norme, c'est-à-dire au comportement d'un salarié normalement diligent* »¹⁴⁰⁰.

¹³⁹⁶ « *Mais attendu que si l'insuffisance de résultats ne peut constituer en soi une cause de licenciement, la cour d'appel qui a constaté, d'une part, le caractère réaliste des objectifs fixés par l'employeur, et, d'autre part, que le fait de ne pas avoir atteint les objectifs résultait d'une insuffisance professionnelle des salariées, n'avait pas à relever une faute du salarié pour décider que le licenciement avait une cause réelle et sérieuse* » : Cass. soc., 13 janvier 2004, n° 01-45.931 et 01-45.932, Bull. civ. V, n° 3 ; M. HAUTEFORT, *De mauvais résultats peuvent fonder un licenciement en dehors de toute faute du salarié*, JSL 2004, n° 941.

¹³⁹⁷ Celui-ci peut, malheureusement parfois, être parodique et instauré comme préalable à une procédure de licenciement.

¹³⁹⁸ Cass. soc., 25 février 1985, n° 84-40.446, *Bessière c/ Sté Hughes Tool*.

¹³⁹⁹ Dans son intervention et dans l'article qui en a été tiré, l'auteur énonce que ce qui est habituellement désigné sous l'expression d'insuffisance professionnelle appartient à la notion plus large d'inaptitude professionnelle, qui comprend également l'hypothèse du salarié dont l'inaptitude est liée à l'évolution de son emploi et celle du salarié qui ne peut être reclassé dans le cadre d'une procédure de licenciement économique car il est inapte aux postes disponibles. Ces deux derniers cas ne correspondent pas à l'insuffisance professionnelle telle qu'étudiée ici car ils emportent une large part de responsabilité de l'employeur qui doit assurer l'adaptation de ses salariés à leur poste de travail en vertu de l'article L. 6321-1 du Code du travail : J.-Y. FROUIN, *Inaptitude et perte d'emploi*, in *Journées Michel Despax « L'Emploi »*, dir. J. PÉLISSIER et A. ARSEGUÉL, Actes de colloque n°3, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 41.

¹⁴⁰⁰ A. CHIREZ, *Notation et évaluation des salariés*, Dr. ouvr. 2003, p. 309.

C'est ensuite au juge qu'il appartient d'apprécier l'existence d'une insuffisance professionnelle, sans qu'elle ne puisse être définie contractuellement au préalable¹⁴⁰¹.

248. Le critère de l'absence de volonté de « mal faire son travail ». Toutefois, l'insuffisance professionnelle relève d'un comportement involontaire, alors que la conscience professionnelle traduit une véritable volonté. Or, l'intention du salarié est aussi la raison pour laquelle les juges distinguent nettement l'insuffisance professionnelle de la faute¹⁴⁰². Pour la Cour de cassation, l'insuffisance professionnelle ne présente pas un caractère fautif¹⁴⁰³. L'employeur ne doit pas tenter de mélanger les genres, au risque qu'un licenciement sans cause réelle et sérieuse lui soit imputé¹⁴⁰⁴. Il ne peut pas non plus sanctionner un salarié en raison d'une productivité insuffisante, alors qu'il n'avait pas respecté l'avis du médecin du travail préconisant de lui fournir un poste compatible avec les recommandations formulées¹⁴⁰⁵. Les juges du fond sont également sanctionnés s'ils ne respectent pas cette

¹⁴⁰¹ Cass. soc., 14 novembre 2000, n° 98-42.371, Bull. civ. V, n° 367 ; note de Ph. WAQUET, *Licenciement. Clause d'objectifs. Appréciation par le juge de leur caractère réaliste et de l'existence d'une faute du salarié*, Dr. soc. 2001, p. 99.

¹⁴⁰² Néanmoins, il fut un temps où une partie de la doctrine avait opposé les notions de faute disciplinaire et de faute « professionnelle ». Dans cette optique, la négligence du salarié dans l'exécution de son travail, sans qu'il n'y ait violation d'une règle de discipline, aurait dû être considérée comme une faute « professionnelle » et « contractuelle » mais pas une faute disciplinaire : J. PÉLISSIER, *Le licenciement disciplinaire*, Dr. soc. 1992, p. 751. « La notion de faute professionnelle évoque habituellement une erreur (délibérée ou non) commise ponctuellement dans la réalisation des travaux, mais ne préjugeant en rien des compétences générales et habituelles du salarié ». Elle est à distinguer de la faute disciplinaire et de l'« insuffisance ou incapacité professionnelle » qui « désigne une absence, sinon totale, du moins rédhitoire car générale et durable de la qualification requise pour occuper un emploi déterminé » : P. ENCLOS, *Les fautes professionnelles et disciplinaires, motifs de licenciement de salariés en formation alternée*, Dr. soc. 1991, p. 131.

¹⁴⁰³ Cass. soc., 7 novembre 1984, n° 82-41.490, Bull. civ. V, n° 416 ; « Attendu qu'en statuant ainsi (...), le conseil de prud'hommes qui n'a pas indiqué en quoi la mauvaise qualité du travail fourni par le salarié procédait d'un comportement fautif de sa part, n'a pas donné de base légale à sa décision » : Cass. soc., 4 décembre 1986, n° 85-40.085, Bull. civ. V, n° 580 ; Cass. soc., 22 janv. 1991, n° 87-42.844, Bull. civ. V, n° 35 ; « Mais attendu que, (...), la Cour d'appel a constaté que la rétrogradation, qui n'avait pas de caractère disciplinaire, était motivée par l'insuffisance professionnelle du salarié » : Cass. soc., 22 juin 1994, Dr. soc. 1994, p. 801 ; Cass. soc., 9 mai 2000, n° 97-45.163, Bull. civ. V, n° 170 ; Cass. soc., 13 janvier 2004, *préc.*, cf. *supra* note n° 1396.

¹⁴⁰⁴ « Mais attendu, d'abord que, (...) la cour d'appel, qui a constaté que la mutation de la salariée dans un autre atelier et à un autre emploi soumis à un contrôle des cadences était motivée par sa lenteur et sa dissipation, d'où il résultait que la mesure avait été prise par l'employeur à la suite d'un comportement qu'il avait considéré comme fautif et qu'elle avait affecté immédiatement la fonction de l'intéressée, a pu en déduire, sans avoir à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, que ladite mesure constituait une sanction disciplinaire (...) Attendu, ensuite, que (...) la cour d'appel ayant relevé que l'employeur avait sciemment maintenu M^{me} Redjal à un poste qu'elle était incapable de tenir, a caractérisé un abus de droit, de sorte que l'insuffisance de résultats de l'intéressée dans l'accomplissement de ses nouvelles fonctions ne pouvait constituer une cause sérieuse de licenciement » : Cass. soc., 29 mai 2002, n° 00-40.996, inédit ; note de F. DUQUESNE, *Mutation. Inaptitude professionnelle. Fixation d'objectifs. Inaptitude de résultats (oui). Adaptation du salarié à l'évolution de son emploi (non). Abus de droit (oui)*, Dr. soc. 2002, p. 779.

¹⁴⁰⁵ « Et attendu que la cour d'appel, après avoir relevé que les réserves du médecin du travail étaient de nature à expliquer l'insuffisance de résultats reprochée au salarié, a constaté que l'employeur, qui ne pouvait ignorer

frontière, à l'instar d'une cour d'appel validant le licenciement pour faute grave d'un salarié ayant manifesté un désintérêt et un manque d'implication dans ses fonctions, motifs insuffisants à caractériser une telle faute¹⁴⁰⁶. Ce désintérêt et ce manque d'implication pourraient pourtant être perçus comme des signes d'une moindre conscience professionnelle, mais à un degré qui ne permet pas la rupture du contrat de travail pour faute. À l'inverse, dès qu'il y a abstention volontaire ou mauvaise volonté délibérée, il ne s'agit plus d'insuffisance professionnelle mais de faute¹⁴⁰⁷.

B. La répression d'une faute professionnelle

249. L'avis de la doctrine. Il existe des exemples jurisprudentiels d'absence de conscience professionnelle considérée comme une faute pouvant faire l'objet d'une sanction. Or, selon le Professeur Marcel Planiol, comme la faute est « *un manquement à une obligation préexistante* »¹⁴⁰⁸, la conscience professionnelle serait donc assimilée à une véritable obligation découlant de la relation de travail entre l'employeur et le salarié. Avec le Professeur Ripert, ils ont d'ailleurs écrit en 1932 que l'obligation d'exécuter le travail de l'« *employé* » comprend celle d'« *exécuter son travail avec conscience* »¹⁴⁰⁹. Cela signifie qu'il doit user du matériel confié par le « *patron* » avec soin et qu'il est responsable de toute dégradation dudit matériel causé par sa faute ou sa négligence. Cette responsabilité ne disparaît que « *si le*

les difficultés qu'il rencontrait, n'avait pas cherché à lui fournir un poste compatible avec les recommandations du médecin » : Cass. soc., 19 décembre 2007, n° 06-43.918, Bull. civ. V, n° 216 ; note A.M., Dr. ouvr. 2008, p. 343.

¹⁴⁰⁶ Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-41.680, *Piteau c/ Sté Cartonnerie de la Boème*, inédit.

¹⁴⁰⁷ L'erreur de manipulation d'un boulanger ayant provoqué la perte de la marchandise ne révèle pas une insuffisance professionnelle mais une faute, si bien que la procédure disciplinaire aurait dû être respectée : Cass. soc., 13 décembre 1989, n° 86-42.988, inédit. Le licenciement motivé par l'avertissement précédent, par des retards réitérés et des absences non motivées, par un comportement désinvolte et l'introduction de personnes étrangères dans l'établissement possède un caractère disciplinaire et ne relève pas d'une « *exécution défectueuse du contrat de travail* » : Cass. soc., 8 mars 1990, n° 88-40.770, Bull. civ. V, n° 113. « *Mais attendu que la cour d'appel, (...) a retenu que ces griefs relevaient, à défaut de mauvaise volonté délibérée, d'une insuffisance professionnelle* » : Cass. soc., 27 novembre 2013, n° 11-22.449, *Sté des eaux de Saint-Géron c/ Gilibert*, inédit ; RJS 2/14 n° 108.

¹⁴⁰⁸ En effet, « *une personne ne peut être en faute, si elle n'était tenue de rien avant l'acte qu'on lui reproche (...) si la faute est nécessairement la violation d'une règle, cette règle est tantôt d'ordre juridique et tantôt d'ordre pratique (...) l'obligation violée par l'acte appelé « faute » peut-être indifféremment une obligation légale ou une obligation conventionnelle (...)* » : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, 2. *Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1909, p. 280.

¹⁴⁰⁹ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome XI Contrats civils, LGDJ, 1932, n° 843, p. 78 (il est précisé au début de l'ouvrage que le Professeur André Rouast a collaboré à rédaction de la partie relative au contrat de travail).

patron avait embauché l'ouvrier pour un travail dépassant ses forces ou son habileté, ou s'il connaissait son inexpérience »¹⁴¹⁰. Ce point de vue est partagé par les Professeurs Paul Durand et Guillaume-Henri Camerlynck. En 1950, Paul Durand écrit que « *le salarié doit exécuter le contrat de travail avec conscience* » et précise que « *l'employeur peut attendre du travailleur une capacité professionnelle et une conscience moyenne* »¹⁴¹¹, ce qui représente selon lui le « *degré de diligence exigé du salarié* ». Il ajoute que « *toutes les fautes commises par lui, depuis la simple négligence jusqu'à l'acte intentionnellement nuisible, constituent des violations de son obligation* » et « *l'exposent à des sanctions disciplinaires* »¹⁴¹². En 1968, le Professeur Guillaume Henri Camerlynck a confirmé cette théorie en énonçant que l'exécution non « *consciencieuse* » de la prestation de travail est un manquement à l'obligation de faire qu'elle représente¹⁴¹³. Après la promulgation de la loi n° 82-689 du 4 août 1982 et « *dans l'attente de la jurisprudence* », l'administration du travail avait elle-même conseillé « *d'assimiler à une sanction, du point de vue des garanties applicables, toutes les mesures prises sur le fondement de l'incapacité professionnelle, qui sont assorties d'une modification substantielle du contrat et, a fortiori, une mesure de licenciement* »¹⁴¹⁴. L'idée d'une véritable obligation de diligence de la part du salarié, assortie de sanction à défaut d'être respectée, a

¹⁴¹⁰ Dans un arrêt de 1892, la Chambre des Requêtes de la Cour de cassation constatait non seulement, à l'instar du tribunal, qu'il n'y avait pas eu de faute commise mais que, en outre, le maître de l'ouvrier s'était montré imprudent puisqu'il « *connaissait, quand il l'avait choisi, l'insuffisance de ses aptitudes pour ce genre de travail* » : Cass. Req. 15 février 1892, D. 1892, 1, 364 ; S. 1892, 1, 143.

¹⁴¹¹ Aussi, « *le travailleur est tenu d'exécuter le contrat en bon père de famille, conformément à l'art. 1137 du Code civil* » mais cette règle serait supplétive si bien que « *les contractants peuvent imposer au débiteur des obligations plus ou moins rigoureuses* ». Dès lors, le degré de conscience attendu de la part de l'ouvrier « *hautement qualifié* » ou de celui bénéficiant d'un « *salaire plus élevé que le salaire courant* » serait plus élevé que celui attendu de la part du travailleur dont les « *négligences professionnelles* » ou la « *moindre capacité* » seraient connues de l'employeur. De même, après la période d'essai, l'employeur ne peut attendre une diligence plus grande de la part du salarié définitivement embauché, sans que cela ne constitue pour autant une « *immunité complète* » : P. DURAND, *Traité de droit du travail*, tome II, Dalloz, 1950, n° 317 bis, p. 584.

¹⁴¹² Parmi les fautes possibles, il cite la mauvaise exécution matérielle du travail (tel le chauffeur de camion ayant roulé sans vérifier le niveau d'huile), la conclusion imprudente de contrats par un représentant de commerce, le ralentissement du travail en cas de grève perlée, l'inexécution complète de la tâche par le salarié mais également la détérioration du matériel. Les sanctions vont quant à elles de la réduction de salaire au congédiement, en passant par une condamnation à dommages-intérêts : P. DURAND, *Traité de droit du travail*, tome II, Dalloz, 1950, n° 317 bis, p. 584.

¹⁴¹³ Cette exécution défectueuse, qui, selon ce dernier, peut prendre la forme de « *malfaçons, détériorations du matériel confié, ou gaspillage de matières premières* », serait une infraction à l'ancien article 1137 du Code civil, devenu, mais avec une formulation différente l'article 1197. Or, en vertu de cet article, le travailleur – comme tout débiteur – a une obligation de veiller à la conservation de la chose, à laquelle il doit apporter tous les soins d'un bon père de famille : G. H. CAMERLYNCK, *Contrat de travail, Tome I, Traité de droit du travail* (dir. G. H. CAMERLYNCK), Dalloz, 1968, p. 200, n° 113.

¹⁴¹⁴ Avant de formuler ce conseil, les auteurs de la circulaire s'interrogent : « *la question se pose donc de savoir si une inaptitude professionnelle qui ne serait pas la conséquence d'un comportement volontaire du salarié peut justifier une sanction.* » : Circulaire DRT du 15 mars 1983 (n° 5-83), objet : application des articles 1 à 5 de la loi du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise ; *Annexe III, Les Réformes VII*, Dr. soc. 1983, p. 573.

perduré jusque dans les années 1990¹⁴¹⁵. Dans la doctrine contemporaine, la notion est plus diffuse¹⁴¹⁶.

250. Le traitement en jurisprudence. Dans l'arrêt « *Boissonnard* » de 1958¹⁴¹⁷ et d'autres arrêts des années 1960¹⁴¹⁸, la Chambre sociale de la Cour de cassation n'admettait la responsabilité du salarié qu'en cas de démonstration d'une faute lourde, équivalente au dol. Sans mentionner la conscience professionnelle, bien que l'intéressé en fût visiblement dépourvu, la cour d'appel de Bordeaux a jugé en 2016 que la sieste d'un pompier, affecté à la

¹⁴¹⁵ En 1995, le Professeur Danielle Corrigan-Carsin écrit toujours qu'« *exécuter loyalement, ce n'est pas seulement exécuter avec fidélité, c'est également exécuter utilement, c'est-à-dire avec diligence* » : D. CORRIGAN-CARSIN, *Loyauté et droit du travail*, in *Mélanges en l'honneur d'Henri Blaise*, Economica, 1995, p. 125, spéc. p. 137, § 23 *in fine*. En 1997, le Professeur Françoise Bousez et Marc Moreau rappellent que l'obligation de diligence « *si elle est considérée du point de vue du salarié, ne constitue qu'un minimum, qu'une obligation limitée en-deçà de laquelle la faute est constituée. En application de ce principe, le salarié se doit d'exécuter consciencieusement la prestation prévue, explicitement ou implicitement par son contrat de travail. C'est la référence au bon père de famille - placée dans une situation identique et pouvant se prévaloir des mêmes qualifications - qui permettra à l'employeur et, le cas échéant au juge, d'estimer si l'obligation de diligence est effectivement assumée par le salarié. À défaut, l'employeur pourra mettre en œuvre la procédure de licenciement, pour autant que le motif en soit réel et sérieux.* » : F. BOUSEZ et M. MOREAU, *Performance et relations individuelles de travail*, JCP E 1997, p. 654.

¹⁴¹⁶ cf. *supra* n° 205.

¹⁴¹⁷ Pour écarter la responsabilité contractuelle, à l'égard de leur employeur, des ouvriers ayant fourni un certain nombre de pièces rejetées par le service de contrôle, en raison d'une « *erreur de cale* » commise par l'un d'entre eux, la Cour de cassation a repris la déclaration des juges du fond selon laquelle « *l'ouvrier ne peut être tenu pour responsable du résultat défectueux de son travail que si sa façon de procéder révèle, par comparaison avec un ouvrier normalement diligent, non une simple erreur involontaire, mais une faute lourde, voire volontaire* » : Cass. soc., 27 novembre 1958 ; D. 1959, 20, note R. LINDON. « *La faute technique d'ouvrier ou d'employé laisse présumer une faute technique de patron, soit erreur de recrutement, soit défaut de surveillance. On conçoit, dès lors, que cette sorte de faute soit aux risques de l'entreprise, ce qui se traduira, dans les rapports contractuels entre employeur et salarié, par la non-responsabilité de celui-ci hormis le dol et la faute lourde équipollente.* » : J. CARBONNIER, note sous l'arrêt précité, RTD civ. 1959, p. 753. Par cet arrêt, « *sans le renfort d'aucun texte, la chambre sociale de la Cour de cassation a soustrait la responsabilité du salarié envers son employeur aux règles communes de la responsabilité contractuelle. (...) Dans la proposition d'une limitation de la responsabilité du salarié envers son employeur en cas de faute lourde, la chambre sociale voit un principe (Cass. soc., 12 avril 1995, Bull. n°131), ce qui peut vouloir dire qu'elle la tient pour une règle essentielle dotée d'une force particulière. La justification de la règle se trouve dans la structure du rapport d'emploi. C'est l'employeur qui assume les risques de l'entreprise en même temps qu'il en perçoit les profits. (...) il serait anormal qu'il puisse se plaindre d'une mauvaise exécution du contrat, en tout cas pour demander au salarié, réparation du dommage* » : J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, *GADT*, Dalloz, 4^e édition, n°47, p. 255 et s. Ce principe a en effet été expressément confirmé par la suite : « *Vu le principe selon lequel la responsabilité du salarié n'est engagée envers son employeur qu'en cas de faute lourde* » : Cass. soc. 12 avril 1995, n° 92-12.373, Bull. ? civ. V, n° 131 ; J. SAVATIER, *La nullité de la reconnaissance par un salarié de sa responsabilité civile envers l'employeur en l'absence de faute lourde*, Dr. soc. 1995, p. 651.

¹⁴¹⁸ Pour un cas ultérieur où la responsabilité de l'ouvrier n'a pas été retenue Cass. soc. 27 mai 1964, Bull. IV, 367, JCP 1965, II, 14056, note G.-H. CAMERLYNCK. Pour un cas où la responsabilité a été retenue : Cass. soc., 25 févr. 1965, n° 62-40 349, Bull. civ. n°170, D. 1965, Jurisprudence, 584 (le salarié avait participé à un meeting tenu à l'intérieur de l'établissement, alors que l'occupation des lieux sans autorisation de l'employeur était contraire à un article du règlement intérieur, que les grilles étaient fermées et les accès interdits).

sécurité d'un aéroport, constitue une faute grave¹⁴¹⁹. À l'inverse, en 2018, la cour d'appel de Toulouse a jugé que la mauvaise qualité du travail d'un marbrier, qui est de nature à entacher l'image de la société et à lui causer un préjudice commercial, constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement mais ne présente pas un caractère de gravité suffisant pour justifier un licenciement pour faute grave¹⁴²⁰. En réalité, il y a très peu d'arrêtés des Hautes juridictions faisant expressément référence à la conscience professionnelle¹⁴²¹. La Cour de cassation semble avoir une approche plutôt sévère à l'égard du manque de conscience professionnelle. Elle a jugé que constitue une faute grave le fait, pour un chef de chantier d'avoir utilisé la fourche à palette afin de se faire transporter du haut d'un bâtiment en construction jusqu'au sol, devant les ouvriers, alors que les juges d'appel lui avaient alloué une indemnité de préavis¹⁴²². Alors que, en tant que « *maître compagnon* » ce salarié devait gérer les équipes sous ses ordres et garantir la transmission des savoirs, il a donné le mauvais exemple. Auparavant, la cour d'appel avait considéré qu'il ne s'agissait que d'un moment d'aberration et non pas d'un manquement délibéré « *aux règles élémentaires de bienséance ou de conscience professionnelle* », susceptible de constituer une faute grave. La veille, la Chambre sociale avait déjà fait preuve de la même intransigeance pour des salariés ayant blessé l'un de leurs collègues par accident en jouant avec un couteau à cran d'arrêt dont la lame était ouverte. En constatant que ces faits dénotaient « *un esprit d'indiscipline et une absence de conscience professionnelle rendant impossible la continuation de leur travail dans l'entreprise* », les

¹⁴¹⁹ La lecture de l'arrêt permet de savoir que le pompier a volontairement organisé son véhicule pour y faire la sieste et ne s'est pas assoupi inopinément du fait d'une fatigue passagère, alors qu'il était en faction de lutte animalière, nécessitant, un contact permanent avec la tour de contrôle. Le pompier n'a par ailleurs pas produit d'élément permettant d'établir un temps de travail dépassant l'entendement alors que l'employeur avait démontré le respect de ses obligations en matière de durée du travail : CA Bordeaux, 17 février 2016, n° 13-05556, Actualités des Éditions Francis Lefebvre.

¹⁴²⁰ CA Toulouse, 26 janvier 2018, n° 15/05425.

¹⁴²¹ En plus des arrêts cités ci-dessous, il faut aussi signaler celui concernant un agent de service, dont le travail consistait à fournir une assistance de nuit aux résidents d'un établissement d'accueil de personnes âgées tenu par une communauté religieuse, a été licencié pour manque de discrétion et de conscience professionnelle. Cependant, ni la lecture de l'arrêt de la Cour de cassation, ni celle de l'arrêt d'appel ne permettent de connaître avec précision ce qui était reproché au salarié. En tout état de cause, les juges du fond ont considéré le licenciement comme abusif en l'absence de faits objectifs venant étayer les allégations de l'employeur et le pourvoi de l'association employeur a été rejeté : Cass. soc., 7 avril 1998, n° 95-44.343, Bull. civ. V, n° 201 ; CA Toulouse, 7 juillet 1995, Juris-Data n° 1995-049518. Dans un cas contraire, la Cour de cassation a donné raison aux juges du fond d'avoir décidé qu'aucune faute grave ne peut être retenue à l'encontre d'un salarié qui aurait dépassé le cadre de son contrat de travail par conscience professionnelle. Plus précisément, un assistant dentaire avait été licencié pour s'être livré à des actes médicaux qu'il n'était pas autorisé à pratiquer aux heures de fermeture du cabinet. Mais les juges ont retenu que c'est sur les instructions expresses de l'employeur, et le plus souvent en sa présence, que la salariée réalisait à titre habituel des actes réservés au seul chirurgien-dentiste, si bien que ce dernier l'avait confortée dans l'idée qu'elle pouvait, y compris en son absence, accomplir les actes qu'il lui déléguait : Cass. soc., 16 mai 2013, n° 11-28.325, inédit.

¹⁴²² Cass. soc., 23 novembre 1978, n° 77-41.330, Bull. n° 791.

juges du fond auraient donc dû en déduire le caractère grave de la faute¹⁴²³. Le Conseil d'État admet lui aussi – mais sans en préciser la matérialité – que le « *manque de conscience professionnelle* » puisse justifier une sanction professionnelle, telle que la mise à la retraite d'office d'un policier¹⁴²⁴ ou la révocation d'un secrétaire de mairie¹⁴²⁵. Usant de son pouvoir d'appréciation, la Haute juridiction administrative considère parfois que, si l'attitude, qualifiée de manquement à la conscience professionnelle par l'autorité administrative, appelle valablement une sanction, celle-ci doit être davantage proportionnée au vu des circonstances de l'affaire et du dossier de l'intéressé¹⁴²⁶.

II : La récompense de la conscience professionnelle

251. L'accès au statut de travailleur salarié. En signe d'honneur à son nom, la première récompense de la conscience professionnelle serait sans doute de reconnaître à celui qui en est pourvu le statut de *professionnel*, c'est-à-dire de travailleur. Ce cas a été illustré par une affaire, arrivée jusqu'en cassation, dans laquelle une épouse ayant aidé son mari vétérinaire pendant cinq ans s'était d'abord vu refuser le statut de conjoint salarié, au motif qu'elle n'avait pas reçu de salaire et n'était pas lié à ce dernier par un lien de subordination étant donné qu'elle était « *libre de s'absenter sans autre contrainte que sa conscience professionnelle* ». Or, les juges du droit ont rappelé que ni le versement d'une rémunération ni le lien de subordination ne sont des conditions nécessaires à l'application du statut de conjoint salarié¹⁴²⁷.

¹⁴²³ Cass. soc., 22 novembre 1978, n° 76-40.724, Bull. n° 784 : les salariés avaient en plus demandé à leur collègue blessé de faire une fausse déclaration du travail en prétendant s'être blessé avec du fil de fer.

¹⁴²⁴ CE, 10 mai 1995, n° 117504.

¹⁴²⁵ CE, 14 janvier 1987, n° 70832.

¹⁴²⁶ CE, 26 février 1986, n°61133 : si le manque de conscience professionnelle d'un maître-ouvrier peut valablement justifier une sanction disciplinaire, l'hôpital employeur a commis une erreur d'appréciation en lui infligeant une révocation sans perte de ses droits à pension ; CE, 30 octobre 1968, n°72113 : les faits qui, selon la section disciplinaire de l'Ordre national des médecins, révèlent un « *manque très grave de conscience professionnelle* » et constituent des « *imprudences coupables* » n'ont pas été regardés comme constituant des manquements à l'honneur, insusceptibles d'amnistie, par les juges du droit.

¹⁴²⁷ Cass. soc. 13 décembre. 2007 n° 06-45.243, Bull. civ. V, n° 210.

252. Les autres récompenses. Plus généralement, que la récompense soit liée à la quantité et à la qualité du travail, ou à l'acquisition de nouvelles compétences¹⁴²⁸, elle peut prendre la forme plus évidente d'une augmentation de la rémunération (A), ou celle, plus aboutie, d'un renforcement de l'appartenance à l'entreprise (B).

A. L'augmentation de la rémunération du travail

253. Les primes de performance dans le secteur privé. Le CES a rappelé que, pour les travailleurs, « *la fonction première du travail est de conférer des ressources leur permettant d'acquérir leur autonomie par rapport à une communauté, qui n'est dès lors plus tenue de subvenir à leur subsistance* »¹⁴²⁹. Mais, en plus d'être un élément constitutif de la relation de travail, la rémunération peut aussi se poser comme une récompense de l'effort, et donc comme une incitation¹⁴³⁰. Il serait d'ailleurs établi que, même si la rémunération ne suffit pas à définir le travail, les individus qui prennent le plus de plaisir dans leur travail sont « *presque universellement ceux les mieux payés* »¹⁴³¹. Il apparaît alors essentiel de développer « *une gestion dite stratégique de la rémunération* »¹⁴³². Grâce à la liberté d'individualiser les salaires admise par la Cour de cassation¹⁴³³, la conscience professionnelle peut être récompensée – et, à l'inverse, ne donner lieu à aucune récompense¹⁴³⁴ – sous forme monétaire à condition qu'elle puisse être objectivement démontrée. En effet, la rémunération serait « *un incitateur à la performance d'autant plus efficace qu'un but précis a été fixé pour le volume*

¹⁴²⁸ C. LEVY-LEBOYER, *La motivation au travail, Modèles et stratégies*, Éditions d'Organisation, 2^{ème} éd., 2001, p. 131.

¹⁴²⁹ CESE, *La place du travail*, Avis adopté au cours de la séance du mercredi 9 juillet 2003 sur le rapport présenté par M. Bernard Vivier au nom de la section du Travail, p. II-49.

¹⁴³⁰ Toutefois, en gestion des ressources humaines, certains considèrent que l'effet des primes de productivité sur la performance n'est pas assuré en raison du délai souvent trop long qui sépare l'atteinte de l'objectif du versement et des soupçons de favoritisme qui l'accompagnent.

¹⁴³¹ J. GALBRAITH, *Les mensonges de l'économie : vérités pour notre temps*, Grasset, 2004 ; cité par : H. GARNER et D. MÉDA, *La place du travail dans l'identité des personnes*, in *Données sociales*, La société française, INSEE Références, 2006, p. 623.

¹⁴³² « *Que ce soit sous la forme de rétribution monétaire fixe, variable, différée ou en nature, la gestion des rémunérations se posera ainsi à la fois comme une incitation et une récompense pour l'implication* » : J.-P. NEVEU, *L'implication du salarié : du pourquoi au pour quoi*, in *L'implication au travail*, dir. J.-P. NEVEU et M. THÉVENET, Librairie Vuibert, 2002, p. 31.

¹⁴³³ « *Attendu cependant que l'employeur est libre, dans l'exercice de son pouvoir de direction de l'entreprise, et sauf discrimination injustifiée, de décider pour chaque salarié des augmentations de rémunération qui ne lui sont pas imposées par les contrats individuels ou collectifs ou par la loi* » : Cass. soc., 9 juillet 1985, n° 83-40.336, Bull. civ. V, n° 419 ; Cass. soc., 13 novembre 1986, n° 84-41.003, Bull. civ. V, n° 521.

¹⁴³⁴ « *L'absence d'augmentation du salaire remplace les sanctions pécuniaires directes et des primes variables récompensent les plus méritants, opérant une inversion du processus habituel de la sanction* » : M.-C. ESCANDE-VARNIOL, *L'évaluation du salarié*, in *Le singulier en droit du travail*, dir. J.-M. BÉRAUD et A. JEAMMAUD, Dalloz, 2006, p. 105.

de celle-ci et, si cette fixation a lieu, la performance augmente avec le montant de la rémunération »¹⁴³⁵. Dès les années 1970, la Cour de cassation a jugé qu'une prime dont le montant tient « *compte de l'assiduité, de la conscience professionnelle, de la compétence et des règles de sécurité* » a bien le caractère de complément de salaire devant être inclus dans le calcul de l'indemnité de congés payés, à partir du moment où elle « *instituée contractuellement* », répond « *à un certain comportement du salarié* » et n'est « *ni bénévole ni dépourvue de contrepartie* »¹⁴³⁶. Plus tard, a été validée l'attribution d'une prime exceptionnelle, qualifiée de « *rétribution bonus* », versée uniquement à une vingtaine de cadres ayant pris l'engagement de rester au service de l'entreprise durant la phase de transfert afin d'assurer la transmission de l'activité au repreneur. L'employeur avait affiché son intention de pouvoir « *compter sur la disponibilité et la fidélité sans faille* » des salariés concernés, en d'autres termes, sur des aspects phares de leur conscience professionnelle. La cour d'appel de Versailles a jugé que l'employeur, qui avait ainsi suffisamment justifié son choix, n'avait pas porté atteinte au principe d'égalité salariale¹⁴³⁷. En revanche, l'exclusion par une banque du bénéfice d'une prime, versée à l'occasion du passage à l'euro, des agents de guichet qui n'auraient pas fait preuve d'une implication particulièrement importante a été jugée illégale par les juges d'appel de Paris, car elle ne repose sur aucun critère objectif et vérifiable. En l'espèce, l'employeur a donc été condamné à verser la prime à chacun de ses agents affectés à une activité de guichet présents lors du passage à l'euro¹⁴³⁸. Il faut concéder qu'à présent, il est devenu particulièrement difficile de verser des primes selon des critères de mérite. La nature de ces derniers est intrinsèquement subjective et la mémoire de l'entreprise a tendance à être faillible, ce qui fait le bonheur des plaideurs¹⁴³⁹. Le risque n'est-il pas alors de tomber dans

¹⁴³⁵ R. FRANCES, *Motivation et efficacité au travail*, Mardaga, 1995, p. 152.

¹⁴³⁶ Cass. soc., 2 mai 1973, n° 72-40.014, Bull. civ. n° 273.

¹⁴³⁷ CA Versailles, 24 novembre 2005, n° 04-883, *Brost c/ SA Unilever Bestfoods France*.

¹⁴³⁸ CA Paris, 23 février 2006, n° 04-23127, *Banque San Paolo c/ Fédération nationale CGT des personnels des secteurs financiers* : l'employeur n'avait pas produit les rapports des directeurs régionaux et directeurs d'agence sur lesquels il déclarait s'être fondé pour mesurer l'implication des agents.

¹⁴³⁹ À propos du principe d'égalité : « *Les entreprises peuvent avoir des pratiques anciennes de distinction entre les salariés qui ne seraient pas à la hauteur des exigences créées par le juge judiciaire. Ajoutons que les salariés, mais aussi les syndicats, peuvent éprouver un intérêt considérable à utiliser une règle qui leur permet d'obtenir en justice parfois une augmentation de salaire, parfois des dommages-intérêts. (...)* ». « *L'employeur est obligé de justifier suffisamment de toutes les différences auxquelles il procède entre ses salariés. Il n'existe donc plus, par principe, de liberté de distinguer dans les limites de la discrimination. Désormais, toute distinction peut être contestée et elle ne peut être valable qu'expliquée. La mise en œuvre de cette règle donne au juge un pouvoir d'appréciation particulièrement important des politiques de rémunération appliquées dans les entreprises dès lors qu'un montant différent est constaté ; seules échappent à ce contrôle les entreprises qui versent à tous les salariés exactement le même salaire... ce qui est probablement rare.* » : J.-F. CESARO,

une uniformisation des rémunérations, voire une « *fonctionnarisation* » des salariés des entreprises de droit privé ?

254. La rémunération au mérite dans le secteur public. Au sein de l'Administration, la rémunération au mérite, c'est-à-dire fonction de l'implication professionnelle, n'est pas une généralité mais le sujet fait régulièrement débat. Plusieurs enquêtes menées en 2008 avaient révélé qu'un tel accroissement ne semblait pas faire partie des priorités des fonctionnaires¹⁴⁴⁰. Lors du précédent quinquennat, le décret n° 2014-513 du 20 mai 2014 a mis en place le « *régime indemnitaire tenant compte des fonctions, des sujétions, de l'expertise et de l'engagement professionnel* »¹⁴⁴¹, se substituant à la « *prime de fonction et de résultats* », pour unifier le cadre de gestion et valoriser davantage l'engagement professionnel des fonctionnaires¹⁴⁴². En 2015, la CFDT avait rappelé que la prise en compte de la valeur professionnelle dans l'évolution de la rémunération est inscrite dans le statut de chacune des fonctions publiques depuis l'origine, tandis que FO clamait que davantage d'individualisation dans la rémunération serait difficilement compatible avec le devoir de neutralité des fonctionnaires¹⁴⁴³. À la même période, Monsieur Emmanuel Macron, alors ministre de l'Économie, s'était montré favorable à un accroissement de la part de mérite dans la rémunération¹⁴⁴⁴. Il en a d'ailleurs fait l'une de ses promesses de campagnes et le chantier a été lancé en mai 2018¹⁴⁴⁵. Dans un rapport rendu en 2016, le *think tank* Terra Nova expliquait qu'il faut supprimer les primes à la performance afin de remotiver les fonctionnaires. Ce rapport rappelle aussi qu'en France, les fonctionnaires reçoivent un traitement et que, « *juridiquement, le traitement, contrairement au salaire, n'est pas la contrepartie du travail*

Section II - Égalité, in *Notions et normes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Éditions Panthéon-Assas, 2016, p. 37, n° 43.

¹⁴⁴⁰ Selon l'enquête d'Ineum pour Acteurs publics, la proposition « *Récompenser financièrement les fonctionnaires selon les résultats obtenus* » arrive avant-dernière position dans le classement des priorités. Selon l'enquête de l'IFOP pour Les Echos, si 49% des fonctionnaires interrogés sont favorables à ce qu'une partie de leur rémunération soit calculée en fonction de l'atteinte d'objectifs, 60% jugent que leur évaluation par la hiérarchie est « *déconnectée de la réalité de leur travail* » : citée par Perspective gestions publiques, publication de l'IGPDE/Recherche – Études – Veille n° 30 - mars 2009.

¹⁴⁴¹ Le RIFSEEP est composé d'une « *indemnité de fonctions, de sujétions et d'expertise* », d'une part, et, d'autre part, par « *un complément indemnitaire annuel* », qui reprennent les deux dimensions de primes à la fonction et à la performance.

¹⁴⁴² L'article 4 du décret n° 2014-513 prévoit la possibilité de verser un complément indemnitaire annuel, en une ou deux fractions, « *qui tient compte de l'engagement professionnel et de la manière de servir* ».

¹⁴⁴³ LSQ, *Rémunération au mérite*, n° 16955, 13 novembre 2015, p. 6 et 7.

¹⁴⁴⁴ *Fonctionnaires : Macron pour le « mérite » dans la rémunération*, Les Echos, 10 novembre 2015.

¹⁴⁴⁵ D. SIMON, *Rémunération des fonctionnaires au mérite : le chantier est lancé ce lundi à Bercy*, France Inter, 28 mai 2018.

ou du service rendu ; il est lié au grade et non à la personne »¹⁴⁴⁶. Cette conception est défendue de longue date par les auteurs, tels que les Professeurs Marcel Waline¹⁴⁴⁷ ou Roger Bonnard, ce dernier ayant écrit que le « traitement n'est pas un paiement qui serait la contrepartie de la valeur du service rendu » car « son but est de permettre au fonctionnaire de tenir le rang social qui correspond au caractère de sa fonction »¹⁴⁴⁸. L'avancement repose d'abord sur l'ancienneté au sein d'un corps, si bien que les liens avec la conscience professionnelle sont relativement distendus¹⁴⁴⁹. Toutefois, le mécanisme de réduction d'ancienneté, qui permet au fonctionnaire de se voir attribuer un ou plusieurs mois pour atteindre plus rapidement l'échelon supérieur, doit se fonder sur la valeur professionnelle¹⁴⁵⁰ et figure dans les comptes rendus d'évaluation¹⁴⁵¹. Cette différence de conception de la rémunération s'explique, comme le défendait d'ailleurs FO, par la nécessité de créer une assurance de l'indépendance du fonctionnaire vis-à-vis du monde politique et de celui des affaires. Une autre spécificité de la fonction publique serait la difficulté à mesurer la performance, notamment dans le secteur judiciaire et hospitalier, et à trouver des indicateurs quantifiables. L'objectif doit demeurer celui de fournir un service public de qualité et non « de quantité », même si la chasse aux économies est omniprésente. Dans un rapport publié en 2005, l'OCDE avait d'ailleurs alerté sur les dérives de la rémunération à la performance dans l'administration et leur très faible effet incitateur, bien que deux tiers des pays membres aient adopté un tel type de dispositif de rémunération pour ses fonctionnaires¹⁴⁵².

¹⁴⁴⁶ M. BACACHE-BEAUVALLET, *Où va le management public ?*, Réformes de l'état et gestion de l'emploi public, Terra nova, 21 janvier 2016, p. 20-21.

¹⁴⁴⁷ M. WALINE, *Traité de droit administratif*, Sirey, 1950, 6^e éd., p. 361 ; cité par E. AUBIN, *La mise au placard de l'agent, la règle du service fait et la turpitude de l'administration*, AJDA 2007, p. 1299.

¹⁴⁴⁸ R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, LGDJ, 1940, 3^e éd., 500 ; cité par : E. AUBIN, *La mise au placard de l'agent, la règle du service fait et la turpitude de l'administration*, AJDA 2007, p. 1299.

¹⁴⁴⁹ J. CAILLOSSE, *La « conscience professionnelle » de l'agent public entre rappels à l'ordre statutaire et exigences managériales*, La Revue administrative, 2003, n° 334, p. 350.

¹⁴⁵⁰ Décret n°2010-888 du 28 juillet 2010 relatif aux conditions générales de l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires de l'État. Pour une illustration : TA Bordeaux, 31 décembre 2013, n° 1104334 ; *La réduction d'ancienneté doit se fonder sur la valeur professionnelle*, AJFP 2014, p. 253.

¹⁴⁵¹ En pratique, les chefs de service disposent d'une enveloppe qui ne leur permet pas de récompenser l'ensemble des agents qu'ils considèrent méritants. Cela a pour conséquence de démotiver, temporairement ou durablement, les agents non retenus.

¹⁴⁵² OCDE, *Performance-related Pay Policies for Government Employees*, OECD Publishing, 2005 ; cité par le Rapport annuel de 2005 de l'OCDE. Selon ce rapport, les systèmes mis en place en Finlande, au Canada et aux États-Unis, qui permettent aussi bien de récompenser que de sanctionner les fonctionnaires selon les résultats obtenus, ont rencontré un certain succès. Or, ils ont en commun de reposer sur le consensus, à travers une déclinaison d'accords collectifs, et d'être considérés comme transparents en termes de mise en œuvre. En revanche, les critiques des systèmes britannique, australien et allemand reposent toutes sur le manque de courage de la hiérarchie et l'arbitraire dans l'attribution des primes. L'OCDE a justement résumé les enjeux de la rémunération à la performance en déclarant que son succès « tient plus à la justesse du processus d'évaluation des performances qu'au système de distribution des rémunérations » : OCDE, *Résumé du rapport sur la*

B. Le renforcement de l'appartenance à l'entreprise

255. L'actionnariat salarié. Si le travailleur s'engage dans son travail en faisant preuve de conscience professionnelle, l'entreprise doit réciproquement s'engager elle aussi vis-à-vis de son personnel, et pas seulement en termes de rémunération. L'une des autres formes de reconnaissance de l'effort peut être l'appropriation d'une partie, aussi infime soit-elle, de l'entreprise à travers, entre autres, les politiques d'actionnariat des salariés¹⁴⁵³. C'est alors un bout de l'entreprise qui appartient au salarié, créant une relation d'autant plus synallagmatique. Si les mécanismes de participation, d'intéressement et de plan d'épargne salariale ne permettent pas de favoriser les salariés plus impliqués dans leur travail¹⁴⁵⁴, tel n'est pas le cas concernant l'octroi d'options de souscription¹⁴⁵⁵ ou d'achat d'actions¹⁴⁵⁶, appelées aussi « *stock-options* ». Cette même liberté existe également pour l'attribution d'actions gratuites aux salariés puisque, à nouveau, il est permis que seuls « *certaines d'entre eux* » puissent en bénéficier¹⁴⁵⁷. La possibilité pour l'employeur d'écarter l'application du principe « *à travail égal, salaire égal* » s'explique par le défaut d'assimilation de ces différents mécanismes à une rémunération¹⁴⁵⁸, au sens du droit du travail¹⁴⁵⁹. Il ne semblerait cependant pas correct d'affirmer que ces attributions d'actions ne seraient pas la contrepartie d'un certain investissement du salarié en termes de force de travail. Certes, même si le choix

rémunération liée aux performances dans l'administration, disponible sur le site internet du ministère des Finances.

¹⁴⁵³ Mais cela comprend aussi « *plus largement toutes les possibilités offertes à la personne de s'approprier tout ou partie de son expérience de travail, de se sentir maître de ce qu'elle fait.* » : M. THÉVENET, *Politique de personnel et implication des personnes*, in *L'implication au travail*, dir. J.-P. NEVEU et M. THÉVENET, Librairie Vuibert, 2002, p. 13.

¹⁴⁵⁴ C. trav. art. L. 3342-1 al. 1^{er} : « *Tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation ou des plans d'épargne salariale bénéficient de leurs dispositions.* ».

¹⁴⁵⁵ C. com. art. L. 225-177 : « *L'assemblée générale extraordinaire, sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, et sur le rapport spécial des commissaires aux comptes, peut autoriser le conseil d'administration ou le directoire à consentir au bénéfice des membres du personnel salarié de la société ou de certains d'entre eux, des options donnant droit à la souscription d'actions (...).* ».

¹⁴⁵⁶ C. com. art. L. 225-179.

¹⁴⁵⁷ C. com. art. L. 225-197-1. Selon le comité juridique de l'ANSA, le conseil d'administration ou le directoire dispose d'une totale liberté dans le choix de l'identité des bénéficiaires des attributions gratuites, au sein de l'ensemble du personnel ou au sein des catégories éventuellement définies par l'assemblée générale, si bien que le dispositif ne présente aucunement un caractère collectif (CJ ANSA, 20 janvier 2005).

¹⁴⁵⁸ « *Attendue que (...) le droit d'option n'est pas un droit acquis à rémunération ou à l'octroi d'action* » : CA Paris, 20 février 2001, *SA Toys "R" Us c/ Delon*, Juris-Data n° 2001-142951. « *Attendu que (...) la perte du droit de lever l'option ne peut s'analyser, à cette date, en une mesure affectant la rémunération du salarié* » Cass. soc., 20 octobre 2004, n° 02-41.860, inédit ; cités par : J.-B. COTTIN, *Actionnariat des salariés*, JCI Travail Traité, LexisNexis, fasc. 25-27, 2015, n° 12.

¹⁴⁵⁹ Il n'en va pas de même en droit fiscal ou en droit de la sécurité sociale.

d'attribution des parts peut être discrétionnaire¹⁴⁶⁰, il y a fort à parier que les propriétaires de l'entreprise préféreront s'associer avec des individus dont les qualités professionnelles sont reconnues. La conscience professionnelle, parce qu'elle constitue un gage de loyauté, peut ainsi être récompensée.

256. L'immunité en cas de licenciement collectif. Les salariés consciencieux ont également plus de probabilités d'être épargnés en cas de licenciement collectif pour motif économique, et donc de continuer à appartenir à l'entreprise. En effet, dès que l'employeur doit opérer un choix entre plusieurs salariés appartenant à une même catégorie professionnelle¹⁴⁶¹, à l'intérieur de laquelle un ou plusieurs postes sont supprimés, il a l'obligation d'appliquer des critères légaux, voire parfois, conventionnels, afin d'objectiver ce choix¹⁴⁶². Or, parmi les critères obligatoires fixés par l'article L. 1233-5 du Code du travail, figurent « *les qualités professionnelles appréciées par catégorie* »¹⁴⁶³. Aussi, « *désireux de préserver l'emploi des plus performants, le chef d'entreprise privilégiera-t-il le critère des qualités professionnelles quand il s'agira de choisir, parmi les salariés menacés de licenciement, ceux qui demeureront dans l'entreprise* »¹⁴⁶⁴. Ce critère n'est apparu qu'avec l'ordonnance n° 45-1030 du 24 mai 1945 relative au placement des travailleurs et au contrôle de l'emploi¹⁴⁶⁵. Auparavant, il y eut donc une époque où l'employeur n'avait pas à justifier ses choix, et n'avait donc pas à tenir compte de la valeur professionnelle du salarié licencié¹⁴⁶⁶. Ce critère avait ensuite été supprimé par la loi de modernisation sociale du 17

¹⁴⁶⁰ J.-B. COTTIN, *op. cit.*, fasc. 25-27, 2015, n° 12, 13, 14 et 75.

¹⁴⁶¹ Sur la définition de la catégorie professionnelle : *cf. supra* n° 217.

¹⁴⁶² Cela n'a pas toujours été le cas ainsi que l'explique le Professeur Georges Levasseur dans sa note relative à la jurisprudence « Brinon » : « *En vertu de cette souveraineté, l'employeur peut réorganiser ses services, transférer son activité, supprimer des emplois, fermer une succursale (...) Bien mieux, en cas de compression du personnel, le chef d'entreprise désigne sans contrôle les travailleurs sacrifiés. (...) Son choix est souverain (...) Il est vrai que le chef d'entreprise est également seul juge de l'aptitude physique à l'emploi, de la qualité du travail fourni et de l'importance du rendement* » : G. LEVASSEUR, note sous Cass. soc., 31 mai 1956, D. 1956, 21.

¹⁴⁶³ « *Les autres critères (charges de famille, ancienneté, situation sociale, etc.) ont ainsi vocation à s'appliquer entre égaux sur le plan de la qualité professionnelle.* » : A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 3^{ème} éd., 2015, p. 103.

¹⁴⁶⁴ « *Ainsi l'employeur est-il en droit de conserver à son service les seuls salariés les plus aptes à contribuer au redressement de l'entreprise* » : F. BOUSEZ et M. MOREAU, *Performance et relations individuelles de travail*, JCP E 1997, p. 654.

¹⁴⁶⁵ Aux termes de l'article 10, l'employeur est tenu d'établir un règlement intérieur déterminant, à défaut de conventions collectives, les règles générales relatives à l'ordre des licenciements en cas de licenciement collectif, compte tenu des charges de famille, de l'ancienneté de service dans l'établissement et des qualités professionnelles.

¹⁴⁶⁶ Dans le cadre du licenciement d'un salarié pour des raisons d'ordre économique, le tribunal civil de Valence avait fait valoir que ledit salarié était « *ponctuel et ancien dans la maison* » et que l'employeur aurait dû établir

janvier 2002¹⁴⁶⁷ mais rapidement rétabli par la loi du 3 janvier 2003¹⁴⁶⁸. Comme l'a relevé le Professeur Jean-Emmanuel Ray, l'ordre des licenciements économiques est un « *bon exemple de choix éthique, où les considérations juridiques ne suffisent pas* ». Il ajoute qu'il paraît difficile de reprocher « *à l'employeur de garder les plus performants pour redresser une entreprise qui connaît de graves difficultés* »¹⁴⁶⁹. Un tel critère peut néanmoins apparaître relativement subjectif *a priori*¹⁴⁷⁰, au risque de réintroduire « *un motif personnel dans le droit du licenciement pour motif économique* »¹⁴⁷¹. Certes, ce critère relève de l'évaluation des aptitudes professionnelles par l'employeur¹⁴⁷² mais il n'empêche que, comme en matière d'évaluation, les juridictions veillent à ce que la notation de ce critère repose sur des éléments pertinents et vérifiables¹⁴⁷³. En outre, il appartient au juge, en cas de contestation, de vérifier si l'appréciation portée sur les aptitudes professionnelles du salarié ne procède pas d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir de la part de l'employeur¹⁴⁷⁴. L'objectivation du processus est renforcée par l'obligation d'appliquer *a minima* l'ensemble des critères légaux¹⁴⁷⁵, quitte à en privilégier un en particulier qui peut être celui lié aux

des « *motifs sévères* » pour s'en séparer. Le jugement est cassé mais le commentateur remarquait alors que la jurisprudence du tribunal « *aurait l'avantage d'assurer au travail diligent la sécurité de son emploi* » : Cass. soc., 1^{er} octobre 1941 ; JCP 1942, II, 1797, 1^{ère} espèce, obs. L.L.

¹⁴⁶⁷ Loi n° 2002-73, art. 109.

¹⁴⁶⁸ Loi n° 2003-6 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques.

¹⁴⁶⁹ J.-E. RAY, *Droit du travail et règles morales*, in *Éthique, déontologie et gestion de l'entreprise*, dir. H. de la BRUSLERIE, Economica, 1992, p. 100 et s.

¹⁴⁷⁰ Il apparaît subjectif par rapport à des critères dont l'application est plus mathématique comme les charges de famille ou l'ancienneté.

¹⁴⁷¹ S. VERNAC, *L'évaluation des salariés en droit du travail*, D. 2005, p. 924.

¹⁴⁷² cf. *supra* n° 238 et s.

¹⁴⁷³ Cass. soc., 17 juin 1997, n° 95-43.162, Bull. civ. V, n° 222. La notation des qualités professionnelles ne peut être prise en compte dès lors qu'elle se trouve attribuée « *sans explication objectivement vérifiable* ». En l'espèce, une secrétaire avait eu une note très inférieure à celles des autres secrétaires et ceci sans explication : CA Nancy, 3 octobre 2001, *Ferdinand c/ SA Vedral*, Juris-Data n° 2011-152777. « *Il est permis de s'interroger sur le caractère objectif du critère tiré pour les circonstances de l'aptitude professionnelle ne renvoyant à aucun dossier préconstitué reflétant un suivi dans l'appréciation des compétences professionnelles* » : TGI Boulogne-sur-Mer, 11 mai 2003 ; JCP E 1993, II, n° 23, p. 145. Ces différents exemples sont cités par : P. ADAM, *Évaluation (illicite) des salariés et action collective*, Dr. ouvr. 2008, p. 585.

¹⁴⁷⁴ Cass. soc., 24 septembre 2014, n° 12-16.991, Bull. civ. V, n° 201 ; C. WILLMANN, *Ordre des licenciements : liberté d'appréciation judiciaire face à la bonne foi de l'employeur*, Lexbase hebdo éd. soc. 2014, n° 586 ; P. MORVAN, *Ordre des licenciements et appréciation par l'employeur des qualités professionnelles*, JCP S 2014, 1482.

¹⁴⁷⁵ Il ressort de l'interprétation d'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation que lorsque l'accord ou la convention collective ne reprend pas l'ensemble des critères légaux, l'employeur aurait l'obligation d'appliquer le critère manquant en plus des critères conventionnels prévus, quitte à en faire un outil de pondération : Cass. soc., 26 octobre 2010, n° 09-42.409, Bull. civ. V, n° 244. Cela signifie que le critère des qualités professionnelles serait incontournable. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, les juridictions administratives ont jugé que les critères légaux doivent être systématiquement retenus par l'employeur, de sorte que la neutralisation du critère des qualités professionnelles est illégale : CAA

qualités professionnelles¹⁴⁷⁶. L'étude de la jurisprudence révèle qu'en pratique le critère des qualités professionnelles s'est déjà traduit par « *la capacité à contribuer au redressement de l'entreprise* »¹⁴⁷⁷ ou « *la capacité professionnelle et l'aptitude à exercer son emploi pour le plus grand bien de l'entreprise* »¹⁴⁷⁸. De façon négative, la Haute juridiction autorise aussi l'employeur à tenir compte des sanctions disciplinaires pour apprécier ce critère, dès lors qu'elles ne constituent pas le seul critère d'évaluation mis en œuvre par l'employeur¹⁴⁷⁹. Cependant, la violation des règles d'ordre de licenciement ne prive pas le licenciement de cause réelle et sérieuse mais constitue « *une illégalité* » qui entraîne pour le salarié « *un préjudice, pouvant aller jusqu'à la perte injustifiée de son emploi, lequel doit être intégralement réparé, selon son étendue par les juges du fond* »¹⁴⁸⁰.

257. Conclusion de section. L'employeur est, légitimement, au premier plan lorsqu'il s'agit de mesurer la conscience professionnelle et de décider quelles conséquences tirer de cette mesure. Toutefois, depuis plusieurs années, il n'est plus « *tout puissant* », et procède à ces actes sous le contrôle du juge. Ainsi, encadrés, les mécanismes de sanction et de récompense constituent déjà une sorte de protection de la conscience professionnelle.

258. Conclusion de chapitre. La connaissance exacte de la conscience professionnelle du travailleur, ainsi que sa reconnaissance à sa juste valeur par l'employeur et le juge, sont essentielles pour que celle-ci puisse engendrer la performance escomptée dans l'entreprise. Promouvoir la conscience professionnelle revient à reconnaître la place qui est vraiment la

Nantes, 15 décembre 2014, n° 1402465 ; CAA Nancy, 2 avril 2015, n° 1500030 et 1500276 ; CE, 1^{er} février 2017, n° 387886.

¹⁴⁷⁶ Cass. soc. 15 mai 1991 n° 89-43.845, Bull. civ. V, n° 239 ; RJS 6/91 n°698 ; Cass. soc. 8 avril 1992 n° 89-40.739, *Barbosa c/ Externat médico-pédagogique Arc-en-ciel*, Bull. civ. V, n° 259 ; RJS 5/92 n°604 ; Cass. soc., 18 mai 1993, n° 90-41.776, inédit ; Cass. soc., 14 janvier 1997, n° 95-44.366 à n° 95-44.369 et n° 96-40.713, Bull. civ. V, n° 16 ; J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, *GADT*, Dalloz, 4^e édition, n°113, p. 518 et s. ; Cass. soc., 21 mars 2002, n° 00-40.899, inédit ; Cass. soc. 2 mars 2004 n° 01-44.084, *Lhommeau c/ Sté Valéo Thermique habitacle*, Bull. civ. V, n° 68 ; RJS 5/04 n° 528. Ces solutions ont été codifiées par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 à l'article L. 1233-5, qui dispose que « *l'employeur peut privilégier un de ces critères, à condition de tenir compte de l'ensemble des autres critères prévus au présent article* ».

¹⁴⁷⁷ Cass. soc., 26 juin 1986, Bull. civ. V, n° 339.

¹⁴⁷⁸ Cass. soc., 18 mai 1988, n° 85-42.357.

¹⁴⁷⁹ Cass. soc., 19 mai 2010, n° 09-40.103, inédit.

¹⁴⁸⁰ Cass. soc., 14 janvier 1997, *préc.* ; Cette solution « *ne correspond à la réalité des situations car elle sous-entend que le salarié peut subir un préjudice autre que la perte de son emploi. Or on voit mal comment cette hypothèse pourrait se rencontrer* » : J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, *op. cit.*, n° 113, p. 522.

sienne en droit social, en parvenant à l'identifier même quand elle n'est pas invoquée sous son nom exact. Elle est un élément d'identité du travailleur, un lien d'appartenance à un collectif de travail mais elle est constituée aussi par un véritable corpus de devoirs professionnels qui la transforment en implication, professionnalisme délibéré, zèle, diligence ou mérite.

Chapitre 2 : La protection de la conscience professionnelle

259. Conscience professionnelle et santé mentale. La mesure de la santé sociale peut permettre de savoir si les individus considèrent vivre dans une bonne société, évoluant dans le sens du progrès social¹⁴⁸¹. Or, il est devenu incontestable que de nombreuses personnes se sentent régulièrement soumises au stress¹⁴⁸². Selon l'Agence européenne de protection de la santé et de la sécurité, près du quart des salariés européens subissent le stress professionnel, si bien qu'il aurait été à l'origine de la moitié de l'ensemble des journées de travail perdues en l'an 2000¹⁴⁸³. En France, selon le baromètre du climat social et de la qualité de vie au travail de l'année 2015, un quart des salariés aurait déjà connu une dépression ou un « *burnout* »¹⁴⁸⁴ dans leur carrière et plus de 40% constatent une dégradation du climat social au travail depuis un an¹⁴⁸⁵. Face à ce constat, si la moitié des DRH déclarent avoir mis en œuvre des actions de prévention des risques psychosociaux (souvent appelés « *RPS* »)¹⁴⁸⁶ et d'amélioration de la

¹⁴⁸¹ D. MÉDA, *Travail : la révolution nécessaire*, Éditions de l'Aube, 2^{ème} éd., 2013, p. 69 et s.

¹⁴⁸² « *La pression au travail a augmenté avec la hausse des normes de productivité, l'intensification des cadences et le raccourcissement des délais* » : L. THERY, *Introduction*, in *Le travail intenable*, dir. L. THERY, Éditions La découverte, 2006, p. 8.

¹⁴⁸³ F. SELIER et N. SEDRATI, *Souffrance au travail et stress professionnel*, in *Souffrance au travail dans les grandes entreprises*, dir. J. DELGA, Éditions ESKA, 2010, p. 39.

¹⁴⁸⁴ Il s'agit d'adopter ici l'orthographe retenue par l'administration dans le guide intitulé « *Le syndrome d'épuisement professionnel ou burnout* », publié par l'Agence Nationale pour l'Amélioration des Conditions de Travail (ci-après l'« ANACT »), le ministère du Travail et l'Institut national de recherche et de sécurité (ci-après « INRS ») en mai 2015.

¹⁴⁸⁵ L'organisme de formation professionnelle Cegos a interrogé 1.204 personnes, en juillet et août 2015, selon la méthode des quotas soit 750 salariés, 307 managers et 147 responsables des ressources humaines d'entreprises privées de plus de 100 salariés : *Un quart des salariés a déjà été en burn-out ou en dépression*, source AFP, Les Echos, 22 octobre 2015. L'étude est aussi citée dans : *Plus de 60% des salariés se déclarent exposés au stress*, LSQ, 26 octobre 2015, n° 16942, p. 5.

¹⁴⁸⁶ « *On a parfois dénoncé l'emploi un peu trop systématique de la notion de « risques psychosociaux » (ou « troubles psychosociaux »). Au moins la prise de conscience de ces troubles a-t-elle remis au premier plan la notion de « conditions de travail » qu'elle a contribué à enrichir.* » : P.-Y. VERKINDT, *La responsabilité de l'employeur en matière de santé mentale. Quelques éléments tirés de l'histoire récente*, in *Les risques du travail, Pour ne pas perdre sa vie à la gagner*, dir. A. THÉBAUD-MONY, Ph. DAVEZIES, L. VOGEL et S. VOLKOFF, La Découverte, 2^{ème} éd., 2015, p. 313. Ce « *mot-valise* » est certes controversé mais il est nécessaire qu'il soit défini par le juriste : L. LEROUGE, *Les « risques psychosociaux » en droit : retour sur un terme controversé*, Dr. soc. 2014, p. 152. Dans un rapport de l'Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail de 2000 intitulé « *Research on Work-related Stress* », Tom Cox et Amanda Griffiths décrivent les risques psychosociaux comme mettant « *en jeu l'intégrité physique et la santé mentale des salariés, à l'interface de l'individu (le « psycho ») et de sa situation de travail (le « social »)* » et comme concernant des « *aspects de l'organisation du travail et du management, du contexte social et environnemental qui sont susceptibles de nuire au plan social, psychologique et physique* ». Dans son rapport final, remis au ministre du Travail le 11 avril 2011 et intitulé « *Mesurer les facteurs psychosociaux de risques au travail pour les maîtriser* », le Collège d'expertise sur le suivi des risques psychosociaux au travail, les avait quant à lui définis comme « *les risques pour la santé mentale, physique et sociale, engendrés par les conditions d'emploi et les facteurs organisationnels et relationnels susceptibles d'interagir avec le fonctionnement mental* ». Ce rapport est aussi connu sous le nom de

qualité de vie au travail, seulement 16 % d'entre eux ont signé un accord d'entreprise sur la question¹⁴⁸⁷. D'aucuns se demandent comment en être arrivé là. Dans le rapport de Monsieur Jean Boissonnat, publié en 1995 et intitulé « *Le travail dans vingt ans* », il était écrit que la relation des individus au travail se modifiera, avec le développement des nouvelles technologies et le changement des rythmes de vie, avec ses bons côtés, « *ceux de l'autonomie et de la responsabilité* » et « *le revers de la médaille* » que constitue « *le risque d'un plus grand stress, d'une plus grande sujétion* »¹⁴⁸⁸. Un peu plus de vingt ans plus tard, ces thèmes sont au centre des débats qui ont lieu, à échéances régulières, sur la nécessité de réformer en profondeur le droit du travail. Dans une étude publiée en 2016, la DARES a révélé que le manque de reconnaissance au travail triple la probabilité de dégradation de l'état de santé¹⁴⁸⁹.

260. Prendre soin de la conscience professionnelle. En effet, puisque « *l'identité est l'armature de la santé mentale* »¹⁴⁹⁰, il existe un véritable risque pour le travailleur en cas de refus de reconnaissance ou de tout autre échec professionnel¹⁴⁹¹. À défaut de protection, la conscience professionnelle peut donc devenir synonyme de l'angoisse de mal faire¹⁴⁹², ce qui serait « *plus nocif à la santé qu'une surcharge de travail* »¹⁴⁹³. La conscience n'est peut-être pas le cerveau mais lorsque son versant professionnel ne peut plus fonctionner normalement, l'individu peut en tomber malade et basculer vers une crise, qui affecterait temporairement ou durablement la bonne exécution du travail (**Section 1**). Il faut alors se demander s'il existe des dispositifs capables, au contraire, de stimuler et d'épanouir la conscience professionnelle (**Section 2**).

« *Rapport Gollac* », du nom du sociologue Michel Gollac qui a présidé le Collège. Pour approfondir le sujet, une thèse a été soutenue au sein de l'Université Paris II le 4 juillet 2017 et publiée : C. SERRAND, *Le traitement juridique des risques psychosociaux*, thèse, dir. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2018.

¹⁴⁸⁷ *Un quart des salariés a déjà été en burn-out ou en dépression*, source AFP, Les Echos, 22 octobre 2015.

¹⁴⁸⁸ Commissariat général du Plan, Rapport au Premier ministre, *Le travail dans vingt ans*, 1995.

¹⁴⁸⁹ DARES, Analyses, n°004, janvier 2016 : Il serait davantage ressenti par les employés administratifs, les professions intermédiaires et les ouvriers qualifiés, ainsi que dans l'industrie et la Fonction publique de l'État.

¹⁴⁹⁰ C. DEJOURS et F. BEGUE, *Suicide et travail : que faire ?*, PUF, 2009, p. 39.

¹⁴⁹¹ Il peut s'agir d'un licenciement, de la difficulté à l'embauche ou du défaut de maîtrise du travail.

¹⁴⁹² M. THÉVENET, *Politique de personnel et implication des personnes*, in *L'implication au travail*, dir. J.-P. NEVEU et M. THÉVENET, Librairie Vuibert, 2002, p. 14.

¹⁴⁹³ M. CORNATON, *Pourquoi nous travaillons*, collection Le Croquant, L'Harmattan, 2012, p. 28. Comme l'a révélé le CESE, si « *la charge mentale du travail est plus délicate à évaluer que la pénibilité physique, en raison de sa forte dimension psychologique* » et « *d'un ressenti inévitablement subjectif* », « *certains facteurs sont révélateurs de ce sentiment et peuvent être plus ou moins évalués tels que l'exposition au bruit, l'urgence, des responsabilités pesantes, une vigilance soutenue ou encore des tensions relationnelles* » : CESE, *La place du travail*, Avis adopté au cours de la séance du mercredi 9 juillet 2003 sur le rapport présenté par M. Bernard Vivier au nom de la section du Travail, p. II-81.

Section 1 : La crise de la conscience professionnelle

261. Accélération, intensification et souffrance au travail. Dans les pays industrialisés, la question de l'« *accélération sociale* » a pour contrepartie pathologique le sentiment d'incapacité d'agir, et donc de suivre le mouvement¹⁴⁹⁴. Elle concerne notamment les relations professionnelles, à travers le problème de l'« *intensification du travail* », qui enferme les travailleurs dans le phénomène de la double impasse. En effet, l'exigence de la qualité du travail entre en contradiction avec l'injonction de le réaliser en un minimum de temps, contrecarrant ainsi les effets bénéfiques de l'autonomie¹⁴⁹⁵ et ceux des innovations techniques sur la qualité de vie au travail¹⁴⁹⁶. Plutôt que d'aller dans le sens de la « *soutenabilité du travail* », qui est constituée par l'ensemble des « *caractéristiques du travail permettant au travailleur de rester en bonne santé et efficace tout au long de sa vie professionnelle* »¹⁴⁹⁷, ces phénomènes semblent engendrer davantage de « *souffrance au travail* », qui commence à être théorisée¹⁴⁹⁸ dans plusieurs disciplines¹⁴⁹⁹. Pour le Professeur Yves Clot, spécialisé dans la psychologie du travail, ce cas particulier de souffrance provient de la qualité empêchée et de la difficulté à se reconnaître dans le résultat de son travail, lorsqu'il n'est « *ni fait ni à faire*

¹⁴⁹⁴ Le philosophe et sociologue allemand, Hartmut Rosa, a pour thème d'étude central celui de l'accélération sociale (H. ROSA, *Accélération*, La Découverte, 2013) qui possède trois dimensions : l'innovation technique, le changement social – qui inclut les relations professionnelles – et le rythme de vie. L'accélération sociale est définie par ce dernier comme « *un raccourcissement ou une densification des épisodes d'action* » et « *une recrudescence du sentiment d'urgence, de la pression temporelle contrainte engendrant du stress, ainsi que la peur de ne plus pouvoir suivre* » : B. DREVON, *Accélération. Une critique sociale du temps*, Idées économiques et sociales, 2014/3, n° 177, Réseau Canopé.

¹⁴⁹⁵ Il existerait « *un paradoxe : en effet, si les salariés sont de plus en plus autonomes, ils sont en même temps confrontés à des contraintes plus fortes dans les rythmes de travail, cette tendance à l'intensification du travail étant aussi régulière que celle à l'autonomie (...). Une intensification des conditions de travail avec la même charge de travail à accomplir dans un temps plus court, augmentant les cadences et les rythmes, avec en parallèle une exigence accrue par rapport à la qualité des produits et leur diversification* » : CESE, *La place du travail*, Avis adopté au cours de la séance du mercredi 9 juillet 2003 sur le rapport présenté par M. Bernard Vivier au nom de la section du Travail, p. II-75.

¹⁴⁹⁶ Le travail soutenable est défini par trois caractéristiques à savoir qu'il est « *exempt de contraintes ou nuisances susceptibles de provoquer, à terme, des pathologies durables, voire irréversibles* », qu'il tolère une « *large diversité entre les individus* » et qu'il permette « *le libre jeu de l'activité humaine* » : S. VOLKOFF et C. GAUDART, *Conditions de travail et « soutenabilité » : des connaissances à l'action*, Rapport de Recherche du Centre d'étude de l'emploi, août 2015.

¹⁴⁹⁷ S. IZARD, *Conditions de travail et soutenabilité : où en est-on ?*, *Entretien avec S. Volkoff*, SSL 2015, 1692.

¹⁴⁹⁸ Le philosophe français Emmanuel Renault a tenté, quant à lui, de théoriser la souffrance sociale et a démontré l'entrée de celle-ci dans le vocabulaire social à travers l'expression « *travailleurs en souffrance* » : F. DUBET, *Théorie de la souffrance sociale*, La Vie des idées, 2008 : <http://www.laviedesidees.fr/Theorie-de-la-souffrance-sociale.html>.

¹⁴⁹⁹ Le Professeur Pierre-Yves Verkindt a écrit au sujet de la santé mentale du travailleur : « *la prendre en considération dans les pratiques d'entreprise oblige à s'inscrire dans un mouvement historique tendant à une approche pluridisciplinaire de la santé sur le lieu de travail et à une appréhension plus globale de l'homme dans son milieu technique mais aussi social* » : P.-Y. VERKINDT, *Le droit du travail*, Dalloz, 2005, p. 132-133.

». Selon ce dernier, « *le souci du travail bien fait pose de plus en plus de problèmes de conscience alors même que le discours sur la qualité est omniprésent* » et que « *la conscience professionnelle est pourtant le trait d'union entre santé et efficacité du travail* »¹⁵⁰⁰.

262. Les conséquences néfastes du décalage entre le travail réalisé et la conscience professionnelle. Dans la plupart des cas de crise, l'intérêt porté au travail demeure présent, si bien qu'il ne s'agit pas d'un problème de « *moindre appétence au travail* »¹⁵⁰¹. En réalité, il existe une frustration liée aux conditions dans lesquelles il est exercé, qui ne permettent plus de travailler conformément aux règles du métier et aux aspirations de sa conscience professionnelle. Faut-il alors, comme certains, aller jusqu'à considérer qu'il y aurait un retour du rapport aliéné au travail¹⁵⁰² ? Le déni d'accès au travail bien fait présente assurément un « *risque éthique* » ou une « *souffrance éthique* »¹⁵⁰³, qui consiste pour une personne à perdre l'estime qu'elle a d'elle-même. Or, cela se répercute sur sa santé mentale¹⁵⁰⁴, dont l'indice le plus évident est la montée de l'état dépressif¹⁵⁰⁵. L'employeur, qui a l'obligation légale de protéger la « *santé mentale* » des travailleurs¹⁵⁰⁶, doit alors être attentif aux deux formes de la

¹⁵⁰⁰ Il ajoute que « *quand elle est malmenée, aussi bien à l'intérieur des collectifs qu'entre ces derniers et la hiérarchie jusqu'à la direction, quand le dialogue sur ces questions est refoulé, le professionnalisme s'en ressent. La santé et la performance aussi. Car le dynamisme professionnel prend sa source dans les objections du réel et les conflits qu'il suscite* ». Ces propos sont issus de l'article *Le travail peut-il devenir supportable ? Entretien avec Yves Clot et Michel Gollac*, publié sur le site internet de l'ANACT le 14 octobre 2014.

¹⁵⁰¹ D. MÉDA, *Travail : la révolution nécessaire*, Éditions de l'Aube, 2^{ème} éd., 2013, p. 42-43.

¹⁵⁰² « *Si le travail est « activité vitale consciente », c'est-à-dire activité gouvernée par la volonté consciente de l'homme qui, en produisant un mode objectif, « se contemple dans un monde qu'il a lui-même créé », le travail aliéné marque la perte de cette signification du travail, qui se trouve alors ramené à un niveau purement animal de subsistance* » : C. ROGUE, *Le travail*, Armand Colin, 2005, p. 67 ; citant K. MARX, *Manuscrits de 1844*, trad. P. GOUGEON, Garnier-Flammarion, 1996, p. 115-116.

¹⁵⁰³ La souffrance éthique « *désigne la souffrance qui survient lorsque le sujet agit à l'encontre de son sens moral. Les manifestations d'une souffrance « éthique » concernent les situations de travail au sein desquelles le sujet est amené à exécuter des actes qu'il réprouve, en réponse à des prescriptions le plus souvent imposées au nom de la rationalité économique. La contrainte à « mal travailler », à dégrader la qualité du travail en bafouant les valeurs et règles de métier, se retrouve au cœur de ladite souffrance.* » : C. DEJOURS, I. GERNET et D. ROLO, *La souffrance psychique au travail. Comprendre les enjeux de santé du rapport subjectif au travail, in Les risques du travail, Pour ne pas perdre sa vie à la gagner*, dir. A. THÉBAUD-MONY, Ph. DAVEZIES, L. VOGEL et S. VOLKOFF, La Découverte, 2^{ème} éd., 2015, p. 306.

¹⁵⁰⁴ « *Dans de nombreux cas, aujourd'hui, sous l'effet des contraintes de gestion exercées sur les gens de métier, il devient inévitable de bâcler le travail, de trahir les règles de l'art, voire de léser le destinataire de la prestation. Au-delà de la trahison des règles de métier se devine la trahison de soi, la participation à des actes ou à des pratiques que le sens moral du patient réprouve. Plus le patient s'est impliqué et mobilisé subjectivement dans son travail, plus ladite trahison de l'éthos professionnel est délétère pour le fonctionnement psychique* » : C. DEJOURS et I. GERNET, *Psychopathologie du travail*, Elsevier Masson, 2^{ème} éd., 2016, p. 143.

¹⁵⁰⁵ Ph. ZARIFIAN, *Le travail et la compétence : entre puissance et contrôle*, PUF, 2009, p. 116.

¹⁵⁰⁶ La loi n° 2002-73, dite de modernisation sociale, du 17 janvier 2002 a précisé les caractères « *physique et mentale* » de la santé des travailleurs, au sein de l'ancien article L. 230-2 du Code du travail, devenu l'article L. 4121-1 : A. CASADO, *La protection de la santé mentale du salarié : prospective en droit pénal du travail*, CSBP 2016, n° 284, p. 218.

crise de conscience, *a priori* antinomiques. En effet, paradoxalement, la négligence de la conscience professionnelle, ou le « *bore-out* »¹⁵⁰⁷ (§1), produit des effets aussi dévastateurs que son épuisement, mieux connu sous le nom de « *burnout* » (§2).

§ 1 : La conscience professionnelle négligée

263. L'ennui au travail. Il est important de distinguer la négligence de la conscience professionnelle de son absence. Peut-être existe-t-il des individus qui en sont dépourvus, même si l'espoir demeure qu'une révélation soit possible, à l'image de ce qui peut arriver en matière de conscience personnelle. Mais il s'agit ici d'étudier les cas de travailleurs qui, alors qu'ils exerçaient scrupuleusement leurs fonctions, se sont retrouvés plus ou moins progressivement sans véritable activité, le peu de tâches exercées étant d'ailleurs dépourvu de sens. Initialement, ces individus n'ont pas voulu entamer une sorte de « *grève du zèle individuelle* ». Pourtant, ils sont devenus victimes de l'ennui au travail, appelé de plus en plus fréquemment « *bore-out* ». Cette expression d'origine anglaise¹⁵⁰⁸ est parfois traduite par les termes de « *syndrome d'épuisement professionnel par l'ennui* »¹⁵⁰⁹, de façon similaire au « *burnout* »¹⁵¹⁰. Le terme d'« *épuisement* » n'apparaît pas aussi approprié à ce cas de conscience. En effet, ce mot désigne l'action de vider quelque chose de sa substance à force d'y puiser. Or, en cas de « *bore-out* », la conscience professionnelle n'est plus exploitée mais, au contraire, négligée, voire niée.

264. Les dangers de l'ennui. Il faut cependant admettre les effets potentiellement dangereux d'une telle situation puisque des études ont démontré que « *l'absence de stimulation produit un isolement mental qui constitue un véritable supplice psychique capable*

¹⁵⁰⁷ Il s'agit ici de l'orthographe communément utilisée par les media français et dans la retranscription de l'intervention du député Lionel Tardy, lors des débats parlementaires du 8 juillet 2015 sur la loi relative au dialogue social et à l'emploi.

¹⁵⁰⁸ En anglais, le verbe « *to be bored* » signifie « *s'ennuyer* ».

¹⁵⁰⁹ C. BOURION et S. TREBUCQ, *Le bore-out syndrom*, Revue internationale de psychologie, 2011/41, vol. XVII, p. 376.

¹⁵¹⁰ La dernière pathologie mise à jour dans cette famille est appelé le « *brown-out* ». Il s'agirait, en vertu de la traduction de cette expression anglaise, d'une « *baisse de courant* » psychique, liée à la perte de sens du travail, le travailleur étant dévitalisé par l'absurdité des tâches qu'il doit réaliser et la contradiction entre ses valeurs et celles de l'entreprise : N. SANTOLARIA, *Après le burn-out et le bore-out, voici le brown-out*, Le Monde, 13 octobre 2016 ; *Pas de vraie performance sans sens au travail*, Entreprise & Carrières 2018, n° 1366, p. 13. Un ouvrage en français à ce sujet est récemment paru : F. BAUMANN, *Le brown-out : Quand le travail n'a plus aucun sens*, Éditions Josette Lyon, 2018.

de détruire la personnalité autant et plus que le fait d'être submergé de travail »¹⁵¹¹. Cet ennui, souvent lié à « l'absence de pouvoir sur son propre travail, la répétitivité et la monotonie des tâches »¹⁵¹², peut avoir pour cause soit le sentiment d'être sous-utilisé ou surqualifié, soit la dégradation de l'organisation du travail ou du style de management¹⁵¹³. Cette situation présente la particularité de se glisser dans l'« *interstice situé entre travail et chômage* »¹⁵¹⁴, une position très inconfortable dans une société où le travail vient à manquer. L'ennui « *loin d'être un repos de l'intelligence et de l'imagination, est une souffrance* »¹⁵¹⁵ pour l'individu qui, au lieu d'accumuler de l'expérience professionnelle, devient inemployable¹⁵¹⁶. En effet, à l'instar du chômage, cette autre forme d'absence de travail atteint l'individu dans son identité et peut être à l'origine de comportements dépressifs¹⁵¹⁷. Se pose alors, à nouveau, la question de la reconnaissance du travail ou, plutôt, de l'impact de son absence de reconnaissance. À ce sujet, le CESE a écrit, dans son rapport dédié à la place du travail, que « *dans une équipe de travail, la non reconnaissance peut prendre la forme d'un retrait des responsabilités, d'une mise à l'écart ou plus simplement d'une indifférence, qui équivaut dans certains cas à une négation du travail accompli* »¹⁵¹⁸. Dans son enquête « *Santé et Itinéraire professionnel* », réalisée en 2015, la DARES fait état de « *relégations* », c'est-à-dire de situations où l'individu se sent déclassé et où son travail perd de son sens¹⁵¹⁹. L'analyse des résultats de cette enquête a révélé une proportion assez faible de changements correspondant à ces situations, en laissant toutefois de côté les cas d'embauche à des postes sans aucun intérêt. Il est donc assez difficile de connaître avec précision la proportion d'actifs, de la fonction publique et du secteur privé, concernés par ce mal, bien que les signaux d'alerte se multiplient¹⁵²⁰.

¹⁵¹¹ Christian Bourion et Stéphane Trebucq citent des expériences menées au laboratoire de biologie du comportement de l'Université de Nancy ainsi que les travaux du médecin et neurobiologiste Henri Laborit : C. BOURION et S. TREBUCQ, *Le bore-out syndrom*, Revue internationale de psychologie, 2011/41, vol. XVII, p. 376.

¹⁵¹² M. NOULIN, *Ergonomie*, Octares Éditions, 2002, p. 80.

¹⁵¹³ Ph. ZAWIEJA, *Le burn out*, Que sais-je ?, PUF 2015, p. 33.

¹⁵¹⁴ C. BOURION, *Le bore-out syndrom, Quand l'ennui au travail rend fou*, Albin Michel, 2016, p. 14-15.

¹⁵¹⁵ M. NOULIN, *op. cit.*, p. 80.

¹⁵¹⁶ C. BOURION, *op. cit.*, p. 174.

¹⁵¹⁷ *cf. supra* n° 222.

¹⁵¹⁸ CESE, *La place du travail*, Avis adopté au cours de la séance du mercredi 9 juillet 2003 sur le rapport présenté par M. Bernard Vivier au nom de la section du Travail, p. II-58.

¹⁵¹⁹ Centre d'études de l'emploi, *Les changements des conditions de travail au fil des vies professionnelles : plus fréquents, moins favorables*, in *Connaissances de l'emploi*, septembre 2015, n° 124 : Sur les six typologies de changements, celui-là en représente 7%.

¹⁵²⁰ Aurélie Boulet, alias Zoé Shepard, serait l'un des premiers auteurs à avoir dénoncé ce phénomène d'emploi sans substance au sein de la fonction publique territoriale, à laquelle elle appartient, dans son ouvrage : Z.

265. Le nouveau visage de la « placardisation ». Un salarié a invoqué le « *bore-out* » pour la première fois devant le conseil de prud'hommes de Paris, alléguant être devenu victime de crises d'épilepsie après avoir été intentionnellement écarté de toute responsabilité, dépossédé de ses attributions et « *placardisé* », et avant d'être licencié¹⁵²¹. Dans un jugement du 16 mars 2018, le juge départiteur a reconnu le lien entre l'état de santé du salarié et sa situation professionnelle, mais sans faire référence au « *bore-out* », et a condamné l'employeur pour harcèlement moral¹⁵²². À l'inverse du « *bore-out* » qui est encore peu allégué, la mise au placard est l'objet d'un contentieux abondant. Si elle est démontrée, la « *placardisation* » permet au salarié d'être à l'initiative d'une sortie de crise en prenant acte de la rupture de son contrat ou en demandant la résiliation judiciaire de celui-ci, tout en continuant à – ne pas – travailler. La rupture aux torts de l'employeur, en raison du défaut de fourniture de travail ou lorsque la prestation est vidée de sa substance, a déjà été admise à plusieurs reprises par la Cour de cassation¹⁵²³. La Haute juridiction contrôle l'appréciation par les juges du fond du bien-fondé de la prise d'acte, le manquement de l'employeur à son obligation principale de

SHEPARD, *Absolument dé-bor-dée ou le paradoxe du fonctionnaire*, Albin Michel, 2010. Dans son livre précité sur le sujet, le Professeur Christian Bourion cite cet ouvrage et fait un état d'un taux de 30% de salariés sans activité ou presque. Il attribue la montée de ce phénomène à l'épaisseur croissante du Code du travail, qui aurait rendu les licenciements trop complexes et trop coûteux, favorisant ainsi le maintien d'emplois sans utilité et l'apparition de voies de garage. Certains estiment néanmoins que cette évaluation ne peut être que trop élevée car les PME, qui concentrent 65% des emplois, ne pourraient pas se permettre de rémunérer des personnes à ne rien faire : C. CROUZEL, *Le « bore-out », quand s'ennuyer au travail devient une maladie*, Chronique Livres & Idées, Le Figaro, 7 mars 2016, n° 22261.

¹⁵²¹ Le Figaro, *Il poursuit son patron parce qu'il ne lui donnait pas assez de travail*, 2 mai 2016, www.lefigaro.fr.

¹⁵²² M. PERROUD, *Bore-out : quand un groupe est condamné pour un salarié placardisé*, Challenge, 18 mai 2018.

¹⁵²³ Pour des exemples de prise d'acte où la rupture a été requalifiée aux torts de l'employeur : À propos d'un rédacteur en chef remplacé dans ses fonctions et ayant manqué d'activité professionnelle pendant plus d'un mois (au préalable, la cour d'appel avait jugé qu'en l'absence de protestation de sa part, la prise de part devait être requalifiée en démission) : Cass. soc., 3 novembre 2010, n° 09-65.254, Bull. civ. V, n° 252 ; comm. par F.-J. PANSIER, *La fin du placard : ne pas fournir du travail justifie la prise d'acte de la rupture*, CSBP 2011, n° 226, p. 3. À propos d'un employeur ne fournissant plus de travail au salarié, gérant d'une société de conseils juridiques et fiscaux, depuis 3 mois et demi : Cass. soc., 12 septembre 2012, n° 11-17.579, inédit. À propos d'un employeur ayant réduit le salarié, analyste-programmeur, à une inactivité forcée pendant 5 mois : Cass. soc., 26 septembre 2012, n° 10-30.852, inédit. À propos d'un salarié, embauché comme conducteur de chantier, puis interdit de chantier à son retour d'arrêt maladie, et affecté à un bureau sans prestation de travail suffisante : Cass. soc., 9 juin 2015, n° 13-26.834, inédit. Pour des exemples de résiliation judiciaire où la rupture a été prononcée aux torts de l'employeur : À propos d'un employeur n'ayant pas fourni les éléments de travail nécessaires au salarié, représentant de commerce statutaire, lors de son arrivée : Cass. soc., 3 mars 1966, n° 61-40.523, Bull. civ. n° 243. À propos d'une association d'aide en milieu rural ayant cessé de fournir du travail à un salarié en cours de contrat : Cass. soc., 12 juillet 1999, n° 97-43.103, inédit. À propos d'un employeur ayant repris le camion du salarié, conducteur poids-lourds, et ne lui ayant plus fourni de travail pendant un mois : Cass. soc., 31 janvier 2012, n° 10-26.322, inédit.

fournir un travail étant, nécessairement, suffisamment grave¹⁵²⁴. Les juridictions administratives sanctionnent également ce type de comportement et reconnaissent la responsabilité de l'administration¹⁵²⁵, interdite de se prévaloir de sa propre turpitude en procédant à des retenues sur traitement pour absence de service fait¹⁵²⁶. Une étude comparative de la jurisprudence révèle d'ailleurs que si la période sans activité est généralement de quelques mois dans le secteur privé, elle peut durer de longues années dans la fonction publique¹⁵²⁷. Il convient d'ailleurs de préciser qu'il a même d'abord été question de mise au placard pour les fonctionnaires car le mécanisme permettrait d'écarter ceux qui sont en disgrâce ou qui ont transgressé leur devoir de réserve. Le phénomène s'est ensuite étendu au secteur privé. Dans les deux cas, il est susceptible de concerner des personnes compétentes, impliquées dans leur travail, voire des individus ayant joué le rôle de lanceurs d'alerte en dénonçant une pratique illicite¹⁵²⁸.

266. Les sanctions de la négligence de la conscience. Lorsque la désuétude de la conscience professionnelle est provoquée intentionnellement par la hiérarchie, il peut aussi être question de harcèlement moral¹⁵²⁹, infraction qui demeure la plus invoquée par les

¹⁵²⁴ J.-Y. FROUIN, *Nécessité de fournir au salarié le travail convenu*, JCP S 2011, 1006.

¹⁵²⁵ À propos d'un conseiller des affaires étrangères n'ayant reçu aucune affectation pendant plus de 11 ans, mais qui n'avait envoyé qu'un seul courrier de réclamation au bout de 6 années sans affectation (la responsabilité de l'État a donc été diminuée d'un tiers et celui-ci a été condamné au versement d'une indemnité de 40.000€) : CE, 6 novembre 2002, *M. Guisset*, n° 227147. À propos d'un professeur d'université ne s'étant vu confier aucun enseignement ni tâche administrative pendant 9 années, mais qui n'avait envoyé que deux courriers de réclamation, alors qu'il aurait dû être davantage proactif (la responsabilité de l'État a été diminuée d'un tiers et il a été condamné au versement d'une indemnité de 20.000€) : CE, 23 juill. 2003, *M. Laville St Martin*, n° 241816. À propos d'un agent contractuel, embauché comme directeur de l'atelier de couture de l'Opéra de Nice, ayant obtenu une indemnité de licenciement à la suite d'une note de service le déchargeant de l'essentiel de ses responsabilités, le plaçant sous l'autorité de son adjoint et ne lui attribuant plus que les tâches d'élaboration du planning et de suivi des retouches : TA Nice, 23 janvier 2009, n° 05.00878 ; *La « mise au placard » était un licenciement déguisé, fautif*, AJFP 2009, p. 213.

¹⁵²⁶ CE, 26 janvier 2007, n° 282703 ; E. AUBIN, *La mise au placard de l'agent, la règle du service fait et la turpitude de l'administration*, AJDA 2007, p. 1299.

¹⁵²⁷ Comment expliquer un tel écart ? La différence entre le contrat et le statut y suffit-elle ? L'administration aurait-elle une plus grande capacité à absorber l'inactivité ? Certes, parfois, entre deux affectations, des postes de transition, pendant lesquels le fonctionnaire se retrouve en charge d'un projet plus au moins consistant, existent et peuvent durer plusieurs mois. Mais le phénomène d'absence totale d'activité paraît plus compliqué à expliquer.

¹⁵²⁸ C. BOURION et S. TREBUCQ, *Le bore-out syndrom*, Revue internationale de psychologie, 2011/41, vol. XVII, p. 376. Sur les lanceurs d'alerte : cf. *infra* n° 338 et s.

¹⁵²⁹ À propos de la résiliation judiciaire aux torts de l'employeur pour harcèlement moral d'une salariée, responsable d'achats au statut cadre, qui a été placée dans un bureau commun avec des non-cadres, n'a plus été convoquée aux comités de direction et dont les responsabilités ont été diminuées progressivement : CA Paris, 18 septembre 2007, n° 06-1737. À propos de la résiliation judiciaire aux torts de l'employeur pour harcèlement moral d'une salariée, responsable des ventes, qui a été marginalisée et s'est retrouvée enfermée dans des tâches administratives subalternes : CA Paris, 20 novembre 2007, n° 06-6694. Est victime de harcèlement moral le salarié, responsable logistique avec des mandats syndicaux, auquel l'employeur n'avait plus fourni de travail

plaideurs pour demander la sanction de la souffrance morale ainsi infligée¹⁵³⁰. En outre, la Cour de cassation estime que le maintien sans travail pendant plus d'un an et la mutation sur un poste sans aucune substance sont des éléments de nature à faire présumer une discrimination¹⁵³¹. A défaut de ressources suffisantes, s'il refuse de se battre alors qu'il ne supporte plus son absence d'activité, le salarié aura le choix entre l'abandon de poste, dont le licenciement pour faute qui en découle est potentiellement privatif des indemnités de rupture¹⁵³² mais ouvre droit aux allocations d'aide au retour à l'emploi¹⁵³³, et la démission, ne lui donnant droit à rien¹⁵³⁴. Si le « *bore-out* » n'est pas, en soi, reconnu comme une maladie professionnelle, certains se demandent déjà s'il n'est pas susceptible, à son tour, de constituer l'une des « *pathologies psychiques* » du dernier et récent alinéa de l'article L. 461-1 du Code de la sécurité sociale, à côté du « *burnout* »¹⁵³⁵. Cela n'est pas inenvisageable dans la mesure où le juge administratif a, de son côté, eu l'occasion de rendre imputable au service la dépression provoquée par la déconsidération de la conscience professionnelle via une mise au placard¹⁵³⁶.

depuis plus de deux ans, mais l'obligeant à se présenter tous les jours dans les locaux d'une société tierce dans laquelle il avait refusé sa mutation, tout en lui interdisant d'y pénétrer : Cass. soc., 19 octobre 2010, n° 09-42.391, inédit. À propos de la résiliation judiciaire aux torts de l'employeur pour harcèlement moral d'un salarié, employé de bureau au sein d'un ordre d'avocats et conseiller prud'homal, laissé sans travail pendant plusieurs mois Cass. soc., 2 février 2011, n° 09-66.781, inédit. Est victime de harcèlement moral le salarié, médecin-conseil d'une caisse de mutualité sociale agricole, auquel est retirée l'intégralité de ses missions d'expertise et cantonné à une mission locale ne l'occupant qu'une demi-journée par semaine : Cass. soc., 2 février 2011, n° 09-67.739, inédit.

¹⁵³⁰ Son incrimination se situe à l'article 222-33-2 du Code pénal et non pas dans le Code du travail : A. CASADO, *La protection de la santé mentale du salarié : prospective en droit pénal du travail*, CSBP 2016, n° 284.

¹⁵³¹ Cass. soc., 13 juillet 2016, n° 15-12.344, inédit.

¹⁵³² En vertu des articles L. 1234-5 et L. 1234-9 du Code du travail, le licenciement pour faute *grave* ne donne pas droit à l'indemnité de préavis ni à l'indemnité de licenciement.

¹⁵³³ Seuls les salariés involontairement privés d'emploi ont droit aux allocations d'aide au retour à l'emploi, tels que ceux qui sont licenciés (même pour faute grave ou lourde) : articles 1^{er} et 2 du règlement général annexé à la convention du 14 mai 2014.

¹⁵³⁴ Seules les démissions considérées « *légitimes* », comme celle décidée pour suivre le conjoint qui change de lieu de résidence pour exercer un nouvel emploi, ouvrent droit aux allocations de chômage : Accord d'application n° 14 du 6 mai 2011 pris pour l'application des articles 2, 4 et 9§2 du règlement général annexé à la convention du 6 mai 2011 relative à l'indemnisation du chômage.

¹⁵³⁵ Mais « *lorsqu'on parle d'affections psychiques, pense-t-on aussi au bore-out* » demandait le député Lionel Tardy, lors des débats parlementaires sur la loi relative au dialogue social et à l'emploi, le 8 juillet 2015.

¹⁵³⁶ Un conseiller d'administration scolaire et universitaire, après avoir été déchargé de la responsabilité d'une division importante d'un rectorat, a été affecté à des tâches sans réelle consistance, d'un niveau très inférieur aux attributions de son statut et a sombré dans la dépression au bout de 3 ans : TA Besançon, 6 novembre 2008, n° 0700935 ; S. TISSOT-GROSSRIEDER, *Imputation au service et indemnisation des incidences médicales d'une mise au placard*, AJFP 2009, p. 36.

§ 2 : La conscience professionnelle épuisée

267. Le « burnout ». Dans sa lettre écrite avant de se suicider et rendue publique, un enseignant de lycée technologique a écrit : « *le métier tel qu'il est devenu au moins dans ma spécialité ne m'est plus acceptable en conscience* »¹⁵³⁷. Ce qui peut être qualifié de « *drame de la conscience professionnelle* » a été qualifié d'imputable au service par le ministère de l'Éducation nationale en 2014. Ce cas constitue une illustration du « burnout », terme d'origine anglo-saxonne également, désignant le syndrome d'épuisement professionnel¹⁵³⁸. Selon une étude publiée par l'Institut de Veille Sanitaire en juin 2015, le taux de prévalence du « burnout » aurait augmenté entre 2007 et 2012¹⁵³⁹. Cet accroissement pourrait s'expliquer par la forte médiatisation¹⁵⁴⁰ de la souffrance psychique au travail, qui irait de pair avec la libération de la parole auprès des médecins, davantage sensibilisés depuis quelques années¹⁵⁴¹. Si la qualification du « burnout » en tant que maladie professionnelle continue d'être discutée (I), son appartenance à la catégorie des risques psychosociaux et la nécessité de le prévenir sont devenus indiscutables (II).

¹⁵³⁷ <http://institut.fsu.fr/Le-metier-ne-m-est-plus-acceptable.html>

¹⁵³⁸ En littérature, le verbe anglais « *to burn out* » aurait été utilisé pour la première fois par William Shakespeare en 1599, dans un poème où il est question d'une personne qui se « *consume d'amour* » car l'intensité du sentiment amoureux l'épuise. Ensuite, il faut attendre 1960 pour le voir réapparaître chez un autre écrivain anglais, Graham Green, l'auteur du roman intitulé « *A burnt out case* ». Il s'agit de l'histoire d'un homme qui, après avoir perdu sa foi en Dieu et en sa vocation d'architecte construisant des églises, décide de partir en Afrique pour retrouver un sens à sa vie. Le premier écrit scientifique sur le sujet est un article d'Harold B. Bradley publié dans la revue *Crime & Delinquency* en 1969, dans lequel il dénomme un stress particulier lié au travail sous le terme de « burnout ». Le terme est ensuite repris en 1974 par le psychanalyste Herbert J. Freudenberger, qui le traduit en français par celui de « *brûlure interne* ». Son usage scientifique est finalement consacré et popularisé par la psychologue Christina Maslach en 1976. Dans l'aéronautique, le « burnout » signifie l'arrêt du combustible par l'épuisement et, en électricité, il s'agit du grillage des circuits ou de la décharge progressive d'une batterie. Source : W. SCHAUFELI et D. ENZMANN, *The burnout companion to study and practice : a critical analysis*, Taylor & Francis, 1998, p. 1 et s. Le burn-out, qui s'apparente à une « *brûlure interne* », peut être présenté comme un « *état mental ou physique d'épuisement causé par un état de stress excessif et prolongé pouvant conduire au suicide* » : M. BLATMAN, P.-Y. VERKINDT et S. BOURGEOT, *L'état de santé du salarié*, Éditions Liaisons Wolters Kluwer, 2014, p. 394.

¹⁵³⁹ Cette étude a été publiée dans le Bulletin épidémiologique hebdomadaire (La souffrance psychique en lien avec le travail chez les salariés actifs en France entre 2007 et 2012, à partir du Programme de surveillance des maladies à caractère professionnel) et révèle que le taux de prévalence est passé, entre 2007 et 2012, de 2,3% en 2007 à 3,1% chez les femmes, et de 1,1% à 1,4% chez les hommes ; cité par LSQ, *Les souffrances psychiques au travail plus couramment détectées*, n° 16860, 24 juin 2015, p. 6.

¹⁵⁴⁰ « *La prévention quaternaire cherche à lutter contre les effets néfastes d'une surmédicalisation ou d'une surpsychologisation du burn out et contre les peurs engendrées par une surinformation ou une mésinformation, en tentant d'éviter une « dérive hypocondriaque »* » : Ph. ZAWIEJA, *Le burn out*, Que sais-je ?, PUF 2015, p. 110.

¹⁵⁴¹ D. BASSIRI, *La santé mentale au travail : le point de vue d'un psychiatre*, CSBP 2016, n° 284, p. 211.

I : La reconnaissance discutée d'une maladie professionnelle

268. Une prise de conscience récente. Le « *burnout* », qui s'installe progressivement, est « *caractérisé par une rupture psychique avec l'éthique du métier* »¹⁵⁴², il est « *l'indice de la séparation entre ce que les gens sont et ce qu'ils doivent faire* »¹⁵⁴³. Selon le guide réalisé conjointement par la DGT, l'Institut national de recherche et de sécurité (ci-après « *INRS* ») et l'Agence Nationale pour l'Amélioration des Conditions de Travail (ci-après « *ANACT* »)¹⁵⁴⁴ en mai 2015, le « *caractère consciencieux* » et « *l'importance primordiale du travail dans la vie et l'identité de l'individu* » jouent un rôle dans l'apparition du « *burnout* »¹⁵⁴⁵. Autrement dit, les deux pans de la conscience, morale et psychologique, entrent en ligne de compte. À ce titre, il est susceptible d'atteindre tous les types de travailleurs, « *sans distinction entre les salariés du public et ceux du privé, ni entre les fonctions qu'ils occupent* » et peut frapper « *aussi bien les travailleurs indépendants que les salariés des grandes entreprises* »¹⁵⁴⁶. Comme le ministre du Travail l'a rappelé lors des débats parlementaires de mai 2015, le « *burnout* » « *n'est pas officiellement classifié comme une maladie par les experts* » car il s'agit d'« *un ensemble de symptômes auquel on a donné le nom de syndrome d'épuisement professionnel* »¹⁵⁴⁷. Parmi les six facteurs considérés comme susceptibles de déclencher le « *burnout* », figurent la surcharge de travail, le manque de contrôle, le manque de récompense, la perte de l'esprit de groupe, l'absence d'équité et les conflits de valeurs¹⁵⁴⁸. Certains facteurs sont très proches de ceux des risques psychosociaux identifiés dans le Rapport du collège d'experts dirigé par Michel Gollac, remis au ministre du Travail le 11 avril 2001 : la surcharge fait écho à l'intensité du travail, le manque de contrôle au manque d'autonomie, l'absence d'esprit de groupe à la mauvaise qualité des rapports sociaux de travail

¹⁵⁴² F. DARSES et M. de MONTMOLLIN, *L'ergonomie*, Éditions La Découverte, 2002, p. 84.

¹⁵⁴³ C. MASLACH et M. P. LEITER, *Burn out, le syndrome d'épuisement professionnel*, Les Arènes, 2011, p. 42.

¹⁵⁴⁴ Dans un rapport relatif à la santé au travail, remis au premier ministre le 28 août 2018, il est préconisé de créer un établissement public qui réunirait l'INRS, l'ANACT et l'Organisme professionnel de prévention du bâtiment et des travaux publics (« *OPPBT* ») afin de « *concentrer l'expertise nationale en matière d'ingénierie de prévention au sein d'un même organisme* » : C. LECOCQ, B. DUPUIS et H. FOREST, *Santé au travail : vers un système simplifié pour une prévention renforcée*, Rapport, août 2018, p. 133.

¹⁵⁴⁵ Ministère du travail, ANACT et INRS, *Le syndrome d'épuisement professionnel ou burnout, Mieux comprendre pour mieux agir*, Guide d'aide à la prévention, mai 2015, p. 15.

¹⁵⁴⁶ Extraits des propos de Monsieur Benoît Hamon : Compte rendu intégral de la troisième séance du jeudi 28 mai 2015 devant l'Assemblée nationale.

¹⁵⁴⁷ Extraits des propos de Monsieur François Rebsamen, ministre du Travail : Compte rendu intégral de la troisième séance du jeudi 28 mai 2015 devant l'Assemblée nationale.

¹⁵⁴⁸ C. MASLACH et M. P. LEITER, *Burn out, le syndrome d'épuisement professionnel*, Les Arènes, 2011, p. 73 et s.

et le conflit de valeurs à la souffrance éthique¹⁵⁴⁹. Les principaux symptômes sont la chute de productivité, l'irritabilité excessive, la panique intérieure provoquée par le changement, la culpabilité de ne pas faire mieux et la perte de contact avec l'environnement familial et professionnel¹⁵⁵⁰. En réalité, cet « *état d'esprit durable, négatif et lié au travail* », cette « *condition psychique et progressive peut longtemps passer inaperçu du sujet lui-même* »¹⁵⁵¹.

269. Un mal à part. Pour mieux cerner le « *burnout* », il est intéressant de le différencier d'autres notions relativement proches. Par exemple, ce type d'épuisement ne peut être assimilé au « *workaholism* »¹⁵⁵², l'addiction au travail qui peut conduire au « *burnout* » mais pas forcément, ni au « *karoshi* »¹⁵⁵³, la mort par excès de travail qui survient subitement par un accident vasculaire cérébral ou un infarctus, alors que le « *burnout* » s'installe progressivement. Il convient toutefois de noter que, en 2012, la Cour de cassation a reconnu la faute inexcusable de l'employeur dans la survenance d'un infarctus, reconnu comme accident du travail, d'un salarié rédacteur en chef en raison du stress lié à sa surcharge de travail¹⁵⁵⁴.

¹⁵⁴⁹ Les deux derniers des six facteurs de risques psychosociaux sont les exigences émotionnelles et l'insécurité de la situation de travail. Il est préconisé que le suivi de ces facteurs concerne aussi bien les salariés de la fonction publique que les salariés des entreprises et les indépendants, et que l'enquête soit réalisée tous les six ans, par des entretiens de visu avec les travailleurs : *Rapport Gollac, préc.*

¹⁵⁵⁰ M. CORNATON, *Pourquoi nous travaillons*, collection Le Croquant, L'Harmattan, 2012, p. 24.

¹⁵⁵¹ Le « *burnout* » est d'abord marqué par l'épuisement accompagné d'anxiété et de stress, d'un sentiment d'amoindrissement de l'efficacité, d'une chute de la motivation et du développement de comportements dysfonctionnels au travail : Ph. ZAWIEJA, *Le burn out, Que sais-je ?*, PUF 2015, p. 15.

¹⁵⁵² Le mot « *workaholic* » symbolise bien la condition actuelle de certains travailleurs : C. ROGUE, *Le travail*, Armand Colin, 2005, p. 95. Certes, la fin de ce terme anglais (« *-aholic* ») évoque la dépendance envers le travail (« *work* »), telle une drogue, et donc l'inverse de l'épanouissement : M. THÉVENET, *Le plaisir de travailler, Favoriser l'implication des personnes*, Éditions d'Organisation, 2004, p. 25.

¹⁵⁵³ Dans ce terme japonais, « *karo* » signifie « *fatigue au travail* » et « *shi* » veut dire « *mort* ». Ce syndrome est reconnu comme une maladie professionnelle au Japon depuis la fin des années 1960 et est susceptible de toucher tous les types de professions : E. LECOMTE, *Mourir d'épuisement au travail, c'est possible ?*, Sciences et avenir, publié le 26 août 2013. Avec la centaine de cas – chiffre contesté par les spécialistes qui l'estiment bien plus élevé – reconnus chaque année, le ministère du Travail japonais admet qu'il s'agit d'un grave problème : M. TEMMAN, *Le Japon ne veut pas voir ses « karoshi »*, Libération, 5 juin 2006. Le karoshi est « *la suite d'une importante surcharge de travail dont les conséquences dépassent le burn-out lui-même* » : M. BLATMAN, P.-Y. VERKINDT et S. BOURGEOT, *op. cit.*, p. 394.

¹⁵⁵⁴ La surcharge de travail – qui est l'un des facteurs du « *Rapport Gollac* » – a été prouvée par l'absence de remplacement de plusieurs postes et un constat d'huissier révélant une augmentation de la production du salarié de 40% sur les six derniers numéros de la publication, étant précisé qu'il n'avait eu droit à aucune reconnaissance financière : Cass. civ. 2^e, 8 novembre 2012, n° 11-23.855, inédit ; G. SINGER, *Stress, pathologie cardiaque et faute inexcusable ? Questions à Maître Christophe Noize*, Lexbase hebdo éd. soc. 2012, n° 510 ; M. DEL SOL, *Accident cardiaque du salarié : les pratiques managériales liées au stress au révélateur de l'obligation de sécurité et de la faute inexcusable*, Lexbase hebdo éd. soc. 2012, n° 510 ; en appel : CA Versailles, 30 juin 2011, n° 10/05831, commenté par O. de CASSAGNAC, *Surcharge de travail : la faute inexcusable de l'employeur peut être retenue*, JSL 2011, 309.

Par ailleurs, si le « *burnout* » ressemble parfois à la dépression¹⁵⁵⁵, il s'inscrit quant à lui d'abord dans le cadre professionnel alors que la dépression s'étend à tous les aspects de la vie¹⁵⁵⁶. Toutefois, lorsque la dépression prend racine au travail, la Haute juridiction ne se prive pas d'en tirer toutes les conséquences qui s'imposent, comme dans un arrêt de 2007 qui reconnaît la faute inexcusable de l'employeur dans le cadre d'une tentative de suicide d'un salarié à son domicile pendant un arrêt maladie¹⁵⁵⁷. S'il faut également distinguer le « *burnout* » du stress¹⁵⁵⁸ ou syndrome général d'adaptation, dont l'étude est devenue centrale¹⁵⁵⁹ et qui ne remet pas forcément en cause le sens du travail, les deux sont néanmoins liés puisque le stress provoque l'épuisement s'il perdure.

270. Une potentielle pathologie psychique. En France, la reconnaissance n'est pas automatique puisque, en l'absence de consensus autour de cette question, le « *burnout* » ne figure pas aux tableaux des maladies professionnelles mais nécessite l'intervention de comités régionaux compétents. Ce système existait déjà mais l'alinéa 6 de l'article L. 461-1 du Code de la sécurité sociale, introduit par l'article 27 de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, prévoit désormais expressément que « *les pathologies psychiques peuvent être reconnues comme maladies d'origine professionnelle* » à certaines

¹⁵⁵⁵ C. MASLACH et M. P. LEITER, *Burn out, le syndrome d'épuisement professionnel*, Les Arènes, 2011, p. 64.

¹⁵⁵⁶ Ministère du travail, ANACT et INRS, *Le syndrome d'épuisement professionnel ou burnout, Mieux comprendre pour mieux agir*, Guide d'aide à la prévention, mai 2015, p. 11.

¹⁵⁵⁷ Cass. civ. 2^e, 22 février 2007, n° 05-13.771, Bull. civ. II, n° 54 ; H. KOBINA GABA, *Le syndrome anxio-dépressif à l'origine d'un accident du travail et faute inexcusable de l'employeur*, D. 2007, p. 1767.

¹⁵⁵⁸ La Cour de cassation considère que le stress relève du régime de l'accident du travail, et non de la maladie professionnelle, mais seulement en ce qu'il est à l'origine d'une lésion physique (Cass. civ. 2^e, 5 juin 2008, n° 07-14.150, inédit : à propos de la rupture d'anévrisme d'un salarié) ou d'un trouble psychologique (Cass. civ. 2^e, 1^{er} juillet 2003, n° 02-30.576, Bull. civ II, n° 218 : à propos d'une dépression nerveuse). Le salarié bénéficie d'une présomption d'imputabilité du stress au travail mais l'employeur peut la renverser en démontrant que l'état de stress est dû à une cause totalement étrangère au travail (Cass. civ. 2^e, 27 janvier 2004, n° 02-30.454, inédit : l'accident vasculaire cérébral d'un chauffeur routier dans la cabine de son véhicule, à l'issue d'une nuit de repos, n'a pas été reconnu comme accident du travail dès lors qu'il n'est pas apparu à la suite d'efforts physiques ou d'une accumulation de fatigue). Si le salarié prouve la faute inexcusable de l'employeur, il a droit à une rente majorée. Il existe un Accord-cadre européen du 8 octobre 2004 sur le stress au travail, qui a été transposé dans la plupart des pays européens, soit par la voie conventionnelle (Suède, France), soit par la voie législative (France, Pays-Bas). En France, l'ANI du 2 juillet 2008, définitivement signé le 24 novembre 2008 et étendu par arrêté en date du 23 avril 2009, décrit l'état de stress, tel l'Accord-cadre européen, comme un « *déséquilibre entre la perception qu'une personne a des contraintes que lui impose son environnement et la perception qu'elle a de ses propres ressources pour y faire face* ». Les négociations que cet ANI imposait aux partenaires sociaux de mettre en place n'ont pas abouti, de sorte que le Gouvernement a mis en place un « *Plan anti-stress 2010* » pour imposer aux entreprises de plus de mille salariés de mettre en place une négociation collective sur ce thème avant février 2010 sous peine d'une publication en ligne d'un classement des entreprises. Toutefois, la publication en ligne de cette liste n'a pas été prolongée au-delà de 24 heures.

¹⁵⁵⁹ G. KARNAS, *Psychologie du travail, Que sais-je ?*, PUF 4^{ème} éd., 2018, p. 83 et s.

conditions. Ces dernières sont l'« *avis motivé d'un comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles* »¹⁵⁶⁰, « *lorsqu'il est établi qu'elle est essentiellement et directement causée par le travail habituel de la victime et qu'elle entraîne le décès de celle-ci ou une incapacité permanente d'un taux* »¹⁵⁶¹ « *fixé à 25%* »¹⁵⁶². Cet article a été ajouté au projet de loi initial, par des amendements des députés Benoît Hamon et Gérard Sebaoun, ainsi que du gouvernement, devant l'Assemblée nationale¹⁵⁶³, malgré les réticences de certains¹⁵⁶⁴ à définir de façon législative « *ce qui est en passe de devenir le mal du siècle* »¹⁵⁶⁵. Il avait été supprimé par la commission des affaires sociales du Sénat, en première et en nouvelle lectures, au motif qu'il n'y avait pas eu d'étude d'impact satisfaisante au préalable. Mais l'article a été réintroduit à chaque fois par la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale. La nouveauté consiste en réalité dans l'apparition de « *modalités spécifiques de traitement des demandes de reconnaissance* » dans un décret du 7 juin 2016¹⁵⁶⁶. Dorénavant, lorsque sont étudiés des cas d'affection psychique, la composition des comités régionaux peut être revue pour intégrer des professeurs-praticiens ou praticiens spécialisés en psychiatrie¹⁵⁶⁷. De plus, chaque fois qu'il l'estime utile, le comité peut faire appel à l'avis d'un spécialiste en psychiatrie¹⁵⁶⁸.

¹⁵⁶⁰ CSS art. L. 461-1 al.5.

¹⁵⁶¹ CSS art. L. 461-1 al. 4.

¹⁵⁶² CSS art. R. 461-8.

¹⁵⁶³ Article 19 bis du texte n° 521 adopté par l'Assemblée nationale le 2 juin 2015. « *Nous aurons un débat sur la question du burn-out, qui menace nombre de salariés soumis à des conditions de travail difficiles. Sans aller jusqu'à le reconnaître comme une maladie professionnelle, des avancées sont possibles* » : Monsieur Christophe Sirugue, Compte rendu intégral de la première séance du mardi 26 mai 2015 devant l'Assemblée nationale. « *Si nécessaire, le groupe socialiste (...) ne restera pas indifférent à toute avancée supplémentaire ou à des préoccupations nouvelles : je pense au syndrome d'épuisement professionnel, évoqué tout à l'heure, car il confine à la dépression majeure et détruit le salarié tant sur le plan psychique que physique* » : Monsieur Michel Liebgott, compte rendu préc.

¹⁵⁶⁴ « *Tel est le cas du burn-out– en français : « syndrome d'épuisement professionnel ». Je souhaite évoquer ce sujet, qui touche un grand nombre de nos concitoyens sur leur lieu de travail, car des amendements ont été déposés dessus. Le syndrome d'épuisement professionnel prend toutefois de très nombreuses formes et, pour ma part, je ne pense pas qu'on puisse régler par voie d'amendement ce grave problème. Les partenaires sociaux doivent continuer à en discuter ; on ne doit pas prendre le risque de créer des cas de jurisprudence en écrivant un texte à la va-vite, sans donner du phénomène une définition correcte* » : Madame Catherine Lemorton, compte rendu préc.

¹⁵⁶⁵ Expression utilisée par Madame Marie-Françoise Bechtel lors de la séance à l'Assemblée nationale du 28 mai 2015.

¹⁵⁶⁶ Décret n° 2016-756 du 7 juin 2016 relatif à l'amélioration de la reconnaissance des pathologies psychiques comme maladies professionnelles et du fonctionnement des comités régionaux de reconnaissance des maladies professionnelles (CRRMP).

¹⁵⁶⁷ Extrait de CSS art. D. 461-27 : « *Pour les pathologies psychiques, le professeur des universités-praticien hospitalier ou le praticien hospitalier particulièrement qualifié en pathologie professionnelle peut être remplacé par un professeur des universités-praticien hospitalier ou un praticien hospitalier spécialisé en psychiatrie* ».

¹⁵⁶⁸ Extrait de CSS art. D. 461-27 : « *Pour les pathologies psychiques, le médecin-conseil ou le comité fait appel, chaque fois qu'il l'estime utile, à l'avis d'un médecin spécialiste ou compétent en psychiatrie* ».

271. L'obstacle à la reconnaissance comme maladie professionnelle. La véritable difficulté dans la reconnaissance de la maladie demeure dans le taux minimum d'incapacité permanente de 25 %, que très peu d'affections psychiques liées au travail réussissent à atteindre. Certains appellent ainsi à la suppression du seuil minimal d'incapacité, comme cela a été réalisé en Suède¹⁵⁶⁹. Un rapport du Gouvernement, proposant l'intégration du « *burnout* » dans le tableau des maladies professionnelles ou l'abaissement du seuil d'incapacité permanente partielle, aurait dû être remis avant le 1^{er} juin 2016 au Parlement, en vertu de l'article 33 de la loi dite « *Rebsamen* ». Ce rapport n'est pas censé s'étendre à l'étude du phénomène dans le secteur public, l'amendement en faveur de l'extension ayant été rejeté étant donné que « *la reconnaissance des maladies professionnelles dans la fonction publique ne répond pas aux mêmes règles que dans le secteur privé* »¹⁵⁷⁰. Actuellement, en Europe, seul le Danemark a inscrit une pathologie mentale – l'état de stress post-traumatique – dans son tableau des maladies professionnelles. C'est ce qu'explique un rapport intitulé « *le burn-out* » de Patrick Légeron et de Jean-Pierre Olié, qui a quant à lui bien été remis à l'Académie de Médecine en février 2016 et exprime la prise de position de cette institution sur le sujet. Dans ce rapport, il est admis que ce phénomène est, certes, encore mal connu du point de vue médical et rappelé que les facteurs étiologiques du « *burnout* » sont ceux des risques psychosociaux.

II : La prévention indiscutable d'un risque psychosocial

272. La prévention primaire. Comme pour le « *bore-out* », en cas de « *burnout* » lié à une situation de harcèlement moral, l'employeur peut être sanctionné et le salarié obtenir réparation, après avoir notamment pris acte de la rupture de son contrat¹⁵⁷¹. Mais, si la crainte

¹⁵⁶⁹ Extraits des propos de Monsieur Benoît Hamon : Compte rendu intégral de la troisième séance du jeudi 28 mai 2015 devant l'Assemblée nationale. Lors de la même séance, le ministre du Travail a expliqué que le système suédois est moins favorable car l'état de la victime doit être stabilisé, alors que cette condition a disparu en France depuis 2012, et que le nombre de reconnaissances est en constante dégradation dans ce pays, à l'inverse de la France.

¹⁵⁷⁰ « *Les tableaux de maladies professionnelles ne sont pas applicables de plein droit aux fonctionnaires et il n'existe pas de seuil d'incapacité permanente psychique dans la fonction publique* » : Extraits des propos de Monsieur Christophe Sirugue : Compte rendu intégral de la Deuxième séance du mercredi 8 juillet 2015 devant l'Assemblée nationale.

¹⁵⁷¹ « *La charge de travail excessive de la salariée ainsi que des méthodes de management brutales et peu respectueuses des salariées avaient provoqué une dégradation des conditions de travail et une altération de l'état de santé physique et psychique de l'intéressée, sans que l'employeur prenne les mesures nécessaires pour prévenir les risques psychosociaux, la cour d'appel a pu en déduire que l'employeur avait commis des manquements dont elle a fait ressortir qu'ils étaient suffisamment graves pour rendre impossible la poursuite du*

du contentieux peut agir comme un outil permettant de dissuader de tels comportements, il en existe d'autres. Le guide précité de la DGT, l'ANACT et l'INRS a été salué en tant qu'« *outil de prévention à destination des acteurs de l'entreprise* »¹⁵⁷². Ce guide met l'accent sur la nécessité de former les différents acteurs de l'entreprise¹⁵⁷³ et contient des conseils du ressort de la « *prévention primaire* ». Celle-ci a pour but d'empêcher la survenance du « *burnout* » en agissant sur les causes, c'est-à-dire en contenant les exigences professionnelles à un niveau où elles n'épuisent pas les ressources de l'individu et en créant un environnement de travail augmentant les ressources professionnelles¹⁵⁷⁴. Il est d'ailleurs intéressant de constater que certains de ces conseils sont relativement proches des recommandations formulées par Christina Maslach et Michael P. Leiter, spécialistes de la question du « *burnout* »¹⁵⁷⁵. Parmi ces préceptes communs, figurent notamment l'attribution à chacun d'une charge de travail supportable¹⁵⁷⁶, la garantie d'un soutien social solide¹⁵⁷⁷, le développement du sentiment de participation à la prise de décision, l'assurance d'une juste reconnaissance du travail et le respect des valeurs d'équité. Le consensus le plus fort se cristallise autour de la possibilité de discuter des critères de qualité du travail¹⁵⁷⁸, qui doit octroyer au travailleur le sentiment de réaliser un travail important et apprécié. Cette méthode de la « *dispute professionnelle* »¹⁵⁷⁹ –

contrat » : Cass. soc., 9 décembre 2015, n° 14-23.355, inédit. « *Des méthodes brutales de management et une surcharge de travail peuvent conduire des salariés au burn-out. Et à la condamnation de l'employeur pour harcèlement moral, comme le montre cette affaire* » : note de M. C., RPDS n° 852, avril 2016.

¹⁵⁷² Extraits des propos de Monsieur François Rebsamen, ministre du Travail : Compte rendu intégral de la troisième séance du jeudi 28 mai 2015 devant l'Assemblée nationale. Néanmoins, d'aucuns l'ont jugé insuffisant à régler une telle question face à la pression de l'actionariat pour lequel, dans sa vision à court terme de la productivité, l'amélioration de la qualité du travail apparaîtrait comme une entrave : Extraits des propos de Monsieur Benoît Hamon : Compte rendu intégral de la troisième séance du jeudi 28 mai 2015 devant l'Assemblée nationale. Pourtant, puisque le « *burnout* » affecte les résultats de l'entreprise en entraînant une baisse de la productivité des travailleurs concernés, il doit être pris au sérieux : C. MASLACH et M. P. LEITER, *Burn out, le syndrome d'épuisement professionnel*, Les Arènes, 2011, p. 110 et s.

¹⁵⁷³ Si les salariés doivent être informés et formés sur le « *burnout* », il est aussi important de favoriser son dépistage par les services de ressources humaines, le management et les services de santé au travail. Parmi les recommandations énumérées par le rapport de l'Académie de Médecine sur le « *burnout* » de février 2016, figure d'ailleurs la nécessaire collaboration de ces différents services, qui doit être institutionnalisée pour prévenir l'ensemble des pathologies mentales liées au travail : J.-P. OLIÉ et P. LÉGERON, *Le burn-out*, Académie Nationale de Médecine, rapport adopté au cours de la séance du 23 février 2016, au nom du groupe de travail des Commissions V (Psychiatrie et santé mentale), p. 12.

¹⁵⁷⁴ Ph. ZAWIEJA, *Le burn out*, Que sais-je ?, PUF 2015, p. 100.

¹⁵⁷⁵ C. MASLACH et M. P. LEITER, *op. cit.*

¹⁵⁷⁶ Cela passe par le fait de s'assurer de la planification des congés, d'aménager les horaires pour les concilier avec la vie personnelle et de dialoguer sur les objectifs.

¹⁵⁷⁷ Selon le guide de 2015, cela passe par le fait de faciliter les pauses collectives et la relation de confiance avec la hiérarchie.

¹⁵⁷⁸ *cf. supra* n° 236.

¹⁵⁷⁹ Y. CLOT et M. GOLLAC, *Le travail peut-il devenir supportable*, Armand Colin, 2^{ème} éd., 2017, p. 136.

une autre façon de dénommer la controverse sur le travail bien fait – doit d'abord avoir lieu entre collectifs de travail et sans la hiérarchie, à partir de situations ordinaires analysées par les collectifs de professionnels concernés en première ligne, puis en présence de la hiérarchie. Ces recommandations relèvent du niveau « *organisationnel* » et du niveau « *psycho-organisationnel* » car il s'agit pour les entreprises d'agir pour prendre en considération la santé psychique au travail, en diminuant les exigences de travail et en augmentant les ressources humaines pour y faire face¹⁵⁸⁰. Dès lors, si l'organisation du travail dans l'entreprise permet de mobiliser l'intelligence individuelle et collective, c'est le travail lui-même qui devient outil de prévention et de thérapie¹⁵⁸¹.

273. La prévention secondaire. Dans l'idéal, ces premières mesures devraient être complétées par des mesures de prévention secondaire, visant à réduire la proportion de personnes touchées par le burnout. Parmi celles-ci, certaines doivent relever d'un niveau « *de nature politique* », seul susceptible de garantir l'aménagement efficace des conditions de travail, et d'autres appartenir au « *niveau individuel* », la tension psychologique du travailleur pouvant être atténuée grâce au développement de ses ressources extraprofessionnelles¹⁵⁸². C'est l'indispensable équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle et la possibilité de déconnecter qui refont alors surface. Au titre de ce degré de prévention, les pistes pourraient être le développement du document unique d'évaluation des risques professionnels, l'accroissement du rôle de l'inspection du travail et de l'ANACT¹⁵⁸³, la réalisation d'audits ou

¹⁵⁸⁰ Ph. ZAWIEJA, *Le burn out*, Que sais-je ?, PUF 2015, p. 97-98.

¹⁵⁸¹ « *Aujourd'hui, (...) le travail ne peut revêtir un caractère thérapeutique pour le sujet ou plus généralement permettre son accomplissement, qu'à certaines conditions (...) La première concerne toutes les conditions favorables à la mobilisation de l'intelligence individuelle ou ingéniosité. La seconde et la plus importante de ces conditions pour la mobilisation de l'intelligence en général, c'est la reconnaissance, c'est-à-dire la formulation d'un jugement sur le travail accompli. Or, la reconnaissance par les pairs n'est possible que si fonctionne un collectif. Ce qui est déterminant à ce niveau, c'est la confiance et la loyauté au sein du groupe. Celles-ci ne naissent pas spontanément. Elles ne peuvent se construire que si les membres d'une équipe sont en mesure de s'accorder sur les mêmes règles de travail. C'est l'existence de règles partagées qui structure le groupe et conditionne l'existence du collectif* » : V. GANEM, I. GERNET, C. DEJOURS, *Le travail : que signifie ce terme en clinique et psychopathologie du travail*, Revue L'information psychiatrique, 2008/9, vol. n° 84, p. 801.

¹⁵⁸² Ph. ZAWIEJA, *Le burn out*, Que sais-je ?, PUF 2015, p. 97, 98 et 103.

¹⁵⁸³ Dans le rapport sur la « *santé au travail* » remis au Premier ministre le 28 août 2018, il est recommandé de créer une structure régionale de prévention, qui serait une structure de droit privé avec pour mission d'intérêt général la préservation de la santé au travail et qui regrouperait en son sein les services interentreprises, les compétences des ARACT (déclinaisons régionales de l'ANACT), entre autres. Cette structure comprendrait une cellule spécifiquement dédiée à la prise en charge des « *RPS* », qui interviendrait à la demande des entreprises, des salariés ou des travailleurs indépendants ou en cas de « *signalement de RPS laissant craindre des facteurs pathogènes dans une entreprise, une organisation ou un secteur d'activité* » : C. LECOCQ, B. DUPUIS et H. FOREST, *Santé au travail : vers un système simplifié pour une prévention renforcée*, Rapport, août 2018, p. 7 et 140. Le dernier cas d'intervention correspondrait à une alerte : cf. *infra* n° 338 et s.

encore la mise en place de services d'écoute psychologiques et de médiation¹⁵⁸⁴. Le troisième Plan santé 2016-2020 va d'ailleurs dans ce sens car il prévoit de se focaliser sur le « *burnout* » non seulement dans le cadre des campagnes de communication territoriales sur les risques psychosociaux, mais aussi par le biais de diffusion de bonnes pratiques à destination des médecins, validées par la Haute Autorité de santé¹⁵⁸⁵. Des recommandations en ce sens figurent aussi dans le rapport de l'Académie de Médecine, qui insiste en outre sur l'importance de la création d'une structure de coopération interministérielle (Travail, Santé et Recherche), à l'instar de ce qui existe déjà pour la toxicomanie. À travers l'exemple du « *burnout* », il apparaît que la confrontation du droit aux risques psychosociaux revient « *à penser à une échelle collective des risques induits par le travail* » et à « *sortir de l'approche individuelle de la santé-sécurité, autrement dit de rompre avec l'individualisation des troubles* »¹⁵⁸⁶.

274. Conclusion de section. La crise de conscience a pour origine un cas de conscience, le travailleur constatant un décalage entre les capacités et/ou les aspirations de sa conscience professionnelle et ce que sa hiérarchie attend de lui. Si ce cas devient une crise, c'est parce que l'absence ou l'excès de charge de travail fait perdre au travailleur la conscience de soi et de ses aptitudes, ainsi que ses repères moraux. Un arsenal juridique existe pour sanctionner l'employeur et obtenir réparation, voire guérison si la maladie est reconnue professionnelle¹⁵⁸⁷. À ces mesures, s'ajoutent celles de prévention des crises, prises en tant que risques psychosociaux. Il est toutefois possible d'aller plus loin dans la prévention.

¹⁵⁸⁴ Ph. ZAWIEJA, *op. cit.*, p. 104.

¹⁵⁸⁵ Il s'agit de l'action 1.20 du Plan : Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, *Plan santé au travail 2016-2020*, p. 23, consultable sur www.travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/pst3.pdf

¹⁵⁸⁶ L. LEROUGE, *Les « risques psychosociaux » en droit : retour sur un terme controversé*, Dr. soc. 2014, p. 152.

¹⁵⁸⁷ Ça peut aussi être le cas si l'origine de la crise de conscience est qualifiée d'accident du travail.

Section 2 : L'épanouissement de la conscience professionnelle

275. Entre sollicitation et repos. L'état de plénitude de la conscience professionnelle pourrait être atteint, ou du moins recherché, par des processus qui, s'ils peuvent paraître antinomiques à première vue, sont en réalité hautement complémentaires. Il s'agit, d'une part, de la stimulation de cette conscience laborieuse dans le cadre du travail (§1) et, d'autre part, de la garantie de pouvoir déconnecter en dehors (§2).

§ 1 : La stimulation de la conscience professionnelle

276. La recherche de stimuli. Nombreux sont ceux qui cherchent à savoir comment encourager la conscience professionnelle de leurs collaborateurs afin d'en obtenir une productivité et une qualité de travail maximales. Or, dans le monde du travail, « *il n'existe pas de stimulus qui garantisse la réponse de l'autre en termes d'implication* »¹⁵⁸⁸. Bien entendu, le travailleur peut être attiré, et donc potentiellement stimulé, par une rémunération élevée. Toutefois, la conscience professionnelle d'un travailleur peut difficilement être réduite à l'état de marchandise qui s'achète¹⁵⁸⁹. Au contraire, celle-ci doit s'entendre comme une qualité qui, si elle peut être inhérente à certaines personnalités, doit impérativement être entretenue par l'environnement ainsi que l'intérêt du travail, et pas uniquement par l'attrait financier. L'entreprise, *largo sensu*, est en effet un « *lieu de relations humaines étroites dont le niveau*

¹⁵⁸⁸ « *Seules les personnes peuvent s'impliquer. La seule chose que l'entreprise puisse faire, c'est satisfaire aux conditions nécessaires de l'implication mais il dépendra toujours des personnes qu'elles soient suffisantes.* » : M. THÉVENET, *Politique de personnel et implication des personnes*, in *L'implication au travail*, dir. J.-P. NEVEU et M. THÉVENET, Librairie Vuibert, 2002, p. 12.

¹⁵⁸⁹ C'est pour cette raison qu'il a été choisi d'étudier la rémunération comme une forme de récompense de la conscience professionnelle plutôt que comme un mécanisme de stimulation : cf. *supra* n° 253 et s. Le rôle de l'argent dans l'implication au travail a d'ailleurs été relativisé par plusieurs théoriciens. Selon la « *théorie de la hiérarchie des besoins* » (1943) du psychologue américain Abraham Maslow, la motivation serait une force intérieure visant à combler un manque, si bien qu'il serait nécessaire de connaître les besoins de son personnel pour réussir à le motiver. Dans cette optique, le travail est vu comme le fruit d'un échange entre les résultats de l'effort accompli par l'individu et les récompenses que lui donne l'organisation, à condition que les récompenses correspondent aux besoins que l'individu cherche à satisfaire. Il répertorie cinq niveaux dans la hiérarchie des besoins, avec à la base les besoins organiques puis la sécurité, l'amour, l'appartenance et enfin, la réalisation de soi. Maslow recommande ainsi de favoriser l'intérêt au travail et de replacer l'argent à sa juste valeur : la rémunération ne constituerait un facteur de motivation que lorsqu'elle permet de satisfaire des besoins physiologiques (tels que s'alimenter ou se vêtir) et ne serait donc motivante que pour les bas salaires. Dans certains cas, le besoin serait donc satisfait par le travail lui-même, quand il s'agit d'un besoin de pouvoir ou de réussite. Selon la « *théorie du résultat escompté* » de Victor Vroom, Professeur à l'Université de Yale, la motivation est tributaire de la manière dont chacun comprend les caractéristiques de son environnement de travail. Ces développements sont inspirés de : *Perspective gestions publiques*, publication de l'IGPDE/Recherche – Études – Veille n° 30 – mars 2009.

de qualité est un des leviers de performance »¹⁵⁹⁰. Il convient alors de se demander si les traductions juridiques des concepts d'ergonomie (I) et des déclarations d'intention en matière de qualité de vie au travail, parfois appelée la « QVT » (II), ainsi que leur application, permettraient de rejaillir sur le niveau de diligence des travailleurs.

I : L'ergonomie au service de la conscience professionnelle

277. Conditions de travail versus productivité. Il existe un débat entre ceux qui considèrent qu'améliorer les conditions de travail – voire, les conditions de vie au travail – permet d'engager le salarié favorablement dans son activité et de créer un gain de rendement, et ceux qui, à l'inverse et à l'instar de Frederick Winslow Taylor à partir de la fin du 19^{ème} siècle, pensent qu'améliorer la productivité permet d'assurer la viabilité de l'entreprise et donc de garantir de meilleures conditions de travail¹⁵⁹¹. Si le modèle taylorien a d'abord rencontré un succès certain, il a été remis en cause dès le début du 20^{ème} siècle¹⁵⁹² et a continué d'être critiqué par la suite¹⁵⁹³, même s'il n'est pas certain que son influence ait cessé¹⁵⁹⁴. Depuis les

¹⁵⁹⁰ La conscience qu'ont les « leaders » de leur rôle et la considération forte de leurs équipes sont d'autres leviers de performance : S. PETERS, *La conscience de soi, alliée du leader*, Le Monde, 18 mai 2015.

¹⁵⁹¹ « *Le bien-être n'est pas une condition technique de la performance, mais une des contreparties de ses exigences croissantes : l'obtention de la coopération* » : A. REYMANN, *La performance collective*, Résumé à partir de morceaux choisis extraits de l'ouvrage de Xavier Baron intitulé « *Repenser l'organisation des travailleurs du savoir* », Cah. du DRH, 2013, 197.

¹⁵⁹² Dans son ouvrage intitulé « *Principes de psychologie appliquée* », paru en 1930, le médecin et psychologue Henri Wallon reconnaît le bien-fondé de l'intention de Taylor mais il en dénonce les limites : « *priver l'homme de son initiative, l'amputer de son initiative pendant sa journée de travail (...) aboutit à l'effort le plus dissociant, le plus fatigant, le plus épuisant qui se puisse trouver* » : R. OUVRIER-BONNAZ, *Taylorisme, rationalisation, sélection, orientation de Henri Wallon*, Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé, n° 14-2, consultable sur <http://journals.openedition.org/pistes/2614>. « *Le taylorisme, en amputant (...) le travailleur de toute initiative, aboutit à son épuisement physique et psychique en raison de l'effort qu'il doit fournir non seulement pour suivre la cadence mais aussi pour refouler son activité* » : M. CORNATON, *Pourquoi nous travaillons*, collection Le Croquant, L'Harmattan, 2012, p. 179.

¹⁵⁹³ C. LEVY-LEBOYER, *La motivation au travail, Modèles et stratégies*, Éditions d'Organisation, 2^{ème} éd., 2001, p. 160 et s. L'un des objets du taylorisme était d'améliorer l'efficacité du travail grâce au découpage des tâches, et de lutter contre la tendance à la flânerie des ouvriers. En effet, Taylor était convaincu que la motivation viendrait avec un intérêt financier ou par la satisfaction de bien faire son travail. Pourtant, loin de stimuler la motivation des ouvriers, elle a déclenché beaucoup d'hostilité et eu des effets pervers (absentéisme, grèves, délais non tenus et qualité insuffisante entre autres). L'École des relations humaines a contesté le taylorisme en rappelant que l'homme au travail a, avant tout, besoin d'être considéré et de reconnaître son appartenance à un groupe : M. NOULIN, *Ergonomie*, Octares Éditions, 2002, p. 13 et s. « *On sait que l'un des objectifs du taylorisme était de retirer aux ouvriers professionnels le pouvoir qu'ils tenaient de leur savoir, en rendant ce dernier sans objet* » : A. SUPIOT, *L'identité professionnelle*, in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 425 ; A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 3^{ème} éd., 2015, p. 104. « *Il faut alors rendre au travailleur des marges de liberté dans la réalisation de son travail, renouant ainsi avec la tradition des « arts mécaniques » que l'organisation taylorienne avait cherché à faire disparaître* » : A. SUPIOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, p. 255.

années 1980, le concept d'« *organisation apprenante* », ou « *responsabilisante* »¹⁵⁹⁵, est d'ailleurs privilégié¹⁵⁹⁶. Il s'agit de corriger les erreurs de production en même temps que la façon de penser et la stratégie, en associant tous les membres de l'entreprise à cette réflexion¹⁵⁹⁷, au prix toutefois d'un « *reporting* »¹⁵⁹⁸ de l'activité devenu quasiment omniprésent¹⁵⁹⁹. Un travailleur satisfait et motivé étant plus productif, l'accent est davantage mis sur l'aménagement optimal des conditions de travail.

¹⁵⁹⁴ Il n'est toutefois pas certain que le modèle de Taylor ait totalement disparu de l'esprit des équipes dirigeantes car, avec le développement des nouvelles technologies et l'assouplissement des horaires, le « *surcroît d'autonomie, d'implication et de responsabilité peut s'accompagner, dans un grand nombre de cas concrets, d'une augmentation de la prescription* » : J. BOISSONNAT, *Le travail dans vingt ans*, Rapport, Commissariat général du Plan, Éditions Odile Jacob, La Documentation française, 1995, p. 99. « *On nous parle d'une ère post-taylorienne ou post-salariale alors que le travail reste fondamentalement le même. Ce qui évolue, ce sont les statuts et les techniques de contrôle sous l'effet de l'introduction des nouvelles technologies. Le règlement intérieur a été remplacé par l'ordre technologique, ce que j'appellerais la « taylorisation assistée par ordinateur ».* » : J.-E. RAY, *Du salariat à la taylorisation assistée par ordinateur*, Espace social européen, 24 février 1995, n° 280, p. 21. Selon un autre point de vue, il faudrait reconnaître que « *le taylorisme et l'organisation dite scientifique du travail ont indéniablement favorisé la croissance de la production et de la consommation* » : M. DRANCOURT, *Leçon d'histoire sur l'entreprise, De l'Antiquité à nos jours*, PUF, 2002, 2^{ème} éd., p. 178. Sur la participation du taylorisme dans le passage du contrat de louage d'ouvrages ou de services au contrat de travail : « *Pour fonctionner, l'atelier a besoin de méthodes collectives auxquelles sont désormais formés les salariés. (...) À cet égard, et malgré les critiques qu'il a suscitées, le taylorisme joue un rôle majeur dans cette nouvelle conception du travail et donc de l'entreprise. Frédéric Taylor est le premier à penser que l'encadrement technique met fin aux relations marchandes dans les ateliers. (...) Cette approche bouleverse les conceptions économiques du travail, car l'ouvrier n'est plus seul responsable de la productivité, et donc du surplus dégagé. Les performances sont collectives et, comme l'écrit Taylor : « La responsabilité de l'exécution de la tâche est partagée entre la direction et l'ouvrier ».* » : B. SEGRESTIN et A. HATCHUEL, *Refonder l'entreprise*, Éditions du Seuil et la République des Idées, 2012, p. 36-37.

¹⁵⁹⁵ Un rapport du think tank Terra Nova constate que l'autonomie des travailleurs – qui passerait par la possibilité de définir ses tâches, d'influencer l'organisation du travail et de s'impliquer dans la gouvernance de l'entreprise – régresse en France alors qu'il s'agit d'un levier d'amélioration de la qualité de vie au travail : E. BOURDU, M.-M. PERETIE et M. RICHER, *Vers des organisations du travail responsabilisante*, Rapport Terra Nova, 13 juin 2016.

¹⁵⁹⁶ Récemment, le phénomène de l'« *entreprise libérée* », défendu par Isaac Getz, Professeur à l'ESCP, a rencontré un franc succès dans les media. Il va au-delà de celui de l'organisation apprenante car il y est question de libération du système hiérarchique – en tout cas de l'encadrement intermédiaire – au profit d'un univers où chaque salarié est plus autonome, et donc responsabilisé : « *forme organisationnelle au sein de laquelle les employés jouissent d'une liberté totale et ont la responsabilité d'entreprise des actions, qu'ils, et non leur patron, considèrent être les meilleures* » : I. GETZ et B. M. CARNEY, *Liberté & Cie*, Fayard, 2012. De plus, à l'inverse de l'organisation apprenante, les tâches de « *reporting* » doivent être drastiquement réduites dans l'« *entreprise libérée* ». Ce concept est notamment expliqué par : Y. CAVAREC, *Huit questions sur l'entreprise libérée*, Les Echos, 9 avril 2015 ; M. NASI, *L'« entreprise libérée » fait des émules en France*, Le Monde, 2 juin 2016.

¹⁵⁹⁷ A. REYMANN, *art. préc.*, 197.

¹⁵⁹⁸ « *Terme anglo-saxon, le reporting désigne le fait de fournir un rapport sur tel ou tel domaine de l'activité de l'entreprise* » : R. RAFFRAY, *La diffusion à l'initiative de l'entreprise, Reporting et expertise*, in *L'éthique de l'entreprise, Questions d'actualité*, dir. F. BUY et J. THÉRON, Actes du colloque du 21 novembre 2014 organisé par le Centre Michel de l'Hospital à l'École de droit de Clermont Ferrand, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 37.

¹⁵⁹⁹ Le reporting est devenu « *l'une des plaies de l'entreprise* » : M. CORNATON, *Pourquoi nous travaillons*, collection Le Croquant, L'Harmattan, 2012, p. 199.

278. Définition. L'ergonomie, discipline récente, va dans ce sens et repose sur la double finalité d'amélioration de la condition du travailleur et d'amélioration de la performance du système « *homme-machine* »¹⁶⁰⁰. Issu de l'anglais « *ergonomics* »¹⁶⁰¹, ce mot a été construit à partir des termes grecs « *ergon* » (travail) et « *nomos* » (règles). Au vu de cette étymologie, il n'est donc pas étonnant que l'ergonomie soit définie comme la « *science du travail ayant pour objet l'adaptation du travail à l'homme ou l'amélioration des conditions de travail* »¹⁶⁰². Si la première définition de l'ergonomie est en effet celle de l'étude scientifique des conditions de travail, il en existe une seconde, qui consiste à l'appréhender comme la « *recherche de la meilleure adaptation entre un matériel et l'utilisateur* »¹⁶⁰³. Selon le Conservatoire national des arts et métiers (« *CNAM* »), il s'agit de « *la discipline scientifique qui vise la compréhension fondamentale des interactions entre les humains et les autres composantes d'un système* » en même temps que « *la profession qui applique principes théoriques, données et méthodes en vue d'optimiser le bien-être des personnes et la performance globale des systèmes* »¹⁶⁰⁴. Son intervention est requise au stade de la conception ou de la correction à apporter aux postes de travail¹⁶⁰⁵, pour prévenir les dysfonctionnements et les pathologies¹⁶⁰⁶. L'ergonomie étudie alors les distinctions entre travail prescrit, travail réel¹⁶⁰⁷ et travail

¹⁶⁰⁰ Les trois autres principes qui caractérisent l'ergonomie sont : l'objectif d'adaptation du travail à l'homme, la contribution au développement des connaissances utiles en la matière et un modèle d'approche fondé sur une recherche et/ou une intervention à caractère pluridisciplinaire centrée sur l'activité concrète au travail : G. KARNAS, *Psychologie du travail*, Que sais-je ?, PUF 4^{ème} éd., 2018, p. 91.

¹⁶⁰¹ Le Dictionnaire anglais Harrap's Chambers définit l'ergonomie comme suit : « *the study of the relationship between people and their working environment, including machinery, computer systems, etc.* ». Il est également précisé que l'emploi de ce mot apparaît dans les années 1940, qu'il provient du grec et qu'il a été construit à partir du terme « *economics* » : Harrap's Chambers, *Concise Dictionary*, Chambers Harrap Publishers Ltd, 2004, entrée « *ergonomics* », p. 392.

¹⁶⁰² Définition issue de : <https://www.dsi.cnrs.fr/methodes/ergonomie/definition.htm>

¹⁶⁰³ En 2001, Le Grand Robert décrit l'ergonomie uniquement comme « *l'étude scientifique des conditions (psychophysiologiques et socio-économiques) de travail et des relations entre l'homme et la machine* » : *Le Grand Robert de la langue française*, 2^e éd., dir. A. Rey, 2001. Mais, en 2014, le Petit Robert indique un second sens, en plus du premier précité, à ce mot qu'est la « *recherche de la meilleure adaptation entre un matériel et l'utilisateur, qualité d'un objet ainsi conçu* » : Petit Robert 2014, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, le Robert, 2014. Quant à la Société d'Ergonomie de Langue Française, elle définit l'ergonomie comme « *la mise en œuvre de connaissances scientifiques relatives à l'homme et nécessaires pour concevoir des outils, des machines et des dispositifs qui peuvent être utilisés par le plus grand nombre avec un maximum de confort, de sécurité, d'efficacité* » : <https://ergonomie-self.org/ergonomie/definitions-tendances/>

¹⁶⁰⁴ <http://ergonomie.cnam.fr/ergonomie/index.html>

¹⁶⁰⁵ M. NOULIN, *Ergonomie*, Octares Éditions, 2002, p. 28.

¹⁶⁰⁶ *Le télétravail salarié, L'adaptation des conditions de travail et de management*, Cah. du DRH 2001, n° 50 suppl.

¹⁶⁰⁷ Le travail prescrit correspond à la tâche assignée et à ses conditions de réalisation, telles qu'elles sont spécifiées formellement par la hiérarchie, tandis que le travail réel représente ce qui est effectivement réalisé par l'opérateur, compte tenu de tous les aléas susceptibles de survenir : P. REYTIER, *Ergonomie au travail, Principes et pratiques*, Afnor, 2003, p. 52 ; F. DARSESES et M. de MONTMOLLIN, *L'ergonomie*, Éditions La Découverte, 2012, p. 44. Sur le concept de travail réel : cf. *supra* n° 233 et s., 243 cf. *infra* n° 372.

perçu¹⁶⁰⁸. L'un des acquis fondamentaux de l'ergonomie est d'ailleurs qu'« *au travail, les gens ne peuvent pas se contenter d'appliquer les consignes* »¹⁶⁰⁹ puisque la prescription théorique se confronte à la réalité du terrain¹⁶¹⁰. C'est d'ailleurs parce qu'il participe à la définition des seuils au-delà desquels il existe un risque pour la santé des opérateurs¹⁶¹¹, que l'ergonome est parfois tenté de passer de l'analyse du travail à celle du travailleur. Toutefois, dans un tel cas, il doit céder sa place car il ne s'agit pas de son métier¹⁶¹².

279. Apparitions dans le Code du travail. Étant donné cette définition de l'ergonomie et les liens très forts entretenus par cette discipline avec le travail, il paraît d'autant plus surprenant que le terme d'« *ergonomie* » n'apparaisse que quatre fois dans le Code du travail. À deux reprises, il est question des « *principes de l'ergonomie* »¹⁶¹³ mais ceux-ci ne sont pas définis. Au mieux, est-il possible de déduire des deux autres apparitions du terme que l'application de ces principes doit permettre de concevoir des machines ou équipements permettant de limiter au maximum les nuisances pour le travailleur, lorsqu'ils sont utilisés conformément à ce qui était prévu¹⁶¹⁴. Toutefois, ce faible taux de présence ne doit pas laisser penser que l'ergonomie serait étrangère au Code du travail. Au contraire, l'article L. 4121-2 du Code du travail reprend à son compte la définition en rappelant que l'employeur doit mettre en œuvre les mesures permettant d'« *adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment de limiter le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé* ». Mais, une fois cette déclaration de principe effectuée, force est de constater, à l'instar du Professeur Cyril Wolmark, que la codification s'intéresse davantage à la mise en œuvre de règles techniques très précises plutôt qu'à la définition des « *méthodes de travail* » ou aux outils de lutte contre le « *travail monotone* »¹⁶¹⁵. Il n'en demeure pas moins que les sujets abordés dans la

¹⁶⁰⁸ Pour une distinction du travail réel et du travail perçu : D. CHOUANIERE, *Prévention des RPS : approche théorique*, SSL 2012, Suppl., 1536.

¹⁶⁰⁹ Ph. DAVEZIES, *Une affaire personnelle ?*, in *Le travail intenable*, dir. L. THERY, Éditions La découverte, 2006, p. 144.

¹⁶¹⁰ Sur la confrontation au réel : cf. *supra* n° 233 et s.

¹⁶¹¹ P. REYTIER, *Ergonomie au travail, Principes et pratiques*, Afnor, 2003, p. 12.

¹⁶¹² F. DARSEZ et M. de MONTMOLLIN, *L'ergonomie*, Éditions La Découverte, 2012, p. 66.

¹⁶¹³ C. trav. art. R. 4323-91 concernant les équipements de protection individuelle ; C. trav. art. R. 4542-5 concernant l'utilisation d'écrans de visualisation.

¹⁶¹⁴ C. trav. R. 4312-1, Annexe I concernant les règles de sécurité applicables aux machines neuves ; C. trav. à R. 4312-6, Annexe II concernant aussi les équipements de protection individuelle.

¹⁶¹⁵ C. WOLMARK, *Quelle place pour le travail dans le droit du travail ?*, Dr. soc. 2016, p. 439.

quatrième partie du Code du travail, qui est relative à la santé et à la sécurité au travail, à travers les livres sur les lieux de travail, les équipements ou encore la prévention des risques, traite directement de sujets d'ergonomie. Il s'agit par exemple de l'éclairage¹⁶¹⁶, de l'insonorisation¹⁶¹⁷, de l'installation des équipements¹⁶¹⁸ ou encore du travail sur écran¹⁶¹⁹. Il est même prévu de réétudier ce dernier sujet à travers le troisième « *Plan santé au travail* » pour 2016-2020 du ministère du Travail, les pouvoirs publics ayant pris conscience de la nécessité de veiller aux conditions d'usage des outils numérique¹⁶²⁰.

II : La qualité de vie au travail au service de la conscience professionnelle

280. La « QVT » et les partenaires sociaux. Au-delà de la légalisation des mesures techniques et physiques relatives aux lieux et équipements de travail, une réflexion doit être conduite pour identifier et réaliser les autres conditions propices à l'épanouissement de la conscience professionnelle. Le bien-être au travail n'est sans doute pas en soi un concept juridique¹⁶²¹ mais certains textes de droit international¹⁶²² et comparé¹⁶²³ y font référence¹⁶²⁴.

¹⁶¹⁶ Article R. 4223-1 et s. : l'article R. 4223-2 prévoit par exemple que l'éclairage est assuré de manière à « éviter la fatigue visuelle et les affections de la vue qui en résultent ».

¹⁶¹⁷ Parmi les articles R. 4213-5 et suivants du Code du travail, l'article R. 4213-5 dispose que les travailleurs ne doivent pas être exposés à un niveau d'exposition sonore quotidienne supérieure à 85 dB(A).

¹⁶¹⁸ Parmi les articles R. 4323-6 et suivants du Code du travail, l'article R. 4323-12 requiert que les passages entre les équipements de travail aient une largeur d'au moins 80 centimètres.

¹⁶¹⁹ Parmi les articles R. 4542-1 et suivants du Code du travail, l'article R. 4542-6 dispose notamment que l'écran est exempt de reflets et de réverbérations susceptibles de gêner l'utilisateur. La directive européenne 90/270/CEE du 29 mai 1990 aborde ce sujet.

¹⁶²⁰ L'action n°1.21, intitulée « veiller aux conditions d'usage des outils numériques », énonce, entre autres, qu'il faut « porter ces questions au niveau européen notamment dans le cadre d'une éventuelle adaptation de la directive relative aux écrans de visualisation » : Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, *Plan santé au travail 2016-2020*, p. 23, consultable sur www.travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/pst3.pdf

¹⁶²¹ « Il est facile de constater qu'à la réflexion sur cette notion les spécialistes du droit du travail sont rarement associés (et ne cherchent d'ailleurs guère à l'être) » : *Qualité de vie au travail : la part des juristes*, dir. P. ADAM, RDT 2017, p. 476.

¹⁶²² Au niveau européen, la Commission a adopté un programme visant à adopter « une approche globale du bien-être au travail » afin d'améliorer la qualité du travail. Le point 3.1 précise que « la politique communautaire de santé et de sécurité au travail doit avoir comme objectif l'amélioration continue de l'état de bien-être au travail, à la fois physique, moral et social », ce qui passe notamment par « la prévention des risques sociaux », « la prise en compte des changements dans les formes d'emploi » ou encore « l'analyse des risques nouveaux » comme les « risques ergonomiques » : Communication de la Commission, *S'adapter aux changements du travail et de la société : une nouvelle stratégie communautaire de santé et de sécurité 2002-2006*, 11 mars 2002, COM(2002) 118 final.

¹⁶²³ En transposant la directive 89/391/CEE du 12 juin 1989, la Belgique est l'un des premiers pays à légiférer sur le sujet, avec la loi du 4 août 1996, relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, et ses arrêtés d'exécution. Ces textes ont été rassemblés, avec d'autres, au sein d'une codification intitulée « *Code du bien-être au travail* », publié au Moniteur belge le 2 juin 2017. Le bien-être est défini juridiquement comme « l'ensemble des facteurs concernant les conditions dans lesquelles le travail est effectué » (art. 3, §1^{er}, 1^o). La

Par exemple, au niveau international, le préambule de la Constitution de l’OMS de 1946 définit la santé comme « *un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d’infirmité* », faisant apparaître le travail en filigrane avec l’usage de l’adjectif « *social* ». En France, l’Accord National Interprofessionnel du 19 juin 2013, sur la qualité de vie au travail¹⁶²⁵, explique que cette notion vise la possibilité de « *faire du bon travail* »¹⁶²⁶, qui n’est autre que le propre de la conscience¹⁶²⁷ professionnelle. Plus précisément, l’article 12 de cet accord rappelle qu’il faut donner la possibilité aux salariés de s’exprimer sur la qualité de leur travail, et par ricochet sur celle des biens et services produits, à travers des espaces de discussion, éventuellement animé par un « *réfèrent métier* ». Sans qu’elles n’y soient encore contraintes, plusieurs entreprises ont d’ores et déjà commencé à s’inspirer de ce texte et à décliner ses principes en leur sein¹⁶²⁸.

lecture de la structure de ce code révèle qu’il s’apparente en réalité au premier livre de la quatrième partie du Code du travail français puisqu’il traite de l’hygiène, de la santé et de la sécurité au travail en général.

¹⁶²⁴ F. HÉAS, *Le bien-être au travail*, JCP S 2010, 1284.

¹⁶²⁵ Son intitulé exact est Accord « *vers une politique d’amélioration de la qualité de vie au travail et de l’égalité professionnelle* ». Il a été signé par la CGPME, l’UPA et le MEDEF, côté patronal, et par la CFDT, la CFE-CGC et la CFTC, côté salarial.

¹⁶²⁶ La qualité de vie au travail est définie dans l’Article 1 du Titre II comme « *le sentiment de bien-être au travail perçu collectivement et individuellement qui englobe l’ambiance, la culture de l’entreprise, l’intérêt du travail, les conditions de travail, le sentiment d’implication, le degré d’autonomie et de responsabilisation, l’égalité, un droit à l’erreur accordé à chacun, une reconnaissance et une valorisation du travail effectué* ». Ainsi, « *les signataires de l’accord du 19 juin 2013 ne se sont pas engagés dans l’illusoire recherche d’une définition notionnelle mais ont adopté une approche pragmatique. Ils ne se sont pas laissé entraîner sur le terrain du « bonheur au travail », ni même sur celui du « bien-être au travail ». Même s’il faut reconnaître la difficulté de distinguer qualité de vie au travail et bien-être au travail. Tout au plus, remarquera-t-on que la référence au bien-être tend à accentuer la dimension subjective tandis que l’usage de l’expression « qualité de vie au travail » allie des éléments objectifs ou au moins objectivables et des éléments rattachables à la perception par le travailleur de sa propre situation.* » : S. FANTONI et P.-Y. VERKINDT, *Charge de travail et qualité de vie au travail*, Dr. soc. 2015, p. 106.

¹⁶²⁷ La conscience apparaît sous une autre de ses formes dans le Titre I qui stipule que l’un des objets de l’accord est « *d’augmenter la prise de conscience et la compréhension des enjeux de la qualité de vie au travail* ».

¹⁶²⁸ Le 30 mars 2015, un accord triennal sur la qualité de vie au travail a été signé entre la Société Générale et les organisations syndicales CFDT, CFTC, FO et SNB-CGC. Le 17 février 2016, la direction d’Airbus Helicopters et ses trois organisations syndicales représentatives ont signé un accord qui est le fruit d’un compromis entre une plus grande flexibilité dans l’organisation du temps de travail et des contreparties en termes de qualité de vie au travail. Le 1^{er} mars 2016, l’UES Aon France a conclu un accord triennal sur la qualité de vie au travail qui instaure un devoir de déconnexion pendant les différents temps de repos ainsi qu’une « *Ethics Helpline* ». Le 30 juin 2016, un accord relatif à la qualité de vie au travail a été signé au sein de l’UES Batigère, société gérant des HLM à Metz. Il promeut l’épanouissement au travail et entend renforcer la prévention contre les facteurs d’épuisement professionnel, entre autres objectifs. Le 5 juillet 2016, la Caisse des dépôts et consignations a conclu un accord au titre éponyme, qui entend notamment valoriser les bonnes pratiques consistant à « *mieux travailler ensemble* » et inciter à la qualité des relations entre collègues et avec la hiérarchie. Le 6 juillet 2016, la branche des banques populaires a signé un accord collectif majoritaire triennal sur les conditions de vie au travail. Cet accord encourage la création d’espaces de partage (sur l’expérience du travail, le savoir-faire et le bien-être) et le recours à des ergonomes, considérant qu’un bon environnement de travail contribue à la qualité de vie au sein de l’entreprise. Il prévoit également un « *droit individuel à la déconnexion* » qui se concrétise

Même en l'absence d'accord, une large majorité d'entreprises européennes¹⁶²⁹ développent actuellement des politiques de « *qualité de vie au travail* »¹⁶³⁰, de « *bien-être au travail* », voire d'« *entreprises en santé* »¹⁶³¹. Cela inclut des actions de promotion de santé, la mise en place de services pour faciliter la vie quotidienne des salariés ainsi que l'apparition de la fonction, un peu caricaturale, de « *manager du bonheur* »¹⁶³². S'il est encore difficile de mesurer les effets de ces politiques de bien-être au travail sur la condition physique et mentale des principaux intéressés, il est cependant certain que certaines entreprises réussissent à bénéficier d'une renommée relative à leur gestion des ressources humaines, ce qui leur vaut d'attirer les salariés les plus prometteurs. L'Administration, en tant qu'employeur, s'est également saisie de la question. Des enquêtes sur les conditions de travail ont lieu auprès des agents et débouchent sur des plans d'action. En 2015, par exemple, les ministères sociaux ont mis à jour un « *Baromètre social* » abordant des thèmes tels que le bien-être au travail, l'autonomie ou encore la charge de travail. En juillet 2018, l'observatoire national sur la qualité de vie au travail des professionnels de santé a vu le jour. Composé de douze experts, il a pour missions de produire des contributions opérationnelles pour aider les professionnels à améliorer leur pratique et de rassembler toutes les connaissances sur le sujet¹⁶³³. En réalité, le bien-être des salariés, même s'il ne représente pas la finalité première de l'entreprise, peut devenir un choix éthique de ses dirigeants, qui décideraient d'aller au-delà des obligations légales¹⁶³⁴.

notamment par l'absence d'obligation de répondre aux mails en dehors du temps de travail (avec une mention de rappel automatique intégrée dans les signatures électroniques) et un droit d'alerte de la hiérarchie en cas de débordements récurrents.

¹⁶²⁹ 71% des employeurs européens veulent miser sur l'instauration d'une culture de santé et bien-être, selon une enquête du cabinet Willis Tower Watson en date du 18 avril 2016 : *Les entreprises européennes de plus en plus sensibles à la santé et au bien-être au travail*, LSQ n° 17068, lundi 25 avril 2016.

¹⁶³⁰ Selon Monsieur Jean-François Claude, Directeur de la démarche « *valeur* » à l'Association nationale pour la Formation Professionnelle des Adultes (appelée l'« *AFPA* »), « *les démarches qualités, si on se dégage quelque peu de toute l'instrumentalisation qu'elles génèrent, constituent un véritable levier d'acculturation à une conduite qui est à l'écoute de l'autre et se met à son service* » : J.-F. CLAUDE, *L'éthique au service du management*, Éditions Liaisons, 2^e éd., 2002, p. 201.

¹⁶³¹ D. CHOUANIÈRE, *Prévention des RPS : approche théorique*, SSL 2012, Suppl., 1536.

¹⁶³² Issu initialement du monde des start-up américaines, le phénomène de « *CHO* », pour « *chief happiness manager* » (cela pourrait se traduire par « *directeur du bonheur* »), tend à se développer. Le salarié en charge de ces fonctions peut avoir des missions variées, allant de l'organisation de déjeuners d'équipe, à la mise à disposition de services de bien-être pour le personnel, en passant par l'accueil et l'intégration des nouvelles recrues : J. LE BOLZER, *Les nouveaux métiers du bien-être en entreprise*, Les Echos.fr, 20 juin 2017.

¹⁶³³ Ministère des Solidarités et de la Santé, *Qualité de vie au travail : Agnès Buzyn installe l'observatoire national de la qualité de vie au travail des professionnels de santé*, Communiqué de presse, 2 juillet 2018.

¹⁶³⁴ A. REYMANN, *La performance collective*, Résumé à partir de morceaux choisis extraits de l'ouvrage de Xavier Baron intitulé « *Repenser l'organisation des travailleurs du savoir* », Cah. du DRH, 2013, 197. Sur le

281. La « QVT » et les pouvoirs publics. Ce qui aurait pu sembler n'être qu'un simple effet de mode est devenu un objectif relayé par les pouvoirs publics. En effet, l'ANACT¹⁶³⁵, qui a été créée en 1973 et comprend des antennes au niveau régional, considère que le développement d'une bonne qualité de vie au travail participe de l'amélioration de l'efficacité et donc à la performance de l'entreprise¹⁶³⁶. Elle organise depuis plus d'une décennie la semaine de la qualité de vie au travail et le réseau de ses agences régionales a été identifié comme accompagnateur des expérimentations issues de l'Accord national interprofessionnel de 2013¹⁶³⁷. Le deuxième « *Plan santé au travail* » pour 2010-2014, présenté par le Ministère du Travail, compte d'ailleurs parmi ses enjeux « *le développement de la santé et du bien-être au travail* ». Quant au législateur, il a entendu retranscrire, voire aller plus loin que l'Accord du 19 juin 2013. Ce travail a commencé avec la loi dite « *Rebsamen* » du 17 août 2015¹⁶³⁸, qui a véritablement introduit la notion de qualité de vie au travail dans le Code du travail¹⁶³⁹ par le biais d'une consultation et d'une négociation. Depuis lors, dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur engage chaque année, une négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, et la qualité de vie au travail¹⁶⁴⁰. Cette négociation porte, entre autres, sur l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle et l'exercice du droit d'expression directe et collective des salariés¹⁶⁴¹. La consultation du comité social et économique sur la politique sociale de l'entreprise ne mentionne pas expressément la qualité de vie au travail mais elle peut être déduite des thèmes tels que l'évolution de l'emploi, les qualifications, les conditions de travail et les modalités d'exercice du droit d'expression des salariés pour les entreprises dans lesquelles aucun accord sur ce sujet n'existe¹⁶⁴². En

principe selon les règles éthiques doivent élever le niveau de protection accordée aux travailleurs : *cf. infra* n° 453.

¹⁶³⁵ L'article R. 4642-1 du Code du travail dispose que l'ANACT est établissement public national à caractère administratif placé sous la tutelle du ministre chargé du travail, dont le champ d'intervention couvre notamment à la promotion de la santé au travail et de la qualité de vie au travail.

¹⁶³⁶ *10 questions sur le management au travail*, Le Réseau ANACT - ARACT, décembre 2015.

¹⁶³⁷ H. LANOUZIÈRE, *Un coup pour rien ou un tournant décisif ?*, *L'accord du 19 juin 2013 sur la qualité de vie au travail*, SSL 2013, n° 1597, p. 4.

¹⁶³⁸ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

¹⁶³⁹ Ch. FROUIN, *Aspects stratégiques et opérationnels de la loi Rebsamen*, LPA 2015, n° 256, p. 4.

¹⁶⁴⁰ C. trav. art. L. 2242-1.

¹⁶⁴¹ C. trav. art. L. 2242-17.

¹⁶⁴² C. trav. art. L. 2312-26.

revanche, depuis 1973¹⁶⁴³, il est expressément prévu par le Code du travail que les « *activités sociales et culturelles établies dans l'entreprise au bénéfice des salariés* », gérées par le comité social et économique, comprennent, entre autres, « *les activités « tendant à l'amélioration des conditions du bien-être* », telles que les cantines ou les colonies de vacances, ainsi que les services sociaux chargés « *de veiller au bien-être du salarié dans l'entreprise* »¹⁶⁴⁴. En outre, depuis 1992¹⁶⁴⁵, il est écrit dans le Code du travail que les dimensions des locaux doivent permettre aux travailleurs d'exécuter leur tâche sans risque pour leur « *bien-être* »¹⁶⁴⁶. Il sera vu ci-après que la loi dite « *Travail* » du 8 août 2016 a poursuivi ce mouvement en faveur de la qualité de vie au travail.

§ 2 : La déconnexion de la conscience professionnelle

282. Le déséquilibre créé par les « NTIC »¹⁶⁴⁷. La manière dont l'homme organise son temps serait une « *véritable construction révélatrice de sa personnalité* »¹⁶⁴⁸. Toutefois, ce dernier dispose d'une marge de manœuvre quelque peu limitée dans le monde du travail puisque la gestion de son temps va surtout dépendre des règles de l'entreprise et de l'état du marché de l'emploi. À propos de l'activité professionnelle, Karl Marx considérerait que « *la vie commence pour l'ouvrier quand cette activité prend fin, à table, au bistrot, au lit* »¹⁶⁴⁹. Selon ce dernier, il existait donc une véritable séparation entre la vie professionnelle et la vie personnelle de l'ouvrier¹⁶⁵⁰. Mais, si le travail a pu, pendant un temps, être considéré comme un lieu unique, qui serait « *protégé hermétiquement du reste de l'existence* », l'expérience professionnelle ne peut dorénavant plus être aussi clairement séparée du reste de la vie

¹⁶⁴³ Le décret n° 73-1048 du 15 novembre 1973 fixant la partie réglementaire du code du travail avait créé l'ancien article R. 432-2.

¹⁶⁴⁴ C. trav. art. R. 2312-35. L'article D. 4632-8 du Code du travail précise que le conseiller du travail qui « *agit sur les lieux de travail* » doit notamment « *veiller au bien-être du travailleur dans l'entreprise et (de) faciliter son adaptation au travail* ». Cet objectif est rappelé par l'article D. 4632-9 du même code, tandis que l'article D. 4632-4 dispose que le conseiller du travail est celui qui assure le service social et « *qui exerce les fonctions de conseiller technique pour les questions sociales auprès du comité social et économique* ».

¹⁶⁴⁵ Le décret n° 92-332 du 31 mars 1992 avait créé l'ancien article R. 235-3-16 du Code du travail.

¹⁶⁴⁶ C. trav. art. R. 4214-22.

¹⁶⁴⁷ Il s'agit de l'abréviation pour « *nouvelles technologies de l'information et de la communication* ».

¹⁶⁴⁸ M. NOULIN, *Ergonomie*, Éditions Octares, 2002, p. 85.

¹⁶⁴⁹ K. MARX, *Travail salarié et capital*, ensemble d'articles parus dans *Rheinische Zeitung*, 1849, *Œuvres*, La Pléiade, tome I p. 204-205 ; cité par : M. CORNATON, *Pourquoi nous travaillons*, collection Le Croquant, L'Harmattan, 2012, p. 55.

¹⁶⁵⁰ Les activités énumérées ici par Marx ne sont pas sans rappeler un autre adage de Loysel, datant quant à lui du début du 17^{ème} siècle : « *Boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage ce me semble* » (*Institutes coutumières, manuel de plusieurs et diverses règles, sentences, & proverbes du droit coutumier & plus ordinaire de la France*, 1607).

humaine¹⁶⁵¹. Il est indéniable que « *la réflexion intellectuelle d'un salarié, quelle que soit sa position hiérarchique (...) ne s'arrête pas à la porte de l'entreprise, lorsque l'horaire quotidien est achevé, pour reprendre le lendemain matin* »¹⁶⁵². Au vingt-et-unième siècle, la production, le lieu et le temps de travail se dématérialisent d'autant plus avec le développement fulgurant des nouvelles technologies de l'information et de la communication, parfois décrits comme d'« *extraordinaires outils d'asservissement* »¹⁶⁵³, avec lesquels il peut être tentant d'entretenir un rapport obsessionnel. Le déséquilibre ainsi créé entre les temps et les sphères de la vie du travailleur est désormais incontestable, faisant d'ailleurs l'objet de rapports¹⁶⁵⁴.

283. La nécessité de revenir à l'équilibre. Les résultats des sondages paraissent sans appel : la majorité des responsables des ressources humaines estiment que la porosité entre la vie professionnelle et la vie personnelle a un impact négatif sur la charge de travail¹⁶⁵⁵, plus du tiers des Français estiment devoir rester joignables en vacances¹⁶⁵⁶ et les trois-quarts des

¹⁶⁵¹ M. THÉVENET, *Politique de personnel et implication des personnes*, in *L'implication au travail*, dir. J.-P. NEVEU et M. THÉVENET, Librairie Vuibert, 2002, p. 15. Ainsi, au cours de l'introduction des « *Assises du temps, du travail et de l'emploi à l'initiative des femmes* », organisées par l'Institut européen du leadership, il était déploré que « *le travail absorbe la totalité de la conscience, de l'énergie, de l'engagement, du temps libre ; rien n'est fait pour préparer l'avenir, pour trouver un équilibre entre vie professionnelle et vie privée (...) le travail unique pôle d'attraction absorbe la totalité des êtres et ne favorise aucun autre engagement* » : Institut européen du leadership, *Les assises du temps, du travail et de l'emploi à l'initiative des femmes*, Paris, IEL, 1995 ; cité par : J. BOISSONNAT, *Le travail dans vingt ans*, Rapport, Commissariat général du Plan, Éditions Odile Jacob, La Documentation française, 1995, p. 99.

¹⁶⁵² « *Les problèmes posés, les questions à résoudre impérativement, les situations à dénouer ont tendance à demeurer à l'esprit, consciemment ou non, et ce, à tout moment de la journée ou de la nuit* » : CESE, *La place du travail*, Avis adopté au cours de la séance du mercredi 9 juillet 2003 sur le rapport présenté par M. Bernard Vivier au nom de la section du Travail, p. II-84.

¹⁶⁵³ C. ROGUE, *Le travail*, Armand Colin, 2005, p. 93. « *Le droit du travail actuel (...) a conçu les moyens de sa fonction protectrice génétique dans le postulat de la qualité de mineur social du travail, (...). Pour l'instant, un fort courant doctrinal est plutôt inspiré de l'idée que les TIC et le numérique asservissent l'homme au lieu de le libérer* » : J. BARTHELEMY et G. CETTE, *Travailler au XXI^e siècle*, Odile Jacob, 2017, p. 66-67 ; cité par *Le rôle sociétal de l'entreprise, Élément de réflexion pour une réforme*, Rapport du Club des juristes, dir. A. FRÉROT et D. HURSTEL, avril 2018, p. 42.

¹⁶⁵⁴ Le CESE a constaté que « *les nouvelles technologies facilitent l'entrée, voire l'intrusion de la vie professionnelle dans le cercle privé* » et « *le développement d'un travail nomade* » : CESE, *La place du travail*, Avis adopté au cours de la séance du mercredi 9 juillet 2003 sur le rapport présenté par M. Bernard Vivier au nom de la section du Travail, p. II-83. Le Rapport de Bruno Mettling, intitulé « *Transformation numérique et vie au travail* », confirme cette tendance en affirmant que « *l'intensification du travail et les excès de connexions professionnelles sont susceptibles de porter atteinte à l'équilibre de vie, voire à la santé des collaborateurs de l'entreprise* » et que « *la transformation numérique emporte souvent une intensification du travail et donc un risque en termes de qualité du travail, et de qualité de vie au travail* » : B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, Rapport au ministre du Travail, septembre 2015, p. 10 et 30.

¹⁶⁵⁵ Les Echos, 22 octobre 2015, *Un quart des salariés a déjà été en burn-out ou en dépression*.

¹⁶⁵⁶ LSQ, 2 juillet 2015, p. 7, citant une étude Workmonitor publiée le 26 juin 2015 par le groupe Randstad France : 43% des Français ont ce sentiment, taux un peu en dessous de la moyenne internationale (47%). Les

salariés qualifiés, ayant des responsabilités, travailleraient en dehors de leur temps de travail via les nouvelles technologies¹⁶⁵⁷. Face à cette sollicitation potentiellement sans limite de la conscience professionnelle, il faut s'interroger sur les solutions permettant de récupérer « *du temps à soi, non contraint, libéré de la pression productive, pour construire les significations de son activité* »¹⁶⁵⁸. Or, comme l'indique le Professeur Alain Supiot, n'est-ce pas la fonction du droit du travail que de venir « *reconstituer un espace-temps humainement vivable* », de « *limiter la journée, puis l'année, puis la vie au travail* » et d'extraire l'homme du « *fantasme de l'ubiquité* »¹⁶⁵⁹ ? Le Professeur Jean-Emmanuel Ray a lui aussi écrit que « *depuis toujours, le travail intellectuel permet la réalisation d'un vieux rêve qui, avec l'aide des NTIC, est en train de se transformer en cauchemar : l'ubiquité* »¹⁶⁶⁰. La Cour de cassation n'a-t-elle pas déclaré en 2001 « *le salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail* »¹⁶⁶¹ ? Ne faut-il pas songer à traduire en version dématérialisée ce principe ? Le droit à la déconnexion a pu être présenté avec pertinence comme le « *droit à la vie privée du XXI^{ème} siècle* »¹⁶⁶². Certes, pour favoriser « *la reconnaissance du droit du salarié à une vie familiale normale et son accès à une vie sociale* », une approche qualitative du temps de repos doit être privilégiée, dans le sens où il ne s'agit pas seulement de durée mais d'une période où le repos doit être continu et effectif¹⁶⁶³.

Chinois (81%), les Indiens (78%) et les Turcs (71%) seraient les plus connectés tandis que les Hollandais (24%), les Danois (20%) et les Suisses (29%) profiteraient le plus de leurs congés.

¹⁶⁵⁷ L'Ugict-CGT (pour l'Union Générale des Ingénieurs, Cadres et Techniciens de la CGT) avait demandé en novembre 2015 à la ministre du Travail d'instaurer un véritable droit à la déconnexion, évoquant un « *phénomène d'explosion du travail au noir* » : LSQ, *Le droit à la déconnexion doit figurer dans la loi selon l'Ugict CGT*, 1^{er} décembre 2015, p. 4.

¹⁶⁵⁸ S. VOLKOFF et C. GAUDART, *Conditions de travail et « soutenabilité » : des connaissances à l'action*, Rapport de Recherche du Centre d'étude de l'emploi, août 2015.

¹⁶⁵⁹ A. SUPIOT, *Travail, droit et technique*, Dr. soc. 2002, p. 13 ; A. SUPIOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Éditions du seuil, 2005, p. 205-206.

¹⁶⁶⁰ J.-E. RAY, *De la sub/ordination à la sub/organisation*, Dr. soc. 2002, p. 5.

¹⁶⁶¹ Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.727, *Zurich assurances*, Bull. civ. V, n° 292.

¹⁶⁶² Le Professeur Jean-Emmanuel Ray a insisté sur la nécessité de se démarquer de la ligne suivie par la CJUE qui, dans l'arrêt « *SIMAP* » C-303/98, rendu le 3 octobre 2000, a jugé que les temps de garde pendant lesquels les médecins sont « *simplement accessibles en permanence* » ne constituent pas du temps de travail effectif (« *seul le temps lié à la prestation effective de services de premiers soins doit être considéré comme temps de travail* ») : J.-E. RAY, *art. préc.*, p. 5.

¹⁶⁶³ F. FAVENNEC, *Le temps de repos : une nouvelle approche de la durée du travail*, RJS 12/99, p. 819.

284. La solution par la déconnexion. Le droit à la déconnexion est déjà reconnu par les juges du droit, depuis un arrêt de 2004¹⁶⁶⁴, et par l'ensemble des partenaires sociaux, à travers l'article 17 de l'accord national interprofessionnel précité sur la qualité de vie au travail¹⁶⁶⁵. Certaines entreprises ont mis en place des chartes d'usage des outils numériques et d'autres ont pris des mesures plus formelles, en permettant aux salariés de ne pas répondre aux sollicitations hors temps de travail¹⁶⁶⁶, en fermant les services de messagerie après certaines heures¹⁶⁶⁷ ou pendant les weekends, ou en mettant en place des systèmes de renvoi automatique des messages vers les interlocuteurs disponibles en cas de congés des destinataires¹⁶⁶⁸. En janvier 2015, l'Observatoire de la Responsabilité Sociétale des Entreprises a publié un guide pour améliorer l'usage des outils de communication numérique dans les entreprises. Il révèle l'ambivalence de ces outils et donne des conseils pour mettre en place une politique de gestion de ceux-ci¹⁶⁶⁹. Le Rapport « *Mettling* », précité et paru la même année, contient une proposition n° 19 visant à compléter le droit à la déconnexion par un devoir de déconnexion¹⁶⁷⁰, en vue de respecter les durées minimales de repos, notamment pour les cadres au forfait-jours qui ont tendance à se reconnecter pendant leur temps de

¹⁶⁶⁴ « *Le fait de n'avoir pu être joint en dehors des horaires de travail sur son téléphone portable personnel est dépourvu de caractère fautif et ne permet donc pas de justifier un licenciement disciplinaire pour faute grave* » : Cass. soc., 17 octobre 2004, n° 01-45.889, inédit.

¹⁶⁶⁵ Il stipule que « *l'utilisation des TIC (...) doit garantir le maintien d'une relation de qualité et de respect du salarié tant sur le fond que sur la forme de la communication et le respect du temps de vie privée du salarié* ».

¹⁶⁶⁶ C'est le cas à La Poste, à l'APEC et dans la branche Syntec : B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, Rapport au ministre du Travail, septembre 2015, p. 21. L'accord Syntec du 1^{er} avril 2014 sur la durée du travail reconnaît un droit à la déconnexion pour les cadres au forfait-jours mais aussi un devoir de déconnexion de la part de l'employeur. L'article 17 s'intitule « *Promouvoir une gestion intelligente des technologies de l'information et de la communication au service de la compétitivité des entreprises, respectueuse de la vie privée des salariés* ». L'avenant du 24 avril 2014 stipule que « *l'effectivité du respect par le salarié de ces durées minimales de repos implique pour ce dernier une obligation de déconnexion des outils de communication à distance. L'employeur (...) s'assurera des dispositions nécessaires afin que le salarié ait la possibilité de se déconnecter des outils de communication mis à sa disposition* ».

¹⁶⁶⁷ Chez Volkswagen, une mise en veille des serveurs pour les smartphones a lieu entre 18h15 et 7h du matin : B. METTLING, *rapp. préc.*, p. 22.

¹⁶⁶⁸ La société Daimler-Benz a mis en place le système « *Mail on Holiday* » grâce auquel, quand un salarié est en congé, les expéditeurs de messages reçoivent une réponse automatique les redirigeant vers un autre interlocuteur. Il y a aussi une option de suppression automatique, pour éviter la surcharge de messages au retour de congés : B. METTLING, *rapp. préc.*, p. 22.

¹⁶⁶⁹ Observatoire de la Responsabilité Sociétale des Entreprises, *Du meilleur usage des outils de communication numérique dans les entreprises*, janvier 2015, consultable sur le site www.orse.org.

¹⁶⁷⁰ La Cour de cassation a décidé que le service d'appel téléphonique, connu de l'employeur mais mis en place par les salariés eux-mêmes, en dehors de leurs heures de travail ne saurait transformer cette situation en astreinte : Cass. soc., 8 septembre 2016, n° 14-26.825. Cet arrêt « *a le mérite de rappeler que le droit à la déconnexion ne doit pas seulement être vertical-descendant : (...) Il doit aussi être horizontal, à l'égard des collègues, ce qui est plus difficile sur le plan humain. (...) Avant d'en vouloir au monde entier, commençons donc par faire notre propre examen de conscience courriel en listant l'ensemble de nos télécommunications lors d'une journée-type, avec leurs caractéristiques* » : J.-E. RAY, *Grande accélération et droit à la déconnexion*, Dr. soc. 2016, p. 912.

repos¹⁶⁷¹. L'action n° 2.3 du troisième « *Plan santé au travail 2016-2020* » prévoit de mettre les technologies du numérique au service de la qualité de vie au travail, dans le cadre du dialogue social, en faisant notamment évoluer le cadre normatif du droit à la déconnexion¹⁶⁷².

285. La consécration législative. L'article 55 de la loi dite « *Travail* » crée un nouvel objet de la négociation annuelle relative à la qualité de vie au travail, portant sur les modalités d'exercice du droit à la déconnexion¹⁶⁷³. À défaut d'accord, l'employeur doit réguler la déconnexion par le biais d'une charte, qui s'apparente davantage à une charte de bonnes pratiques plutôt qu'à une annexe du règlement intérieur¹⁶⁷⁴. Le droit à la déconnexion, qui n'est d'ailleurs pas défini par le législateur¹⁶⁷⁵, présente ainsi un caractère collectif et général, qui semble d'ailleurs pertinent pour mettre fin aux troubles vécus par de nombreux salariés. Toutefois, il ne faut pas oublier que certains d'entre eux choisissent de se connecter depuis leur domicile car cela leur permet de mieux concilier leur vie professionnelle et leur vie personnelle. Il s'agit alors d'aménager un droit à la connexion choisie¹⁶⁷⁶. *In fine*, il est peut-être moins question de droit que d'un « *nouveau savoir-vivre* »¹⁶⁷⁷. En tout état de cause, l'employeur doit être vigilant car il détient un devoir de déconnexion et sera tenu responsable

¹⁶⁷¹ « *Le droit à la déconnexion est donc bien une coresponsabilité du salarié et de l'employeur qui implique également un devoir de déconnexion* ».

¹⁶⁷² Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, *Plan santé au travail 2016-2020*, p. 28, consultable sur www.travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/pst3.pdf ; S. MILLET, *Du « droit à la déconnexion professionnelle » à la réhabilitation du digital dans le travail*, Chronique juridique du 9 février 2016 sur : <http://www.preventica.com>.

¹⁶⁷³ C. trav. ancien art. L. 2242-8, 7°, devenu C. trav. art. L. 2242-17, 7° par l'article 7 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective : « *Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques* ». L'exposé des motifs de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 précise : « *Il est aujourd'hui important que la négociation collective prenne en compte les contraintes que font peser sur les salariés les outils numériques qui sont mis à leur disposition par l'employeur. Il s'agit notamment de garantir l'effectivité du droit au repos ; l'enjeu est particulièrement fort et notamment pour les salariés au forfait-jours, utilisateurs fréquents des outils numériques* ».

¹⁶⁷⁴ « *Mais un accord collectif est un principe normatif et opposable en justice : ce n'est pas le cas d'une charte, qui elle-même ne se confond pas avec le règlement intérieur avec ses règles disciplinaires* ». La possibilité de rédiger un avenant au règlement intérieur sur ce sujet n'est toutefois pas à exclure : J.-E. RAY, *art. préc.*, p. 912.

¹⁶⁷⁵ Mais cela aurait été « *mission impossible* » : J.-E. RAY, *art. préc.*, p. 912.

¹⁶⁷⁶ Un exemple est déjà fourni par l'article 3.1 de l'accord qualité de vie au travail d'Airbus Helicopters du 17 février 2016 qui prévoit un droit à la connexion choisie : G. LOISEAU, *La déconnexion, Observations sur la régulation du travail dans le nouvel espace-temps des entreprises connectées*, Dr. soc. 2017, p. 463.

¹⁶⁷⁷ *Droit à la déconnexion : un nouveau thème de négociation décrypté par J.-E. Ray*, LSQ 1^{er} décembre 2016, n° 17212, p. 1 ; J.-E. RAY, *art. préc.*, p. 912.

en cas de court-circuit humain¹⁶⁷⁸. Lors de la réunion de la Commission nationale de la négociation collective du 24 février 2016, Madame Myriam El-Khomri, alors ministre du Travail, a fait savoir que le droit à la déconnexion est un outil de lutte contre la souffrance au travail, qui comprend notamment le « *burnout* ». Il est en effet temps que le droit rattrape la technologie, dans un monde où l'hyperconnexion¹⁶⁷⁹ est malheureusement devenue synonyme d'importance dans les tâches confiées, et donc de hauteur de rang dans la hiérarchie sociale. Si se sentir indispensable peut être *a priori* grisant pour le travailleur, cela peut, à force de sollicitation, devenir usant.

286. Conclusion de section. Le travailleur humain n'est pas une machine pensante mais un être vivant qui a besoin d'un environnement adapté pour révéler l'étendue de ses talents professionnels. Or, un tel environnement doit se construire à travers le respect de normes physiques et l'installation d'un climat social adapté.

287. Conclusion de chapitre. Pour garder son rôle protecteur, le droit social ne doit pas hésiter à faire alliance avec d'autres disciplines qu'il s'agisse de l'ergonomie, de la gestion des ressources humaines, de l'informatique ou de la psychologie, voire de la psychiatrie. C'est au prix de cet effort d'ouverture d'esprit de la part des juristes que les manifestations de la conscience professionnelle pourront être encouragées efficacement – au-delà des déclarations d'intention – et que le travailleur ne demeurera pas sans ressource en cas de danger sur son équilibre psychique.

¹⁶⁷⁸ Sur l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur : cf. *infra* n° 302 et s.

¹⁶⁷⁹ Le terme est utilisé à la page 234 de l'étude d'impact de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 : « *le risque existe, à l'ère de l'hyperconnexion, que les salariés « connectés », devant faire face à une charge de travail importante, travaillent un nombre d'heures excessif pour leur santé* ».

Conclusion du Titre II

289. Une conscience psychologique à connaître davantage en droit. Si la conscience professionnelle n'est que rarement invoquée par les juristes, ils ne l'ont pas perdue de vue pour autant. Il s'agit d'un pan de la conscience de l'individu, comme la conscience personnelle, mais qui, à l'inverse de cette dernière, possède une dimension psychologique aussi forte que celle morale. En effet, la profession exercée, ou perdue, par le sujet de droit impacte directement son estime de lui-même, puisqu'elle participe de la définition de son identité – voire de son individualité – et, en parallèle, le place à l'intérieur ou en dehors d'un groupe professionnel de référence. Les sociologues, philosophes et autres psychologues du travail s'y sont assurément intéressés les premiers, mais cette construction – ou déconstruction – de l'identité professionnelle tend à être de plus en plus saisie par le droit, notamment à travers l'étude – et la rationalisation à venir – des branches professionnelles ou celle de la dignité de la personne. Mais la dimension psychologique n'est sans doute pas encore autant « *juridicisée* » que l'autre pan de la conscience professionnelle.

290. Une conscience morale aux effets juridiquement reconnus. Certes, l'aspect moral de la conscience professionnelle relève de l'appréhension des devoirs de la profession concernée. Ces devoirs doivent être formalisés, le cas échéant par le biais d'une véritable déontologie, assimilés par les protagonistes et contrôlés par des instances adéquates. Il faut alors garder à l'esprit que la conscience professionnelle ne peut être issue de la seule crainte d'être sanctionné mais doit surtout être le fruit de la volonté de « *bien faire* », son travail en l'occurrence. C'est d'ailleurs la manifestation de cette volonté-là qui permet à la conscience de se faire reconnaître et à son auteur d'être récompensé le cas échéant. Nul ne doute que le droit du travail s'intéresse de près aux mécanismes d'évaluation du « *travail bien fait* ». Il n'en demeure pas moins que l'action de noter la conscience professionnelle pour ensuite, si mérite il y a, la récompenser, reste un exercice mal aisé pour l'employeur qui doit veiller à faire primer l'objectivité et à éviter toute différence de traitement non suffisamment justifiée, sans pour autant manquer de courage dans ses choix.

291. Une conscience double dont l'intégrité doit être protégée. Enfin, l'évolution du droit social va définitivement dans le sens d'une protection de la conscience professionnelle, en s'inspirant, pour lui permettre de s'épanouir, des travaux d'autres disciplines. L'enjeu est maintenant de sortir des grandes déclarations de principes en faveur du « *bien-être au travail* » pour contraindre davantage les entreprises à en faire le corollaire essentiel du « *bien faire son travail* ». Pour endiguer les maladies de la conscience professionnelle, c'est à la psychologie et à la médecine, que le droit doit faire appel. Bien que « *l'effet de mode* »¹⁶⁸⁰ autour du *bore-out* et du « *burnout* » puisse faire – malheureusement à juste titre – redouter les abus, cela n'est pas une raison pour ne pas reconnaître l'état de crise de ceux qui en sont vraiment atteints et les soigner de façon appropriée. Si un temps d'arrêt de travail est nécessaire pour l'individu, afin de favoriser sa volonté de le reprendre¹⁶⁸¹, c'est aussi le cadre de travail, autrement dit l'entreprise, qui doit être capable d'évoluer, de sorte à empêcher la récurrence de ce type de situations dangereuses.

¹⁶⁸⁰ Ph. ZAWIEJA, *Le burn out*, Que sais-je ?, PUF 2015, p. 3.

¹⁶⁸¹ Au cours de ce primordial temps de pause professionnelle, l'intéressé peut être amené à suivre une psychothérapie, effectuée par un professionnel de santé, voire une autothérapie, à travers la méditation ou la sophrologie. En effet, pour réparer la conscience professionnelle d'un individu, il peut être envisagé de faire appel à la pleine conscience, ou « *mindfulness* » en anglais, qui est définie comme la conscience émergeant lorsque l'attention est posée intentionnellement, instant après instant et sans jugement, sur l'expérience qui se déploie. L'efficacité de cette technique, prouvée par des études scientifiques récentes, est pratiquée dans huit cents centres hospitaliers dans le monde : Y. SULTAN-R'BIBO, *La pleine conscience règne*, Le Monde, 7-8 juin 2015, p. 21. Toutefois, certains chercheurs déplorent que la méditation de pleine conscience, qui rencontre un franc succès depuis son exportation dans les pays occidentaux, soient désormais récupérées par « *certain tenants de la performance* », qui menacent d'en faire un outil au service de la compétition, alors que cette pratique doit, au contraire, nous inviter « *à réinvestir les dimensions éthique, solidaire et écologique de nos existences et envisager les fondements d'une société peut-être plus humaine, ou en tout cas davantage fondée sur l'humain.* » : I. KOTSOU et D. ZARKA, *Prenons garde au détournement de la méditation de pleine conscience*, Le Monde, 11 août 2018, p. 18.

Conclusion de la Partie I

292. Accorder la conscience personnelle et la conscience professionnelle de l'individu.

Quand la conscience personnelle de l'individu doit parfois être contenue, sa conscience professionnelle doit, au contraire, être encouragée à se développer. Il convient cependant d'avoir à l'esprit que « *distinguer le professionnalisme et la personne est devenu artificiel* » car « *dès que l'on parle des compétences d'une personne, les qualités techniques et les qualités personnelles se confondent* »¹⁶⁸². En réalité, « *pour réunir les conditions d'un engagement professionnel* », il faut « *mettre en concordance ses activités professionnelles avec son projet personnel* », « *s'interroger sur son comportement vis-à-vis de ses collègues* » et « *trouver un sens à s'investir pour le bien commun de l'entreprise* »¹⁶⁸³. En effet, l'idéal ne serait-il pas qu'une personne réalise que son éthique professionnelle, c'est-à-dire la conscience qu'elle se fait de l'exécution de son travail et des relations de travail, est partagée par l'ensemble – ou du moins la grande majorité – de l'entreprise¹⁶⁸⁴ ?

293. Placer les consciences individuelles sous l'égide d'une conscience collective.

Ce partage peut passer par la formalisation de l'éthique de l'entreprise, qui apparaît ainsi doublement bénéfique¹⁶⁸⁵ car elle est susceptible de répondre aux crises des consciences professionnelle et personnelle des individus¹⁶⁸⁶. De surcroît, une telle démarche révélerait

¹⁶⁸² J.-F. CLAUDE, *L'éthique au service du management*, Éditions Liaisons, 2^e éd., 2002, p. 13.

¹⁶⁸³ J.-F. CLAUDE, *op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁸⁴ « *L'éthique est une réflexion de l'agent sur son comportement, et le fait que celle-ci doit être en adéquation avec ses valeurs et celles de l'organisation.* » : F. VERDUN, *Le management stratégique des risques juridiques*, LexisNexis, 2013, p. 213.

¹⁶⁸⁵ P. DEUMIER, *Les sources de l'éthique des affaires, Codes de bonnes conduite, chartes et autres règles éthiques*, in *Libre droit : Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 337. « *La formalisation de l'éthique de l'organisation permet par exemple d'institutionnaliser ses valeurs en matière de respect de la personne humaine, de lutte contre les discriminations, de développement professionnel et personnel, de justice organisationnelle, de solidarité interne, etc. Par capillarité, ces valeurs permettent d'agir sur la structure de l'organisation, sur ses processus et modes de management ou sur les situations et groupes de personnes à risque* » : Ph. ZAWIEJA, *Le burn out, Que sais-je ?*, PUF 2015, p. 101.

¹⁶⁸⁶ « *L'organisation doit traiter, relayer, faire la chasse à tous les facteurs d'empêchement, d'impuissance d'agir, traquer les irritants et les obstacles que rencontrent les travailleurs du savoir. Elle doit fournir des espaces de traitement des conflits éthiques et des contradictions d'objectifs. C'est la contrepartie de l'exigence d'engagement subjectif, de la prise de risque, de l'extension de la responsabilité* » : A. REYMANN, *La performance collective*, Résumé à partir de morceaux choisis extraits de l'ouvrage de Xavier Baron intitulé « *Repenser l'organisation des travailleurs du savoir* », Cah. du DRH, 2013, 197. « *Pourquoi y-a-t-il besoin d'éthique en entreprise ? Fondamentalement, pour que chacun ne rechigne pas trop le matin à aller au travail et puisse, tout au long de sa journée professionnelle, éprouver le plus de bien-être possible. Les questions de stress, de harcèlement, soulevées aujourd'hui pointent justement qu'il y a entrave à l'éthique, erreur de management. Oui, l'éthique fait bien partie intégrante du contrat de travail et de la manière de manager !* » : F. CARDOT,

l'aptitude de l'entreprise à se remettre en cause et devrait, selon l'expression de Monsieur Roger Godino, permettre de « *réenchanter le travail* »¹⁶⁸⁷. Le Professeur Maurice Thévenet considère quant à lui qu'il s'agit d'appliquer le principe de cohérence en vertu duquel, pour pouvoir s'impliquer¹⁶⁸⁸, la personne doit comprendre le sens de ses propres actions et des décisions hiérarchiques ainsi que celui de la stratégie de l'entreprise¹⁶⁸⁹, afin de développer le « *sens de l'appartenance à quelque chose de plus grand que soi* »¹⁶⁹⁰. Puisqu'il est question d'éthique commune et de sens de l'appartenance à un ensemble plus grand que soi, est-il si aberrant d'envisager l'entreprise comme un lieu d'incubation d'une conscience qui pourrait potentiellement être partagée par les membres qui la composent et les transcender¹⁶⁹¹ ? La question est digne d'intérêt, bien qu'il faille admettre au préalable qu'il n'y aura pas deux de ses membres pour avoir conscience de l'entreprise exactement de la même manière, dans la mesure où la représentation que l'individu s'en fait va dépendre du sens qu'il y injecte et,

Conclusion, in *Éthique de l'entreprise, réalité ou illusion ?*, dir. A. ANQUETIL et al., L'Harmattan, 2010, p. 107.

¹⁶⁸⁷ Selon cet auteur, « *il n'est plus acceptable que le travail soit considéré comme une marchandise régulée par un marché* ». Dès lors, « *il faut faire en sorte que le travail devienne participation à une œuvre commune dans le cadre d'un contrat de libre association dans lequel les différents partenaires, même s'ils ont des droits et des devoirs de natures différentes, sont unis dans une structure d'échange réciproque* », « *en s'inspirant du droit associatif* ». L'entreprise doit reposer sur un « *contrat fondateur entre les parties prenantes, qui sont notamment, d'une part, les apporteurs de capitaux (les actionnaires) et, d'autre part, les autres apporteurs et en particulier les apporteurs de main-d'œuvre ou de compétence (c'est-à-dire les salariés)* ». : R. GODINO, *Réenchanter le travail, Pour une réforme du capitalisme*, La Découverte, 2007, p. 55 et 57 ; cité par : D. MÉDA, *Travail : la révolution nécessaire*, Éditions de l'Aube, 2^{ème} éd., 2013, p. 67.

¹⁶⁸⁸ Selon lui, l'implication dans l'entreprise est une identification à certaines valeurs partagées et la fierté d'appartenance à une organisation qui contribue à définir le travailleur : M. THÉVENET, *Le plaisir de travailler, Favoriser l'implication des personnes*, Éditions d'Organisation, 2004, p. 25.

¹⁶⁸⁹ M. THÉVENET, *Politique de personnel et implication des personnes*, in *L'implication au travail*, dir. J.-P. NEVEU et M. THÉVENET, Librairie Vuibert, 2002, p.12.

¹⁶⁹⁰ Il écrit plus précisément qu'« *on comprend ainsi que la dimension spirituelle reprenne des couleurs en temps de crise. Tout d'abord on se rend compte que des comportements individuels et collectifs ont provoqué les errements. On mesure les dégâts quand aucun sens de l'appartenance à quelque chose de plus grand que soi ne vient aiguïser le sens des responsabilités. On comprend aussi pourquoi une réflexion personnelle qui va au-delà de sa propre personne et de ses besoins primaires peut aider à surmonter des situations difficiles* ». Or, « *à moins de considérer l'éthique comme l'application obéissante de règles conçues par des experts, il est évident que la quête du sens de ses actes renvoie la personne à son réseau d'interconnexions qui l'aident à établir le sens de ses actions* ». Il ajoute que « *comme l'indique son étymologie grecque, l'éthique renvoie aux comportements et à leur sens* » et que « *la question des comportements humains renvoie inéluctablement aux référentiels de bien/mal, correct/incorrect, approprié/inapproprié* » : M. THÉVENET, *Management et religion, La poule devant un couteau*, Revue internationale de psychologie, 2011/41, Vol. XVII, p. 27 et s.

¹⁶⁹¹ « *Il ne faut évidemment pas s'attendre à pouvoir transposer, tels quels, les concepts de l'éthique individuelle aux problèmes collectifs de l'entreprise. Une entreprise n'est pas éthique au sens précis où un comportement individuel ou un individu peut être qualifié d'éthique. Et cependant, qui nierait qu'il y a, d'un niveau à l'autre, quelque chose comme un fil commun reliant les aspirations personnelles et les normes collectives, la problématique de la décision individuelle et celle de gestion collective de l'entreprise ?* » : A. ANQUETIL, *Avant-propos*, in *Éthique de l'entreprise, réalité ou illusion ?*, dir. A. ANQUETIL et al., L'Harmattan, 2010, p. 16.

éventuellement, de débats avec ses collègues de travail¹⁶⁹². Selon le Professeur Yves Clot et le sociologue Michel Gollac, la conscience professionnelle serait d'abord collective¹⁶⁹³ et civique¹⁶⁹⁴ car elle peut être commune aux gens du métier et, plus largement, aux consommateurs et usagers du travail ainsi réalisé. Mais, alors, comment faire émerger et protéger une telle conscience collective, capable à la fois d'entretenir les consciences professionnelles – ou de ranimer celles qui seraient éteintes – et de faire accepter les restrictions pouvant être imposées aux consciences personnelles ? Et comment faire en sorte que les engagements qui en seraient le fruit ne restent pas au stade de vœux pieux¹⁶⁹⁵ ? L'enjeu est de taille à une époque où le développement des libertés individuelles est devenu tel qu'il empêche parfois les individus de se réunir sous une règle commune¹⁶⁹⁶, faisant craindre « *une société d'individus* »¹⁶⁹⁷.

¹⁶⁹² J.-F. CLAUDE, *L'éthique au service du management*, Éditions Liaisons, 2^e éd., 2002, p. 113.

¹⁶⁹³ « *La conscience professionnelle (comme les règles de l'art) existe d'abord au plan social et collectif, dans un domaine, pour un métier, dans une organisation et même en dehors d'elle, pour les consommateurs et les usagers par exemple. On pourrait spontanément la désigner (...) comme un bagage que l'individu reçoit de la société (...) Mais c'est envisager alors cette conscience un peu comme un état mental collectif sédentaire, un patrimoine idéal à reprendre à son compte. En décalage avec ce mentalisme social, on regardera plutôt ici la conscience collective dans son rapport réel avec les activités communes concrètes, à l'épreuve du travail ordinaire* » : Y. CLOT et M. GOLLAC, *Le travail peut-il devenir supportable ?*, Armand Colin, 2^{ème} éd., 2017, p. 155-156.

¹⁶⁹⁴ Pour Yves Clot, « *la nouvelle conscience professionnelle que nous venons d'évoquer peut devenir civique, objet d'une autre alliance sociale entre producteurs et consommateurs et entre eux, leur santé et la nature. Il y a une demande sociale forte des utilisateurs à l'égard des entreprises et des institutions publiques, sur les produits qu'elles fabriquent et sur les services qu'elles proposent* » : ANACT : *Le travail peut-il devenir supportable ? Entretien avec Yves Clot et Michel Gollac*, publié le 14 octobre 2014.

¹⁶⁹⁵ « *Les engagements ainsi formulés ne sont-ils dès lors que les vœux pieux dont ils prennent l'apparence, de « vagues propositions à l'eau de rose »* : P. DEUMIER, *Les sources de l'éthique des affaires, Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques*, in *Libre droit : Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz 2008, p. 340 ; citant elle-même : Ph. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Dalloz, Dunod, 2000, p. 260 : « *Qui sait si, à force de parler d'éthique, même dans une vue intéressée, les intervenants du marché ne finiront pas par épouser une authentique morale, créatrice « de sens », voire par devenir des sages (...)* ».

¹⁶⁹⁶ Ce constat a été réalisé par le Professeur Dominique Fenouillet lors du séminaire « *La personne – Corps et Esprit* » organisé par le Laboratoire de sociologie juridique le 22 février 2018 à l'Université Paris II, à l'issue des interventions relatives à « *l'État éducateur* ».

¹⁶⁹⁷ L'expression est tirée de : J.-E. RAY, *Pratiques religieuses en entreprise*, Les Echos, 17 octobre 2016, consultable sur le site du Club des Juristes. Ce constat pessimiste peut toutefois être nuancé par le souhait de la majorité des jeunes travailleurs de faire partie d'« *un projet collectif, avec du sens* », ce qui constitue d'ailleurs pour eux « *une source essentielle de bien-être au travail* » : J.-E. RAY, *Le bien-être au travail*, in *Le bien-être et le droit*, dir. M. TORRE-SCHAUB, Publications de la Sorbonne, 2016, p. 35.

Partie II : La conscience collective de l'entreprise

294. L'absence de définition juridique de l'entreprise. L'entreprise est une « *notion juridique insaisissable* »¹⁶⁹⁸. Si le droit ne se risque pas à la définir¹⁶⁹⁹, de nombreux auteurs s'y essayent. Après avoir d'abord brièvement présenté l'entreprise comme une « *somme de contrats et de droits de propriété* », le Professeur Philippe Le Tourneau a précisé son propos en la définissant comme « *une unité économique, dans laquelle sont groupés et coordonnés, autour d'un projet à réaliser ensemble, les facteurs matériels et humains de l'activité économique : essentiellement le capital et le travail* »¹⁷⁰⁰. Il a donc insisté, comme Jacques Barthélémy, sur le caractère à la fois économique et social de l'unité constituée par l'entreprise¹⁷⁰¹. Elle ne serait donc pas que rapports contractuels d'échanges matériels

¹⁶⁹⁸ « On se trouverait en présence, cependant, d'un « concept à géométrie variable » et, pour tout dire, « insaisissable ». (...) La distance séparant le modèle d'entreprise décelable dans le Code du travail réformé de celui que décrit la théorie institutionnelle importe moins, cependant, que leur fond commun : la conviction que toute entreprise est ou doit être réellement une société à composantes humaines stables. » : A. JEAMMAUD, *Droit du travail 1988 : des retournements, plus qu'une crise*, Dr. soc. 1988, p. 583, spéc. p. 593. « Le moins que l'on puisse dire ici est que l'entreprise est précisément une notion dont l'unité, et même la consistance juridique, sont problématiques. » : A. SUPIOT, *Dérégulation des relations de travail et autorégulation de l'entreprise*, Dr. soc. 1989, p. 195, spéc. p. 199. « L'entreprise ne se laisse donc pas réduire à l'idée de communauté naturelle de travail. Mais elle ne se laisse pas réduire non plus à cette aire d'exercice souverain du droit de propriété et de la liberté contractuelle à quoi se résume la théorie individualiste » : A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 3^{ème} éd., 2015, p. 179. « L'entreprise n'étant pas une institution, mais une action fondée sur la liberté d'entreprise, demeure une notion juridique insaisissable », raison pour laquelle les textes internationaux relatifs à la responsabilité sociale des entreprises ne définissent pas la notion d'entreprise : A. SUPIOT, *Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises*, in *Analyse juridiques et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 552.

¹⁶⁹⁹ Pour une critique de ce vide juridique : « Le droit est en effet asymétrique : faute de définir l'entreprise, il rend possible la réduction des objectifs de l'entreprise à ceux de la société. En ne définissant ni l'entreprise ni la propriété des résultats communs, il autorise les actionnaires à se comporter de facto comme les propriétaires de l'entreprise. Et en ne protégeant pas l'autorité des dirigeants, il n'empêche pas qu'ils soient transformés en simples agents des actionnaires. Dès lors, il compromet sérieusement le potentiel de progrès collectif incarné par l'entreprise. » : B. SEGRESTIN et A. HATCHUEL, *Refonder l'entreprise*, Éditions du Seuil et la République des Idées, 2012, p. 68.

¹⁷⁰⁰ Le Professeur Philippe Le Tourneau a aussi rappelé les trois fonctions de l'entreprise, à savoir la « fécondité » car l'entreprise est source de vie à travers la création d'emplois et de richesses, l'« unité » dans la « diversité et complémentarité de ses membres » et, enfin, la « coopération au bien commun du corps social qu'est la nation ». Plus loin dans le même ouvrage, l'auteur précise que le « projet d'entreprise » s'appuie sur la « culture d'entreprise », ensemble de valeurs communes et de façons de faire, et définit les « objectifs et une stratégie de l'entreprise » : Ph. Le TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Essai, Dalloz, Dunod, 2000, p.19-20 et p. 169.

¹⁷⁰¹ « La tendance à assimiler l'entreprise à la société est inacceptable en droit du travail. (...) En droit social, l'idée que l'entreprise est une unité économique ne peut que s'imposer, comme dans le droit des sociétés. Il ne saurait pour autant s'en satisfaire, car sa fonction est de protéger les salariés. Pour que leurs intérêts puissent s'exprimer, la collectivité du personnel doit avoir une certaine consistance juridique. Contrairement à celle des associés, dotée de la personnalité juridique grâce à la société, la collectivité du personnel n'est pas une personne morale. Elle a néanmoins des intérêts catégoriels à faire valoir, qui ne sont pas la somme des intérêts individuels de ses membres. Voilà pourquoi l'entreprise, en droit social, est à la fois une unité économique et

puisqu'elle est capable de rassembler des individus, porteurs d'intérêts divergents, autour d'un projet commun¹⁷⁰². Pour saisir cette notion, en 1925, le Professeur Maurice Hauriou avait eu recours au concept d'institution, qui est « *l'idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social* »¹⁷⁰³. Selon ce dernier, « *l'idée de l'œuvre à réaliser dans un groupement social ou au profit de ce groupement* » est censée survivre aux « *fondeurs primitifs* » de l'entreprise¹⁷⁰⁴ à travers les « *manifestations de communion* », qui ne seraient autres que « *les consciences individuelles qui s'émeuvent au contact d'une idée commune et qui, par un phénomène d'interpsychologie, ont le sentiment de leur émotion commune* »¹⁷⁰⁵. Même si certains aspects de son raisonnement sont encore parfois évoqués¹⁷⁰⁶, la théorie institutionnelle a finalement été rejetée car l'idée de communauté

sociale » : J. BARTHÉLÉMY, *Les normes déontologies et le droit social*, in *La déontologie, ce qui va changer dans l'entreprise*, dir. Y. MEDINA, Éditions d'Organisation, 2003, p. 151-152.

¹⁷⁰² Pour Monsieur Kevin Levillain, auteur d'une thèse sur « *les entreprises à mission* », l'entreprise doit être définie comme un « *collectif regroupant des acteurs variés et réalisant la production de valeurs* », un « *lieu de l'action collective créatrice de valeurs* » ou encore « *la réunion d'un ensemble de potentiels apportés par des acteurs variés, visant la création d'un avenir commun et innovant, un progrès collectif* » : K. LEVILLAIN, *Les entreprises à mission, Un modèle de gouvernance pour l'innovation*, Magnard-Vuibert, 2017, p. 7-8.

¹⁷⁰³ Il ajoutait que « *pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes* » et que, « *entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures* » : M. HAURIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social)*, La Cité moderne et les Transformations du Droit, Cahiers de la nouvelle journée 4, Librairie Bloud & Gay, 1925, p. 10.

¹⁷⁰⁴ « *Les fondeurs primitifs (de l'institution) semblent avoir fait plus qu'ils ne pouvaient parce qu'ils ont planté dans le milieu social une idée vivante qui, une fois plantée, s'y développe en elle-même. Ils n'ont pas fait autre chose que ce que font tous les jours les propriétaires planteurs de vignes ou de forêts qui certainement leur survivront et dont la valeur, grâce à la collaboration de la terre, deviendra singulièrement disproportionnée à leur effort* » : M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 37.

¹⁷⁰⁵ Mais selon Maurice Hauriou, ces mouvements « *ne s'analysent pas du tout en des manifestations d'une conscience collective* » : M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 20-21. Néanmoins, même s'il est sans aucun doute judicieux de se détacher du sens qui lui a été donné par Durkheim, pour parler de la communion – si communion il existe – des consciences individuelles, cette étude continuera d'utiliser le terme de conscience « *collective* ».

¹⁷⁰⁶ Dans l'arrêt « *Sneema* » du 5 mars 2008 relative à l'obligation de sécurité de résultat (cf. *infra* note n° 1792), « *la chambre sociale vient offrir une nouvelle jeunesse à la théorie institutionnelle de l'entreprise. Qu'elle le fasse à propos d'une question relative aux conditions de travail me paraît lourd de significations car elle renoue avec ce qui fut le terreau du droit du travail. Le parfum « passéiste » et suranné de la controverse sur l'institution dans ses rapports avec le contrat pourrait bien à terme s'évaporer, ouvrant la voie à un renouvellement du débat sur la notion de « collectivité de travail » et la place qu'elle occupe au sein de la construction des relations de travail. C'est sur ce point que le concept d'« institution » peut bien se révéler du plus haut intérêt* » : P.-Y. VERKINDT, *Santé au travail vs pouvoir de direction. Un retour de la théorie institutionnelle de l'entreprise ?*, Dr. soc. 2008, p. 519. En outre, face au succès de l'entreprise sociale, d'aucuns considèrent qu'il y aurait « *un certain retour en grâce de la thèse de la société institution* », voire une « *réinstitutionnalisation du droit des sociétés, qui traduit une volonté d'inflexion du capitalisme financier vers davantage de solidarité* », et dont la responsabilité sociale de l'entreprise serait d'ailleurs « *la figure de proue* » : M. BOURGEOIS-BERTREL, *La reprise en SCOP, Après la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire*, Revue des sociétés 2015, p. 275.

d'intérêts n'a pas su convaincre¹⁷⁰⁷, le concept d'institution ayant « *un contenu plus sociologique que juridique* »¹⁷⁰⁸. En 1944, le Professeur Paul Durand avait quant à lui présenté la théorie de la « *relation de travail* », « *aux frontières du contrat et de l'institution* », qui exprimerait « *l'appartenance à la communauté d'établissement* », étant précisé que l'établissement est soumis à un ordre juridique¹⁷⁰⁹. Le débat s'est ensuite déplacé sur l'existence ou non d'un intérêt de l'entreprise, distinct de celui de l'employeur¹⁷¹⁰, auquel la jurisprudence¹⁷¹¹ et une partie de la doctrine¹⁷¹² font référence.

¹⁷⁰⁷ Par exemple, selon les Professeurs Françoise Favennec-Héry et Pierre-Yves Verkindt, la thèse institutionnelle, à l'instar de la thèse contractuelle, a été « *largement considérée comme éloignée de la réalité* » et « *l'existence d'une communauté et d'un bien commun entre apporteurs de capitaux et salariés d'une entreprise reste à démontrer* » : F. FAVENNEC-HERY et P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, 5^{ème} édition, 2016, n° 259, p. 204. Comme l'écrit le Professeur Pierre-Yves Verkindt, « *il faut garder en permanence à l'esprit les fermes avertissements* » de ces deux auteurs : P.-Y. VERKINDT, *art. préc.*, p. 519.

¹⁷⁰⁸ Faut-il en conclure que l'entreprise est « *une organisation spécifique insusceptible d'une qualification juridique* » ? Selon Nicole Catala, l'entreprise est à la fois source d'unité, puisqu'elle constitue un « *ensemble économique et social* » indéniable mais aussi source d'hétérogénéité car ses composantes « *se révèlent disparates* » et les droits que détiennent les parties en présence sont « *trop profondément inégaux pour qu'un même organe en assure la représentation* », « *la cellule sociale est dépendante de la cellule économique* » : N. CATALA, *L'entreprise, tome 4*, in *Droit du travail*, dir. G. H. CAMERLYNCK, Dalloz, 1980, p. 149 et p. 152 et s.

¹⁷⁰⁹ En effet, selon le Professeur Paul Durand, « *l'établissement a reçu une organisation sociale* », « *le chef d'entreprise y tient le rôle de législateur, qui édicte le règlement d'atelier, d'un administrateur qui ordonne la vie quotidienne de l'établissement, d'un juge qui dispose du pouvoir disciplinaire* » et « *le personnel y est pourvu d'une représentation* ». Il écrivait que « *le concept de communauté organisée se confond avec celui de l'institution, qui est familier à la doctrine française. On y retrouve les mêmes éléments : la combinaison de forces humaines et de moyens matériels, un ordre interne, une fin commune. L'incorporation dans la communauté n'est autre que l'adhésion à l'institution, et la relation de travail apparaît comme le lien juridique unissant, dans l'institution, le chef d'entreprise à chacun des membres de son personnel* ». Il concluait néanmoins son article en affirmant que « *le contrat de travail demeure le cadre le plus parfait pour l'œuvre législative. Et c'est à partir de lui que doivent être élaborées les règles applicables aux relations de travail ayant une autre origine* ». Au préalable, il avait rappelé qu'« *il paraît ainsi possible de rattacher directement au contrat l'obligation d'entrer dans l'établissement et la détermination des conditions particulières du travail* » : P. DURAND, *Aux frontières du contrat et de l'institution, La relation de travail*, JCP 1944, I, 387.

¹⁷¹⁰ N. ALIPRANTIS, *L'entreprise en tant qu'ordre juridique*, in *Le Droit collectif du Travail, questions fondamentales – évolutions récentes, études en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay*, Francfort, Peter Lang, 1994, p. 185.

¹⁷¹¹ « *Mais attendu que (...) la cour d'appel a pu retenir, (...) que, bien que le contrat de travail comportât une clause de mobilité, la mutation de la salariée sur un secteur de moindre importance, alors qu'il n'était pas justifié que la décision de l'employeur était dictée par l'intérêt de l'entreprise* » : Cass. soc., 9 mai 1990, n° 87-40.261. « *Mais attendu que, s'il est interdit à l'employeur, à peine de nullité de la mesure, de pratiquer une discrimination, (...), il lui est permis, dans l'exercice de son pouvoir d'individualisation des mesures disciplinaires et dans l'intérêt de l'entreprise, de sanctionner différemment des salariés qui ont participé à une même faute* » : Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-42.270, Bull. civ. V, n° 236 ; Dr. soc. 1991, p. 619, rapp. Ph. WAQUET et ccl. P. FRANCK. « *Mais attendu qu'à la condition d'être décidée dans l'intérêt de l'entreprise, une réorganisation de celle-ci peut constituer une cause économique de suppression ou transformation d'emplois ou d'une modification substantielle du contrat de travail* » : Cass. soc., 1^{er} avril 1992, n° 90-44.697, Bull. civ. V, n° 223 ; Dr. soc. 1992, p. 481.

¹⁷¹² « *En l'état actuel des idées, on conçoit bien que les salariés, le management et des actionnaires minoritaires puissent se représenter de façon très différente ce qu'est l'intérêt de l'entreprise, mais il n'apparaît pas impossible de dire dans quel sens va cet intérêt. Celui-ci peut, comme l'intérêt de la famille, par exemple, être considéré comme un standard du droit. Si la mise en œuvre de ce standard se heurte à des difficultés et soulève*

295. Une conscience de l'entreprise ? Le Professeur Paul Durand admettait déjà « *la constitution de l'entreprise en un organisme, doué d'une vie propre* »¹⁷¹³. En 1956, dans sa thèse, le Professeur Michel Despax a décrit l'entreprise comme « *un sujet de droit naissant* », dont la personnalité juridique est implicitement admise¹⁷¹⁴. Plus tard, en 1981, Monsieur Jean Auroux, alors ministre du Travail, écrivait dans son Rapport remis au Président de la République et au Premier ministre que l'entreprise est une « *entité vivante, elle peut se transformer, se développer, s'amoindrir, être en mauvaise santé, vivre, mourir* »¹⁷¹⁵. En 2018, le Professeur Alain Supiot a nuancé à peine cette description en expliquant que l'entreprise est un sujet de droit d'un type particulier, « *dont on postule qu'à l'égal des hommes* », elle est animée « *d'une volonté propre* » mais qui échappe « *à leur mortelle condition* »¹⁷¹⁶. Mais cet organisme pourrait-il être doué d'une conscience propre ? Pour admettre cela, il faut, à

des incertitudes, ce serait plutôt relativement au rôle du juge dans l'appréciation de l'intérêt de l'entreprise. » : G. COUTURIER, L'intérêt de l'entreprise, in Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier, PUF, 1992, p. 143, spéc. p. 150 s. « Que l'entreprise ne soit pas réellement et constamment vécue comme une communauté réunissant l'ensemble des salariés et le patron autour d'une même perception de ce qui est bon pour elle, on en conviendra facilement. Cependant, force est de constater qu'aujourd'hui et en droit positif, l'intérêt de l'entreprise est un standard auquel se réfère la loi (le plus souvent implicitement) et la jurisprudence (explicitement). Celle-ci évoque l'intérêt de l'entreprise lorsqu'est en cause la légitimité d'une décision de l'employeur ou, plus largement, de l'exercice des pouvoirs reconnus au chef d'entreprise, voire la même validité d'une clause stipulée au contrat de travail. Il est vrai que, dans le droit actuel, l'entreprise est aussi, à bien des égards, envisagée comme le lieu de confrontation entre des intérêts divergents et également légitimes. (...) Il est également vrai que les rapports entre l'intérêt de l'entreprise et les intérêts particuliers de ses diverses composantes sont difficiles à théoriser : faut-il considérer que les seconds s'effacent derrière le premier qui les domine ou que celui-ci ne peut être déterminé que par la confrontation ou la combinaison de ceux-là ? Il reste que la place faite à l'intérêt de l'entreprise en droit positif est de plus en plus manifeste. » : G. COUTURIER, Droit du travail, 2/ Les relations collectives de travail, PUF, 2^{ème} éd., 1993, p. 24. Selon le professeur Alain Supiot, « cette identification de l'entreprise à un but social distinct de l'intérêt de ceux qui la contrôlent ou la dirigent tend à s'effacer de nos jours, sous la pression de ce qu'on nomme la financiarisation de l'économie, qui traite l'argent comme une fin en soi et non plus comme un moyen. La proposition avancée fin 2017 par certains députés d'introduire la référence à l'intérêt de l'entreprise dans la définition du contrat de société marque une heureuse prise de conscience des dangers, pour les entreprises elles-mêmes, de ce renversement des moyens et des fins. » : A. SUPIOT, De la citoyenneté économique, Propos recueillis par Thibault Le Texier, Esprit 2018/3, p. 52, spéc. p. 53.

¹⁷¹³ P. DURAND, art. préc., 387.

¹⁷¹⁴ « Nous avons en effet successivement trouvé dans l'entreprise un intérêt propre, les éléments d'une organisation particulière, voici maintenant que nous y trouvons les éléments d'un patrimoine, ne sommes-nous pas dès lors en présence d'une personne juridique (...) ? » : M. DESPAX, L'entreprise et le droit, préf. G. MARTY, avant-propos H. SOLUS, LGDJ, 1956, p. 377 et s. et p. 411.

¹⁷¹⁵ Aussi, « dans cette perspective, il importe désormais que les uns prennent davantage conscience de sa dimension sociale, et les autres davantage conscience de sa dimension économique ». La conscience est évoquée à plusieurs reprises dans le rapport, qu'il s'agisse de celles des travailleurs (« L'exercice des droits nouveaux est aussi une garantie pour notre avenir économique, dès lors que chacun est conscient, dans l'entreprise, de ses droits et de ses devoirs, c'est-à-dire de ses responsabilités. »), ou de celle de l'entreprise (qui « doit être consciente des problèmes d'emploi dans les choix sociaux, économiques ou technologiques qu'elle est amenée à effectuer ») : J. AUROUX, Les droits des travailleurs, Rapport remis au président de la République et au Premier ministre, Septembre 1981, La Documentation française, p. 4 et 6.

¹⁷¹⁶ A. SUPIOT, art. préc., p. 52, spéc. p. 53.

l'inverse de Milton Friedman, croire que l'entreprise n'a pas pour seul but de faire des profits¹⁷¹⁷ et l'assimiler, non seulement à un être vivant, mais à « *un être moral* »¹⁷¹⁸, à une véritable personne¹⁷¹⁹. Il faut donc prendre en considération les fonctions sociales de l'entreprise, et l'envisager comme un lieu « *de structuration de formes de solidarité bâties autour de la figure du travailleur* »¹⁷²⁰. C'est un espace partagé qui impose à ses membres, pour bien fonctionner, de respecter des règles de « *savoir-vivre* », dépassant les seules interactions de chacun d'entre eux¹⁷²¹. Au-delà de l'harmonie dans les relations de travail, qui n'est pas forcément aisée à atteindre, les membres de l'entreprise peuvent aspirer à partager le sens de leur action au sein de celle-ci. Cependant, trouver un sens commun permettant de « *travailler en conscience* », est loin d'être évident à une époque où l'entreprise est perçue comme source d'insécurité¹⁷²². Si une conscience collective existe, encore faut-il se demander comment la qualifier. S'agit-il d'une conscience regroupant les points communs des

¹⁷¹⁷ Selon Milton Friedman, « *les hommes d'affaires croient qu'ils défendent la libre entreprise quand ils récitent à haute voix (...) que l'entreprise a une « conscience sociale » (...) En fait, ils prêchent (...) un socialisme pur et simple* » : traduction par A. ANQUETIL, *Qu'est-ce que l'éthique des affaires ?*, Librairie philosophique J. Vrin, 2008, p. 75-76. Dans son article intitulé « *The social responsibility of business is to increase its profits* », publié dans The New York Times Magazine le 13 septembre 1970, Milton Friedman a écrit « *Qu'est-ce que cela signifie de dire que l'entreprise a des responsabilités ? Seuls les hommes peuvent avoir des responsabilités. Une société est une personne artificielle et dans ce sens elle peut avoir des responsabilités artificielles, mais on ne peut pas dire du monde de l'entreprise dans son ensemble qu'il a des responsabilités, même dans ce sens vague* ». Selon ce dernier, « *Si ce sont des responsabilités sociétales ce sont les responsabilités sociétales des individus pas des entreprises* » : S. SCHWEITZER, *La responsabilité sociale de l'entreprise est-elle d'augmenter ses profits*, in *L'éthique de l'entrepreneur*, dir. J.-Y. NAUDET, Actes du XXI^e colloque d'éthique économique organisé à Aix-en-Provence le 19 et 20 juin 2014, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2015, p. 255 et 257. Pour une analyse plus nuancée de la thèse de Milton Friedman : cf. *infra* note n° 2708. Dans des termes assez similaires, le Professeur Pascal Salin a écrit que « *seuls les individus pensent, agissent et se comportent – ou non – de manière éthique. Ainsi les normes éthiques concernent ceux qui signent les contrats constitutifs de l'entreprise – propriétaires, salariés, prêteurs, fournisseurs, clients – mais pas l'entreprise en tant que telle* » : P. SALIN, *Peut-il exister une éthique de l'entreprise ?*, in *L'éthique de l'entrepreneur*, *op. cit.*, p. 301.

¹⁷¹⁸ C'est l'une des caractéristiques de la conception éthique de la RSE : M. CAPRON, *Conceptions de la RSE*, in *Dictionnaire critique de la RSE*, dir. N. POSTEL et R. SOBEL, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 65.

¹⁷¹⁹ À l'inverse, « *selon André Comte-Sponville, il n'existerait pas « d'éthique d'entreprise » car cette idée suppose par nature un caractère désintéressé du groupement ainsi que l'existence d'une certaine conscience, conditions que l'entreprise ne remplit pas puisqu'elle n'est pas une personne, en dépit de l'appellation « personne morale » qui caractérise formellement la société. Évoquer l'éthique lorsqu'il s'agit d'entreprise est un abus de langage. De même qu'une société ne peut être considérée comme une personne morale au sens philosophique du terme, dans le cadre de notre culture, elle ne peut être considérée comme éthique.* » : J. DELGA, *De l'éthique d'entreprise et de son cynisme*, D. 2004, p. 3126, citant : A. COMTE-SPONVILLE, *Le capitalisme est-il moral ?*, Albin Michel, 2004.

¹⁷²⁰ N. MAGGI-GERMAIN, *Communauté, communautarisme, religion et fait religieux : de la nécessité d'opérer quelques clarifications sémantiques et juridiques*, Dr. soc. 2015, p. 674.

¹⁷²¹ J.-F. CLAUDE, *L'éthique au service du management*, Éditions Liaisons, 2^e éd., 2002, p. 113.

¹⁷²² J.-C. DELGENES, *Faire de la prévention du suicide une grande cause nationale*, Forum revue théorique éditée par FO, janvier 2012, n° 2, p. 111. « *L'« appartenance » à une entreprise est de moins en moins un signe de sécurité et de pérennité.* » : J. BARTHELEMY et G. CETTE, *Travailler au XXI^e siècle*, Odile Jacob, 2017, p. 27.

consciences individuelles des membres qui composent l'entreprise, ou s'agit-il d'une conscience de caractère holiste, que l'addition des consciences individuelles ne suffirait pas à expliquer¹⁷²³ ?

296. Procéder par strates. Pour tenter de répondre à cette question, il faut disséquer l'entreprise. Le premier niveau d'analyse proposé est celui du « *collectif de travail* », notion davantage utilisée en sciences sociales qu'en droit. Le collectif de travail réunit des individus partageant des règles de métier communes et pouvant se qualifier entre eux de « *collègues* »¹⁷²⁴. Le second niveau est celui de la « *collectivité de travail* », qui n'est pas non plus définie par le droit mais qui doit être appréhendée ici comme englobant les différents collectifs de travail¹⁷²⁵. Il convient donc de commencer cette étude par les parties les plus

¹⁷²³ La collectivité de travail « *n'est cependant pas entièrement réductible à une collection d'individus, car il faut bien co-laborer, travailler ensemble, souder un groupe autour d'une finalité commune, pour que l'entreprise fonctionne. Cela implique une représentation partagée de l'œuvre à réaliser. Comment faire pour que chacun soit habité par cette représentation commune ?* » : A. SUPIOT, *art. préc.*, p. 52, spéc. p. 54. À propos d'une autre notion qu'est l'intérêt de l'entreprise, le Professeur Yannick Pagnerre a écrit : « *Au sein de l'entreprise s'identifient plusieurs personnes porteuses d'intérêts divers. (...) L'intérêt de l'entreprise ne peut être une fusion de ces intérêts ; il est un intérêt propre à mettre en balance avec les autres. Le tout est une quête d'équilibre.* » : Y. PAGNERRE, *L'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, *Economica*, 2011, p. 63, spéc. p. 81. Monsieur Michel Bon, qui a dirigé plusieurs grandes entreprises au sens large (France Télécom, l'ANPE, Carrefour et l'Institut Pasteur entre autres) et qui a fondé l'ONG Transparency International, décrit ainsi sa vision de l'entreprise : « *L'entreprise, c'est ça : faire plus que ce que la somme des individus qui la composent est capable de faire seule.* » : M. BON, *L'entreprise, son environnement et l'éthique*, in *Éthique de l'entreprise, réalité ou illusion ?*, dir. A. ANQUETIL et al., L'Harmattan, 2010, p. 116.

¹⁷²⁴ Selon Monsieur Damien Cru, un collectif de travail suppose « *simultanément, plusieurs travailleurs, une œuvre commune, un langage commun, des règles de métier, un respect durable de la règle par chacun, ce qui impose un cheminement individuel qui va de la connaissance des règles à leur intériorisation* » : D. CRU, *Règles de métier, langue de métier : dimension symbolique au travail et démarche participative de prévention*, mémoire EPHE, 1995, cité par Y. CLOT, *Travail et pouvoir d'agir*, PUF, 2^{ème} éd., 2017, p. 147. Selon le Professeur Christophe Dejourns, « *le collectif de travail est toujours constitué autour de règles de travail communes dont la construction relève en propre du travail (...) Chaque règle de travail, en fait, a non seulement une visée technique mais elle est également une règle « sociale » dans la mesure où elle organise le « vivre ensemble ». Travailler, ce n'est pas seulement produire, c'est également vivre ensemble* » : C. DEJOURS et I. GERNET, *Évaluation du travail et reconnaissance*, *Nouvelle revue de psychosociologie* 2009, n°8, p. 27-36 ; cité par M. GOLLAC et M. BODIER, *Mesurer les facteurs psychosociaux de risque au travail pour les maîtriser*, Rapport du Collège d'expertise sur le suivi des risques psychosociaux au travail, faisant suite à la demande du ministre du Travail, de l'Emploi et de la Santé, 2011. Ces deux définitions sont présentées par le Professeur Pierre-Yves Verkindt dans son article : P.-Y. VERKINDT, *La collectivité de travail ou « la belle inconnue »*, *Dr. soc.* 2012, p.1006.

¹⁷²⁵ Comme l'explique le Professeur Pierre-Yves Verkindt dans son article consacré à la collectivité de travail, celle-ci « *ne se donne à voir qu'à travers ses effets tout en restant par ailleurs insaisissable par la norme de droit* ». Il ajoute qu'« *une collectivité de travail peut rassembler plusieurs collectifs tandis qu'il est impossible d'imaginer que la collectivité de travail puisse être une subdivision d'un collectif* ». Il confronte également la notion de collectivité de travail à celle de « *communauté de travail* », qui apparaît plus utilisée en jurisprudence alors que la première « *offre une neutralité idéologique plus grande* ». La collectivité de travail peut être connue à travers sa fonction de protection et sa fonction de représentation et d'expression. Il conclut en écrivant que « *le destin de la « collectivité de travail » est d' « être une image qui fait sens pour ceux et celles qui parlent de ce*

restreintes, celle des différents collectifs de travail (**Titre I**), pour ensuite s'intéresser à l'ensemble plus large formée par la collectivité de travail (**Titre II**).

qu'ils et elles vivent et une image qui produit des effets de droit » : P.-Y. VERKINDT, *art. préc.*, p. 1006. Cette dimension de la collectivité de travail semblait déjà être envisagée par le Professeur Jacques Chevallier, quand il explique que la « nouvelle citoyenneté » tend « à épouser la diversité constitutive du social » et qu'elle peut prendre différentes formes, dont celle de la « citoyenneté d'entreprise » : « La citoyenneté ne s'arrête plus aux portes de l'entreprise ; elle implique que les travailleurs disposent dans les lieux de production de droits inhérents à leur statut de citoyen [...]. Néanmoins, ce rééquilibrage a une contrepartie : citoyen dans l'entreprise, le travailleur devient aussi citoyen de l'entreprise ; titulaire de droits, il est soumis à un certain nombre d'obligations et tenu d'adhérer aux valeurs communes d'une entreprise conçue comme une collectivité de travail » : J. CHEVALLIER, *L'État-post-moderne*, LGDJ, 2003, p. 201-202 ; cité par R. de QUENAUDON, *La « doctrine progressiste » : une lecture du droit du travail en crise ?*, D. 2005, p. 1736. Quelques années plus tôt, dans un article également dédié à la collectivité de travail, Jacques Barthélémy semblait l'assimiler davantage au collectif de travail, en écrivant qu'« il n'y a pas qu'une seule collectivité de travail » car elle peut s'exprimer à différents niveaux, tels celui de la société, de l'UES, de l'établissement ou encore du groupe, selon le niveau du détenteur du pouvoir à laquelle elle s'oppose. Au préalable, il admettait néanmoins que le bloc des salariés n'est pas homogène et que la collectivité de travail peut comprendre des travailleurs non-salariés, comme des mandataires, des franchisés ou des sous-traitants : J. BARTHELEMY, *La collectivité de travail*, Cah. DRH 2008, n°145, p. 35. Dans un article ultérieur, cet auteur continue d'opposer la collectivité de travail à la « collectivité des détenteurs du capital » et plaide pour la transformation du comité d'entreprise en « conseil d'administration de la collectivité de travail » : J. BARTHELEMY, *Loi travail : ombres et lumières*, Cah. DRH 2016, n°234, p. 21. À propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 21 septembre 2017 qui a fait évoluer sa jurisprudence sur la révision de l'accord collectif (Cass. soc., 21 septembre 2017, n° 15-25.531), le Professeur Yannick Pagnerre écrit que « la véritable partie « sociologique » d'un accord collectif est constituée de la masse des travailleurs, cette « collectivité de travail » qui exprime son opinion par le vote » : Y. PAGNERRE, *Révision des accords collectifs : le triomphe de la collectivité de travail !*, in *Droit du travail – Chroniques*, JCP E 2018, 1274.

Titre I : La conscience des collectifs de travail

297. Des collectifs inégaux aux intérêts divergents. L'entreprise est par nature un lieu de conflit d'intérêts¹⁷²⁶. Selon le Professeur Le Tourneau, l'entreprise est constituée par les « *apporteurs de capitaux* » et par les « *apporteurs de matière grise et de leur capacité de travail* », qui sont « *rassemblés dans une organisation pour entreprendre une action commune, réaliser un objectif et poursuivre un dessein* »¹⁷²⁷. Pour cette étude, le critère de distinction des collectifs de travail est celui de l'autorité hiérarchique exercée par un collectif sur un autre ou, en d'autres termes, celui de la subordination vécue par un collectif par rapport à l'autre. Sans tomber dans la caricature des employeurs¹⁷²⁸ omnipotents opposés à leurs subordonnés devant lutter pour obtenir des informations, il faut néanmoins admettre que la principale opposition est celle qui existe entre, d'une part, les dirigeants qui doivent « *avoir conscience* » de l'état – à la fois économique et social, pour reprendre les deux caractéristiques présentées plus tôt – de leur entreprise (**Chapitre I**) et, d'autre part, les travailleurs ainsi que leurs représentants qui, s'ils se mobilisent, peuvent en « *prendre conscience* » (**Chapitre II**).

¹⁷²⁶ Dans le même sens : « *Les syndicats ou les élus des salariés ont en charge la représentation des intérêts des travailleurs, tandis que les organisations patronales ont en charge la représentation des intérêts des employeurs. Le rappel de cette évidence permet d'écarter d'emblée quelques pistes parfois évoquées au sujet de l'avenir du syndicalisme. Tout d'abord l'idée selon laquelle les intérêts des uns et des autres seraient aujourd'hui spontanément convergents et que l'on pourrait donc se passer du droit de la représentation collective et s'en tenir à un droit des relations individuelles de travail* » : *Au-delà de l'emploi*, dir. A. SUPIOT, Flammarion, 1999, p. 177.

¹⁷²⁷ Ph. Le TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Essai, Dalloz, Dunod, 2000, p.19.

¹⁷²⁸ L'employeur peut ici être entendu au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation relative au coemploi, comme « *la personne pour le compte de laquelle le travailleur accomplit pendant un certain temps, en sa faveur et sous sa direction, des prestations en contrepartie desquelles elle verse une rémunération* » : Cass. soc. 19 juin 2007, n° 05-42.551, « *Aspocomp* », Bull. civ. V, n° 109 ; Cass. soc., 30 novembre 2011, n° 10-22.964, Bull. civ. V, n° 284 ; Cass. soc., 18 décembre 2013, n° 12-25.686, Bull. civ., V, n° 312. Cette définition, qui n'utilise pas le terme de « *salarié* » mais de « *travailleur* », permet d'englober les employeurs privés et publics, particuliers et entreprises du secteur marchand et non marchand. Pour une étude approfondie de cette notion : Y. PAGNERRE, *Section I – L'employeur*, in *Notions et normes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Éditions Panthéon-Assas, 2016, p. 167 et s, n° 334 et s.

Chapitre 1 : Le devoir de conscience des dirigeants

298. La représentation de l'employeur. La conscience psychologique et morale est exigée de la part de l'employeur, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale, car les juges la tiennent pour acquise¹⁷²⁹. Dans le premier cas, le chef d'entreprise est aussi le détenteur du capital et apparaît aisément identifiable. Dans le second cas, le chef d'entreprise ne détient pas les moyens de production de l'entreprise mais il la dirige, en tant que représentant des apporteurs de capitaux. Il peut d'ailleurs y avoir plusieurs dirigeants qui, comme les salariés, « *déploient leur activité professionnelle* » dans l'entreprise, par opposition à ceux qui possèdent les capitaux investis¹⁷³⁰. En tout état de cause, à tout instant, ces personnes doivent être en mesure de connaître précisément la situation de cette dernière et d'anticiper les différents risques susceptibles d'y survenir. Toutefois, l'état de cette conscience n'est pas contrôlé avec la même intensité selon qu'il s'agisse de la gestion économique ou de la gestion sociale et sanitaire. Pourtant, dans les deux cas, une conscience défaillante peut mettre en péril la survie de l'entreprise.

299. Le principe de libre gestion économique de l'entreprise. Du point de vue du droit du travail, l'employeur serait libre de gérer son entreprise, économiquement parlant, comme il l'entend. En effet, le juge ne dispose pas d'un pouvoir d'ingérence dans les décisions prises à ce titre par le ou les dirigeants. Cette situation est particulièrement bien illustrée en cas de licenciement pour motif économique. Alors que ce type de licenciement est susceptible d'affecter la vie professionnelle de nombreux salariés, en cas de plan de sauvegarde de l'emploi par exemple, il est de jurisprudence constante que le juge ne peut pas s'immiscer dans le choix effectué par l'employeur entre les différentes solutions possibles pour assurer la sauvegarde de la compétitivité de son entreprise¹⁷³¹. Même depuis l'entrée en vigueur de la loi

¹⁷²⁹ Il convient de ne pas confondre l'adjectif « *acquis* » avec son homonyme « *acquitté* ». En effet, dans cette hypothèse, l'employeur doit être pleinement conscient des risques susceptibles de se produire dans son entreprise tout en étant capable de faire les - bons - choix permettant de les éviter. Il ne peut donc se contenter d'agir « *par acquit de conscience* », c'est-à-dire de « *libérer sa conscience* » par la prise de « *mesurettes* ».

¹⁷³⁰ N. CATALA, *L'entreprise*, tome 4, in *Droit du travail*, dir. G. H. CAMERLYNCK, Dalloz, 1980, p. 155.

¹⁷³¹ L'arrêt « *Brinon* » avait mis à jour la théorie de l'employeur seul juge : « (...) *l'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui la détermine à cesser son exploitation et aucune disposition légale ne lui fait l'obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi, pourvu qu'il observe, à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le Code du travail* » : Cass. soc., 31 mai 1956, *Brinon*, n° 56-04.323, Bull. civ., n° 499 ; JCP 1956, II, 9397, note P. ESMEIN. Dans sa note relative à cette arrêt, le Professeur Georges Levasseur explique d'ailleurs que, dans le

de sécurisation de l'emploi¹⁷³² en 2013, les juridictions administratives décident systématiquement qu'il n'appartient pas à l'administration d'apprécier les choix économiques qui ont conduit l'employeur à engager une procédure de licenciement collectif pour motif économique¹⁷³³. Seul le caractère réel et sérieux du motif économique est contrôlé par le juge judiciaire¹⁷³⁴ – le cas échéant, à partir de données chiffrées relativement précises¹⁷³⁵ – mais pas les options stratégiques qui s'offrent à l'employeur en amont de la réduction des effectifs.

300. Les limites à la liberté de gestion économique. Les représentants du personnel sont certes informés et consultés sur la situation économique et financière de l'entreprise¹⁷³⁶, ainsi que sur toute question à caractère économique¹⁷³⁷ intéressant la gestion ou la marche générale

jugement de première instance, qui fut cassé, « le tribunal d'Etampes avait cru découvrir dans le contrat de travail, en contrepartie d'un devoir du salarié « de consacrer toute son activité et sa conscience professionnelle à la bonne marche et à la prospérité de l'entreprise », une obligation imposée à l'employeur « d'assurer, sauf en cas de force majeure, la continuité de l'entreprise » ») : D. 1958. 21, note G. LEVASSEUR. Presque quarante ans plus tard, l'arrêt « *Casino de Beaulieu* » en avait sonné le glas en reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir retenu la responsabilité contractuelle d'un employeur, dont le « *mauvais choix* » de gestion avait entraîné le refus de renouvellement de l'autorisation et l'arrêt des activités du casino : Cass. soc., 26 janvier 1994, n° 92-43.616, Bull. civ. V, n° 26 ; JCP E 1994, II, 639, note Th. LAMARCHE. Sans ressusciter la première jurisprudence, un arrêt de l'Assemblée plénière de 2000 avait toutefois remis l'accent sur la liberté de gestion de l'employeur : Cass. Ass. plén., 8 décembre 2000, SAT, n° 97-44.219, Bull. A.P., n° 11 ; RJS 2/01 n° 180 ; J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, *GADT*, Dalloz, 4^e édition, n° 115, p. 526 et s.. Selon le Professeur Jean-Michel Olivier, « le pouvoir de gestion de l'employeur est clairement affirmé : à lui la maîtrise des décisions et des choix économiques ; le juge ne saurait se substituer à lui » : J.-M. OLIVIER, *Licenciements économiques et pouvoirs de l'employeur : l'employeur est-il de nouveau seul juge ?*, TPS, 2001, n° 56. Selon le Professeur François Gaudu, il est contestable de considérer que l'arrêt « SAT » aurait à nouveau consacré la théorie de l'employeur seul juge « si l'on considère que la nécessité de la réorganisation et le caractère rationnel des trois solutions entre lesquelles l'employeur se voit reconnaître la liberté de choisir ont été contrôlées par le juge » : F. GAUDU, *Les licenciements pour motif économique et la théorie de « l'employeur seul juge »*, in *Journées Michel Despax « L'Emploi »*, dir. J. PÉLISSIER et A. ARSEGUÉL, Actes de colloque n° 3, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 70.

¹⁷³² Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

¹⁷³³ Notamment : CAA Bordeaux, 30 juin 2014, n° 14BX01084 ; CAA Nancy, 5 février 2015, n° 14NC02095 ; CAA Paris, 2 mars 2015, n° 14PA04873.

¹⁷³⁴ Étant précisé, en outre, que, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, en cas de plan de sauvegarde de l'emploi, le contentieux du motif économique, qui a lieu devant le conseil de prud'hommes, est distinct de celui de la régularité de la procédure et de la suffisance dudit plan, qui a lieu devant les juridictions administratives à l'occasion du recours en excès de pouvoir contre la décision d'homologation et/ou de validation : CE, 22 juillet 2015, n° 385816 ; CE, 7 février 2018, n° 403001.

¹⁷³⁵ La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, dite « loi Travail », a modifié l'article L. 1233-3 du Code du travail qui dispose notamment, depuis le 1^{er} décembre 2016, que les difficultés économiques peuvent être caractérisées par une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à quatre trimestres consécutifs pour une entreprise de trois cents salariés et plus.

¹⁷³⁶ C. trav. ancien art. L. 2323-6 pour le comité d'entreprise, devenu C. trav. art. L. 2312-22 pour le comité économique et social.

¹⁷³⁷ La distinction avec d'autres domaines doit parfois être rappelée : « Attendu que, pour dire que le prévenu n'était pas tenu d'informer et de consulter le comité d'entreprise sur les licenciements prononcés pour fautes

de cette dernière¹⁷³⁸, et peuvent potentiellement attirer l'attention de l'employeur via leur droit d'alerte¹⁷³⁹. Leurs avis en la matière ne sont cependant pas liants, de sorte qu'un avis négatif n'empêche pas l'employeur de mettre son projet en œuvre, sauf exceptions¹⁷⁴⁰. En amont des licenciements économiques, l'employeur est d'ailleurs seulement invité à anticiper les disparitions potentielles d'emploi à travers les mesures de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, dite « GPEC »¹⁷⁴¹, parmi lesquelles figure le congé de mobilité¹⁷⁴². En réalité, les limites de cette liberté de gestion sont à rechercher en droit des affaires, qui permet de sanctionner la gestion défaillante qu'un dirigeant exercerait au sein de son entreprise. À titre d'exemple¹⁷⁴³, l'employeur peut voir sa responsabilité engagée pour insuffisance d'actifs en cas de faute de gestion y ayant contribué dans le cadre d'une liquidation judiciaire¹⁷⁴⁴, le

contre 33 salariés, la juridiction du second degré énonce que l'article L. 432-1 du Code du travail ne concerne que les mesures d'ordre économique et ne donne pas au comité d'entreprise un droit de contrôle des licenciements pour faute qui relèvent du pouvoir disciplinaire de l'employeur ; Attendu qu'en l'état de ces motifs, la cour d'appel a fait l'exacte application des dispositions de l'article L. 432-1 précité » : Cass. crim., 4 avril 1995, n° 93-80.312, Bull. crim., n° 146 ; RJS 6/95 n° 666.

¹⁷³⁸ C. trav. anc. art. L. 2323-1 pour le comité d'entreprise, devenu C. trav. art. L. 2312-8 pour le comité social et économique.

¹⁷³⁹ C. trav. anc. art. L. 2323-50 et s. pour le comité d'entreprise, devenu C. trav. art. L. 2312-63 pour le comité social et économique : cf. *infra* n° 382 et s.

¹⁷⁴⁰ Par exemple, selon l'article L. 3121-48 du Code du travail, un avis conforme du comité social et économique est nécessaire pour mettre en place un dispositif d'horaires individualisés. De même, l'article L. 3121-37 dudit code prévoit que « dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, le remplacement de tout ou partie du paiement des heures supplémentaires, ainsi que des majorations, par un repos compensateur équivalent peut être mis en place par l'employeur à condition que le comité social et économique, s'il existe, ne s'y oppose pas ».

¹⁷⁴¹ C. RADÉ, *L'application forcée des risques en droit du travail*, RLDA mars 2014, n° 91, p. 73. « Elle est devenue un instrument obligatoire de la prévention du risque de perte d'emplois, d'abord en 2003, avec la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 introduisant une obligation triennale de négocier sur la GPEC des salariés au niveau de la branche (article L. 2241-4 du code du travail), puis en 2005, avec la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 » : Rapport 2011 de la Cour de cassation, sous-section 8 la prévention du risque de disparition des emplois.

¹⁷⁴² Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail : « l'article 10 vise à encourager la mobilisation par les salariés du congé de mobilité tout en apportant des garanties aux salariés. Il est pour cela proposé d'élargir le champ d'application du congé de mobilité à toutes les entreprises soumises à l'obligation de négocier un plan de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC), c'est-à-dire à toutes les entreprises d'au moins 300 salariés. Il est par ailleurs proposé d'insérer les dispositions relatives au congé de mobilité dans le chapitre II du titre IV du livre II du code du travail afin que ce dispositif puisse être proposé aux salariés en l'absence de difficultés économiques. ». L'article L. 1237-18 du Code du travail, créé par l'ordonnance précitée et modifiée par la loi de ratification n° 2018-217 du 29 mars 2018, prévoit en effet que le congé de mobilité peut désormais être proposé dans les entreprises qui ont conclu un accord collectif portant sur la « GPEC ».

¹⁷⁴³ Il existe d'autres mesures de sanction, telles que des interdictions de gérer une ou plusieurs entreprises mais moins lourdes que celle résultant de la faillite personnelle, en cas d'omission de demande d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation dans les 45 jours de la cessation des paiements (C. com. art. L. 653-8 à 11 et R. 653-3 à 4). Quant au délit de banqueroute, en cas notamment d'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds, de détournement de l'actif ou d'augmentation frauduleuse du passif du débiteur, ou encore de tenue d'une comptabilité fictive ou manifestement irrégulière, il est sanctionné par cinq ans de prison, 75.000 euros d'amende et d'autres peines complémentaires (C. com. art. L. 654-1 à 7 et R. 654-1).

¹⁷⁴⁴ C. com. art. L. 651-1 à 4 et R. 651-1 à 6.

montant de l'insuffisance étant supporté par le ou les dirigeants, qui peuvent être déclarés solidairement responsables. Il risque aussi de faire l'objet d'une faillite personnelle, autrement dit d'une interdiction de gérer toute entreprise, en cas, notamment, de poursuite abusive d'une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation de paiements¹⁷⁴⁵. Le mauvais gérant est ainsi écarté de la vie des affaires pendant un certain temps¹⁷⁴⁶. Si cela peut l'empêcher de recommencer, le mal sera fait pour les salariés de l'entreprise victime de mauvaise gestion, cette dernière ayant peu de chance d'y survivre.

301. Quid de la gestion sociale ? Une telle liberté de gestion ne peut être permise en matière sociale et sanitaire, celle qu'il s'agit d'examiner dans le cadre de la présente étude. C'est la raison pour laquelle le législateur, aidé par le juge, a créé des devoirs de conscience pesant sur les employeurs que sont l'obligation de sécurité concernant la santé de ses propres salariés (**Section 1**) et les obligations de vigilance à l'égard de la situation d'emploi de travailleurs tiers (**Section 2**).

¹⁷⁴⁵ C. com. art. L. 653-1 à 11 et R. 653-1 à 4.

¹⁷⁴⁶ L'article L. 653-11 du Code de commerce prévoit une durée de 15 ans maximum.

Section 1 : Le devoir de conscience dans l'obligation de sécurité

302. La construction d'un devoir d'omniscience. La question de la sécurité physique des travailleurs a, en réalité, été à l'origine du droit du travail et demeure le cœur de celui-ci¹⁷⁴⁷. Dès la première loi ouvrière du 22 mars 1841 visant à protéger la santé des jeunes enfants contre les risques d'accidents du travail et d'usure prématurée des corps, l'employeur a dû veiller sur la santé de cette catégorie de travailleurs en particulier¹⁷⁴⁸. Il a fallu attendre la seconde partie du 19^{ème} siècle pour que la jurisprudence de la Cour de cassation commence à se saisir de la question d'une surveillance généralisée des salariés¹⁷⁴⁹. En 1968, la chambre criminelle de la Haute juridiction a affirmé qu'une « *obligation générale de sécurité* » appartient au chef d'entreprise ou à son préposé, qui doivent « *veiller personnellement à la stricte exécution des prescriptions réglementaires destinées à assurer la protection et la sécurité du personnel* »¹⁷⁵⁰. Il est intéressant de constater qu'en 1979, cette même chambre admettait encore que le chef d'entreprise ne pouvait « *pas être partout à la fois pour donner les directives courantes de travail* » et ne pouvait donc avoir, en permanence, conscience du danger encouru par l'ouvrier. C'est la raison pour laquelle, dans cette affaire, la Cour de cassation a confirmé la relaxe de l'inculpation d'homicide involontaire d'un chef d'entreprise, au sein de laquelle un ouvrier était mort écrasé par un wagonnet¹⁷⁵¹.

¹⁷⁴⁷ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 3^{ème} éd., 2015, p. 68.

¹⁷⁴⁸ C. RADÉ, *art. préc.*, p. 73.

¹⁷⁴⁹ Cela sera étudié en détail dans le paragraphe qui suit.

¹⁷⁵⁰ Cass. crim., 29 octobre 1968, n° 67-93661, Bull. crim. 1968, n° 274 ; cité par : J.-P. MURCIER, *Origine, contenu et avenir de l'obligation générale de sécurité*, Dr. soc. 1988, p. 610. La chambre criminelle de la Cour de cassation réaffirmera en 1987 qu'« *il appartient au chef d'entreprise de prendre les dispositions nécessaires commandées par les circonstances et relevant de son obligation générale de sécurité* » : Cass. crim., 11 juin 1987, n° 86-90.933, inédit.

¹⁷⁵¹ Les juges du droit donnaient ainsi raison aux juges du fond d'avoir retenu que le décès n'était que la conséquence de l'imprudence de la victime – le « *recours inopportun à une manœuvre tout à fait inhabituelle* » constituant une cause étrangère au chef d'entreprise : Crim., 23 janvier 1979, n° 77-91.278, Bull. crim. 1979, n° 31 ; cité par M.-F. MAZARS, in *Débat sur le thème de l'obligation de sécurité*, Bulletin d'information de la Cour de cassation n° 768 du 1^{er} octobre 2012. Dans sa note de l'époque, commentant l'arrêt, le Professeur Jean Savatier compare cette solution avec un autre arrêt de la chambre criminelle rendu le 27 février 1978. Il y est question de la responsabilité pénale d'un chef d'entreprise en raison de l'accident, survenu dans aciérie, dont a été victime un ouvrier qui déchargeait un wagon de métal en fusion et qui a été heurté, lors d'un mouvement de recul, par un autre wagon. Dans cet arrêt, les éclaboussures de métal ayant provoqué le mouvement de recul ont été considérées comme prévisibles et le travail était considéré comme particulièrement dangereux : J. SAVATIER, *À propos de l'affaire Chapron : Nature et répartition des responsabilités pénales en cas d'accident du travail survenu à un travailleur intérimaire*, Dr. soc. 1979, p. 160.

303. Dorénavant, il est indéniable que de devoir d’omniscience s’est étendu de manière effective à l’ensemble des salariés. Si le non-respect de cette obligation est incontestablement sanctionné (§2), sa nature juridique prête toujours à discussion (§1).

§ 1 : La nature de l’obligation de sécurité

304. La première discussion porte sur le fondement contractuel ou délictuel de l’obligation de sécurité (I) et, la seconde, sur l’intensité d’une telle obligation (II). Selon les réponses apportées, la conscience de l’employeur est appelée à jouer différents rôles.

I : Le fondement de l’obligation de sécurité

305. Les origines. En octobre 2015, une enquête réalisée par l’Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail a révélé que les entreprises françaises se disent plus souvent exposées aux risques psychosociaux que leurs homologues de l’Union européenne. En dépit de ce constat, la moyenne des entreprises françaises évaluant régulièrement les risques sur les lieux de travail est inférieure à celle des autres pays européens¹⁷⁵². Une telle évaluation devrait pourtant être systématique pour se conformer aux prescriptions du premier alinéa de l’article L. 4121-1 du Code du travail, en vertu duquel « *l’employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* »¹⁷⁵³. La suite de ce texte énumère les mesures attendues, telles que des « *actions de prévention des risques professionnels* » ou des « *actions d’information et de formation* ». Il faut donc comprendre en filigrane que l’employeur doit préalablement avoir conscience des « *risques professionnels* » ou dangers potentiels induits par son activité, afin d’éviter qu’ils ne se réalisent et de pouvoir en informer les travailleurs. *A priori*, cette obligation de conscience paraît avoir une origine européenne, puisque l’ancien article L. 230-2 du Code du travail, qui

¹⁷⁵² Enquête réalisée au sein de 36 pays européens : *Risques psychosociaux : la France particulièrement exposée*, LSQ 22 octobre 2015, n° 16940, p. 9.

¹⁷⁵³ Le respect de l’obligation de prévention implique « *la mise en œuvre d’une rationalité décrite par l’article L. 4121-2 du code du travail : agir sur le risque à sa source, évaluer le risque subsistant, planifier la réponse en intégrant l’organisation du travail et les conditions de travail, etc. Ces dispositions, (...), ont servi de point de départ à une jurisprudence qui a « construit », à l’usage des acteurs de la santé au travail, le puissant outil dénommé « obligation de sécurité de résultat » conduisant au renforcement de la responsabilité de l’employeur.* » : P.-Y. VERKINDT, *La responsabilité de l’employeur en matière de santé mentale. Quelques éléments tirés de l’histoire récente*, in *Les risques du travail, Pour ne pas perdre sa vie à la gagner*, dir. A. THÉBAUD-MONY, Ph. DAVEZIES, L. VOGEL et S. VOLKOFF, La Découverte, 2^{ème} éd., 2015, p. 312-313.

existait avant la recodification entrée en vigueur en mai 2008¹⁷⁵⁴, avait été introduit par la loi n° 91-1414 du 31 décembre 1991, dont le titre indique qu'elle porte transposition de directives européennes relatives à la santé et à la sécurité du travail¹⁷⁵⁵. Toutefois, il était déjà possible de trouver des traces d'une telle obligation dans la jurisprudence de la Cour de cassation de la fin du 19^{ème} siècle. L'arrêt « *Boissot* » de 1878, en vertu duquel le patron est « *obligé de préserver ses ouvriers des conséquences mêmes des dangers inhérents à leur travail* », confirma la solution d'un arrêt de la cour d'appel de Dijon. Cette dernière avait admis un an plus tôt que le patron doit « *prévoir les causes non seulement habituelles, mais simplement possibles d'accidents, et de prendre les mesures qui seraient de nature à les éviter* »¹⁷⁵⁶. En 1895, le Conseil d'État a implicitement transposé cette solution au secteur public en décidant que l'État devait être déclaré responsable de l'accident survenu à l'ouvrier d'un arsenal. Il était relevé qu'aucune faute ne pouvait être reprochée à l'ouvrier, l'accident n'étant imputable ni à sa négligence ni à son imprudence¹⁷⁵⁷. L'obligation de sécurité apparaissait déjà comme étant générale, car portant sur l'ensemble des règles d'hygiène et de sécurité, et personnelle, car elle reposait sur la personne du chef d'entreprise. Certains la considèrent d'ailleurs comme la contrepartie de l'autorité exercée par le patronat sur le salariat, en vertu du contrat de travail¹⁷⁵⁸. En vertu de cette obligation, le chef d'entreprise doit non seulement appliquer les lois et règlements relatifs à son activité, mais il doit également prendre les mesures commandées par les circonstances¹⁷⁵⁹.

306. Entre contrat et délit. Dès ses débuts, la question du fondement contractuel ou délictuel de l'obligation de sécurité a fait débat et elle se pose toujours. En 1883, le Professeur Sauzet expliquait que si la responsabilité de l'employeur est délictuelle, c'est au salarié de prouver la faute commise par celui-ci car, en tant que demandeur, il doit prouver le fait

¹⁷⁵⁴ La première phrase était la suivante : « *Le chef d'établissement prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs de l'établissement, y compris les travailleurs temporaires* ».

¹⁷⁵⁵ Parmi ces directives, figure la directive 89/391 du 12 juin 1989 dont l'article 5 prévoit que « *l'employeur est obligé d'assurer la santé et la sécurité des travailleurs dans tous les aspects liés au travail* ».

¹⁷⁵⁶ CA Dijon, 27 avr. 1877 et Cass. Req., 7 janv. 1878, *Schneider et comp. C. Boissot*, S. 1878. 1. 412 ; cité par P. SARGOS, in *Débat sur le thème de l'obligation de sécurité*, Bulletin d'information de la Cour de cassation n°768 du 1^{er} octobre 2012 ; cité par Y. SAINT-JOURS, *De l'obligation contractuelle de sécurité de résultat de l'employeur*, Dalloz 2007, p. 3024 ; cité par M. SAUZET, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1883, p. 596.

¹⁷⁵⁷ L'ouvrier avait été blessé à la main gauche par un éclat de métal projeté sous le choc d'un marteau-pilon et se trouvait dans l'impossibilité « *de pourvoir à sa subsistance* » : CE, 21 juin 1895, n° 82490, Lebon.

¹⁷⁵⁸ Y. SAINT-JOURS, *De l'obligation contractuelle de sécurité de résultat de l'employeur*, Dalloz 2007, p. 3024.

¹⁷⁵⁹ J.-P. MURCIER, *art. préc.*, p. 610.

générateur de son préjudice. À l'inverse, si la responsabilité du patron est contractuelle, c'est à ce dernier de tenter de s'exonérer de sa responsabilité, le travailleur devant seulement prouver qu'il a subi une lésion et qu'il est lié par un contrat de travail à son employeur¹⁷⁶⁰. L'obligation, que le contrat de louage met « à la charge du patron, c'est l'obligation de prendre toutes les mesures propres à sauvegarder la vie et la santé des ouvriers »¹⁷⁶¹. Cela paraît sensé dans la mesure où le salarié, puisqu'il se place sous la subordination juridique de l'employeur dans le cadre du contrat de travail, n'est plus en mesure de déterminer lui-même les moyens de sa sécurité¹⁷⁶². À la fin du 19^{ème} siècle¹⁷⁶³, cette position contractuelle a prédominé pendant quelques années¹⁷⁶⁴, avant d'être balayée lors de la discussion parlementaire ayant conduit à la loi du 9 avril 1898 sur la réparation des accidents du travail, qui était également appelée le « *compromis de 1898* ». Les civilistes abandonnent alors le terrain contractuel au profit d'une obligation légale du chef d'entreprise¹⁷⁶⁵. Cependant, l'arrêt considéré comme fondateur de l'obligation de sécurité, rendu en 1911 au sujet d'un contrat de transport de voyageurs, a choisi la voie contractuelle en estimant que l'exécution de ce type de contrat comporte « pour le transporteur l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à

¹⁷⁶⁰ C'est au travailleur, « créancier de dommages-intérêts contre le patron, à faire la preuve de la faute de celui-ci », « non pas (...) parce qu'il est demandeur mais parce que cette faute du patron est la cause unique de sa créance et que le demandeur a une preuve à faire, c'est celle du fait générateur, de la cause de son droit ». Mais, si la responsabilité est contractuelle, « c'est que l'ouvrier n'a plus à prouver la faute du patron qui a amené l'accident, c'est au patron, pour se soustraire à la responsabilité que lui impose son contrat, à prouver que l'accident ne lui est pas imputable ». Ainsi, le salarié n'a plus qu'à prouver « qu'il était, lors de l'accident, l'ouvrier du défendeur, c'est-à-dire l'existence à cette époque du contrat » : M. SAUZET, *art. préc.*, p. 596.

¹⁷⁶¹ : M. SAUZET, *art. préc.*, p. 596.

¹⁷⁶² « L'employeur est débiteur de la sécurité de l'ouvrier et ce dernier n'est pas en mesure de contrôler les mesures de sécurité, car il est dans une situation de subordination juridique qui l'oblige à subir les actes de direction » : Lamy *santé sécurité au travail*, dir. F. RIGAUD, 2017, n° 210-3 ; citant H. SEILLAN, *L'obligation de sécurité du chef d'entreprise*, Dalloz 1981.

¹⁷⁶³ Les éléments historiques qui suivent sont expliqués dans : J.-L. HALPERIN, *La naissance de l'obligation de sécurité*, *Gaz. Pal.* 21-23 sept. 1997, n° 264 à 266, p. 2.

¹⁷⁶⁴ En 1882, l'avocat Vavas seur écrivait que l'article 1382 était inapplicable quand il y avait un contrat, l'action de l'ouvrier prenant sa source dans le contrat de louage de services : VAVASSEUR, *De la responsabilité des accidents de fabrique*, Marchal- Billard et C^{ie}, 1881, p. 5-9. La même année, le Professeur Sauzet considérait lui aussi que la responsabilité patronale était contractuelle par sa source, l'employeur ayant « l'obligation de prendre toutes les mesures propres à assurer la sécurité de l'ouvrier » afin de « le conserver sain et sauf » : M. SAUZET, *art. préc.*, p. 596 et s. En 1883, le juriste belge Sainteclette plaidait également en faveur d'une responsabilité contractuelle et estimait que le patron ne pouvait se libérer qu'en prouvant la faute de l'ouvrier ou la force majeure, les accidents dont la cause étaient inconnue restant à sa charge : Ch. SAINTECLETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles-Paris, 1884, p. 95 et 118. En 1885, le civiliste et arrê tiste Labbé se prononçait également pour la responsabilité contractuelle du patron mais en admettant les clauses d'irresponsabilité et en lui permettant de prouver qu'il avait pris toutes les précautions possibles : LABBÉ, S. 1885, 4, 25.

¹⁷⁶⁵ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1900, tome II, p. 579 ; R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, 1897, p. 19.

destination »¹⁷⁶⁶. Bien des années plus tard, le remplacement par le législateur du terme « *chef d'établissement* »¹⁷⁶⁷ au profit de celui d'« *employeur* »¹⁷⁶⁸, lors de la recodification de 2008, relance le débat en faveur de la nature contractuelle, tandis que la Cour de cassation continue, de temps à autre, de faire expressément référence à la responsabilité civile contractuelle¹⁷⁶⁹. Toutefois, une partie de la doctrine considère que cette responsabilité devrait échapper à la logique contractuelle et relever plus largement de la situation d'emploi¹⁷⁷⁰. Le Professeur Jean Carbonnier avait lui-même écrit au sujet de la responsabilité contractuelle que « *c'est artifice que de faire entrer là-dedans des bras cassés et des morts d'hommes ; les tragédies sont de la compétence des a. 1382 s.* »¹⁷⁷¹. La preuve en serait qu'un contrat entre l'employeur défaillant et le salarié victime n'est pas nécessaire puisque l'entreprise utilisatrice est également tenue, à l'égard des salariés mis à disposition, d'une obligation de sécurité¹⁷⁷². En ce sens également, l'article L. 4121-1 du Code du travail mentionne les « *travailleurs* » et

¹⁷⁶⁶ Cass. civ., 21 novembre 1911, *Zbidi Hamida ben Mahmoud c. Compagnie générale transatlantique en matière de transport*, inédit ; cité par J.-L. HALPERIN, *La naissance de l'obligation de sécurité*, Gaz. Pal. 21-23 sept. 1997, n° 264 à 266, p. 2 ; et par P. JOURDAIN, *Le fondement de l'obligation de sécurité*, Gaz. Pal. 21-23 sept. 1997, n° 264 à 266, p. 22 : ce dernier précise qu'il semble difficile de rattacher l'obligation de sécurité à la volonté des parties au contrat – en particulier à celle du débiteur – et que celle-ci a été davantage rattachée à l'équité de l'article 1135 du Code civil.

¹⁷⁶⁷ En effet, depuis sa création par la loi n° 91-1414 du 31 décembre 1991, entré en vigueur le 31 décembre 1992, jusqu'à son abrogation par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, l'article L. 230-2 du Code du travail faisait référence au « *chef d'établissement* ».

¹⁷⁶⁸ Dans la répression pénale, il existe une distinction cardinale entre l'employeur et le chef d'entreprise. L'employeur est le cocontractant du salarié et en général une personne morale, tandis que le chef d'entreprise est le dirigeant de la personne morale. La répression pénale vise avant tout le chef d'entreprise, c'est-à-dire l'être humain qui prend effectivement les décisions touchant à l'organisation du travail. La responsabilité pénale de la personne morale n'est engagée que si l'un de ses préposés a commis une infraction et elle l'est de manière complémentaire à celle de la personne physique : E. PESKINE et C. WOLMARK, *Droit du travail*, 10^e éd., Dalloz, 2015, n° 453, p. 313.

¹⁷⁶⁹ « *Attendu qu'en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat* » : Cass. Ass. plén., 24 juin 2005, n° 03-30.038, Bull. A.P., n° 7. « *Le salarié dont l'affection n'est pas prise en charge au titre de la législation sur les accidents du travail ou les maladies professionnelles, peut engager une action contre son employeur sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile contractuelle (...) Et attendu qu'après avoir relevé que la salariée, (...) avait, à plusieurs reprises, alerté son employeur sur l'accroissement des dangers encourus par les ressortissants français à Abidjan, (...) la cour d'appel a constaté, sans encourir les griefs du moyen, que l'employeur n'avait apporté aucune réponse aux craintes exprimées par la salariée, (...) ; qu'en l'état de ces constatations, elle a pu en déduire que l'employeur avait manqué à ses obligations contractuelles sans qu'une faute de nature à l'exonérer de sa responsabilité puisse être reprochée à la salariée* » : Cass. soc., 7 décembre 2011, n° 10-22.875, Bull. civ. V, n° 287 ; comm. par P. CHAUMETTE, Dr. soc. 2012, p. 208.

¹⁷⁷⁰ P. MORVAN, *Securitas omnia corrumpit ou le principe selon lequel il incombe à l'employeur de protéger la sécurité et la santé des travailleurs*, Dr. soc. 2007, p. 674 ; cité par G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Précis, 2017, p. 1081, n° 932 ; G. LOISEAU, *Intervention sur l'obligation de sécurité*, Bulletin d'information n° 768 du 1^{er} octobre 2012.

¹⁷⁷¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, PUF, 20^{ème} éd., 1996, p. 479, n° 295 ; cité par P. JOURDAIN, *Le fondement de l'obligation de sécurité*, Gaz. Pal. 21-23 sept. 1997, n° 264 à 266, p. 25.

¹⁷⁷² C. trav. art. L. 4111-5 : « *Pour l'application de la présente partie, les travailleurs sont les salariés, y compris temporaires, et les stagiaires, ainsi que toute personne placée à quelque titre que ce soit sous l'autorité de l'employeur.* ».

non les salariés. De surcroît, la loi¹⁷⁷³ a également étendu le rayonnement de cette obligation aux salariés eux-mêmes, puisque l'employeur peut actionner son pouvoir disciplinaire en licenciant pour faute grave les salariés qui enfreignent les règles de sécurité¹⁷⁷⁴. Enfin, la Cour de cassation aurait elle-même parfois tendance à détacher l'obligation de sécurité de résultat du contrat de travail¹⁷⁷⁵, en venant même à mentionner « *l'obligation légale* » imposant à l'employeur « *de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* »¹⁷⁷⁶. En réalité, si la prévention des risques professionnels sur la santé des salariés devient un devoir général, l'obligation de sécurité se rattache davantage à la sphère délictuelle¹⁷⁷⁷. Or, si le manquement à l'obligation de sécurité revêt la nature d'un délit civil, l'absence de conscience du danger pourrait plus aisément être

¹⁷⁷³ L'alinéa 1^{er} de l'article L. 4122-1 du Code du travail dispose que « *conformément aux instructions qui lui sont données par l'employeur, dans les conditions prévues au règlement intérieur pour les entreprises tenues d'en élaborer un, il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celles des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail.* ». Avant la recodification, cette règle était posée à l'ancien article L. 230-3 du Code du travail, créé par la loi n° 91-1414 du 31 décembre 1991 transposant, entre autres, la directive européenne 89/391/CEE du 12 juin 1989. Cette obligation a pu être décrite comme un « *devoir de vigilance* » incombant aux salariés : I. VACARIE, *L'implication écologique du salarié*, in *Droit du travail et droit de l'environnement*, Actes du colloque de la Société française pour le droit de l'environnement, Toulouse, 30 septembre et 1^{er} octobre 1993, Litec, 1994, p. 113.

¹⁷⁷⁴ Sur le licenciement pour faute grave du salarié qui n'a pas établi correctement le plan de prévention et qui n'a pas averti la société tierce des dangers liés à un clapet anti-retour à l'origine de la mort de deux salariés de cette société : Cass. soc., 28 février 2002, n° 00-41.220, Bull. civ. V, n° 82. Dans le même sens : Cass. soc., 30 septembre 2005, n° 04-40.625, Bull. civ. V, n° 278 ; Cass. soc., 21 avril 2010, n° 09-40.069, inédit. Mais, contrairement à l'obligation qui pèse sur l'employeur, celle du salarié n'est sanctionnée que civilement et non pénalement : A. COEURET et E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2008, n° 449, p. 257. Pour le Professeur Christophe Radé, il s'agit d'appliquer, au sein de l'entreprise, les « *principes fondamentaux de la vie en société* », notamment celui selon lequel « *nul n'a le droit de nuire à autrui* » : C. RADÉ, *L'obligation de sécurité du salarié*, Dr. ouvr. 2012, p. 578. « *Le poids de cette lourde obligation patronale est tel qu'il se reporte sur les épaules du salarié. (...) Mais l'absurdité de la qualification d'« obligation de sécurité » surgit alors. Comment réputer sérieusement le salarié créancier d'une telle obligation sachant qu'il en est lui-même débiteur et s'expose à un licenciement pour faute grave en cas d'inexécution ? (...) Pourquoi ne pas reconnaître plus simplement qu'un devoir de protéger la sécurité et la santé des salariés s'impose à toute personne comme une norme de rapports sociaux et que la méconnaissance de ce devoir constitue un délit civil passible de sanctions civiles, disciplinaires et pénales ?* » : P. MORVAN, *Securitas omnia corrumpit ou le principe selon lequel il incombe à l'employeur de protéger la sécurité et la santé des travailleurs*, Dr. Soc. 2007, p.674.

¹⁷⁷⁵ Selon l'un de ses Conseillers, la Cour de cassation aurait confirmé ce détachement en 2006 (Cass. soc., 28 février 2006, n° 05-41.555, Bull. civ. V, n° 87) : M. BLATMAN, *L'obligation de sécurité de résultat de la Cour de cassation en six étapes*, SSL 2007, 1295.

¹⁷⁷⁶ Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-24.444, PBRI, Bull. 2016, n° 840, cf. *infra* n° 310 et 311, note n° 1817 ; Cass., soc, 1^{er} juin 2016, n° 14-19.702, « *Finimétal* » ; comm. par Y. PAGNERRE, *La « nouvelle » obligation de sécurité de l'employeur*, JCP E, 2016, 1659 ; comm. par Y. PAGNEERE et J. ICARD, *Le clair-obscur de l'obligation de sécurité en matière de harcèlement*, D. 2016, p. 1681.

¹⁷⁷⁷ G. PIGNARRE et L.-F. PIGNARRE, *La prévention : pierre angulaire ou/et maillon faible de l'obligation de santé et sécurité au travail de l'employeur ?*, RDT 2016, p. 151 ; P. MORVAN, *Securitas omnia corrumpit ou le principe selon lequel il incombe à l'employeur de protéger la sécurité et la santé des travailleurs*, Dr. Soc. 2007, p. 674.

envisagée comme une cause exonératoire¹⁷⁷⁸, puisque, dans sa conception classique, un délit ne s'envisage pas sans un élément moral¹⁷⁷⁹.

II : L'intensité de l'obligation de sécurité

307. Obligation de moyens ou de résultat. Quand bien même l'obligation de sécurité serait contractuelle¹⁷⁸⁰, la conscience de l'employeur pourrait avoir un rôle à jouer selon l'intensité de cette dernière. Il existe un second débat à ce sujet, à savoir si l'obligation de sécurité est de moyens¹⁷⁸¹ ou de résultat¹⁷⁸². Alors que l'article L. 4121-1 du Code du travail prescrit des diligences à l'employeur – soit des moyens – et non un résultat¹⁷⁸³, cette obligation prend néanmoins les traits d'une « *obligation de sécurité patronale* »¹⁷⁸⁴, devenue une obligation de résultat depuis les arrêts dits « *amiante* » de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 28 février 2002¹⁷⁸⁵. Ces derniers se sont clairement prononcés sur l'intensité

¹⁷⁷⁸ P. MORVAN, *Securitas omnia corrumpit ou le principe selon lequel il incombe à l'employeur de protéger la sécurité et la santé des travailleurs*, Dr. soc. 2007, p. 674.

¹⁷⁷⁹ La faute, en droit civil, est définie par les auteurs classiques comme un fait illicite imputable à son auteur. L'imputabilité constitue ainsi l'élément subjectif ou « *moral* » de la faute et signifie que « *l'auteur doit avoir agi en pleine conscience de l'acte qu'il a accompli ; il doit en avoir compris la nature et la portée* ». Mais beaucoup d'auteurs modernes ont rejeté l'existence de l'imputabilité, considérant que « *la faute civile est une notion objective qui est dépourvue de tout élément d'imputabilité et doit faire l'objet d'une appréciation abstraite* ». Toutefois, « *il se pourrait en effet que l'imputabilité, sans être une composante de la faute, doive demeurer une condition de la responsabilité* » : P. JOURDAIN, *Droit à réparation - Responsabilité fondée sur la faute – Notion de faute : contenu commun à toutes les fautes*, JCl. Civil Code, LexisNexis, fasc. 120-10, 2011, n° 16 et 19.

¹⁷⁸⁰ En 1936, dans son essai relatif à la classification des obligations, le Professeur Henri Mazeaud expliquait que les obligations contractuelles comme les obligations « *extra-contractuelles* » peuvent être « *de résultat* » ou « *de moyens* », selon la terminologie utilisée par le Professeur René Demogue, car il s'agit alors de s'intéresser à leur « *contenu* » et ce contenu peut leur être commun. Il préférerait quant à lui les expressions d'« *obligation déterminée* » et d'« *obligation générale de prudence et diligence* » : H. MAZEAUD, *Essai de classification des obligations*, RTD civ. 1936, p. 1.

¹⁷⁸¹ Il existe des obligations de sécurité de moyens comme celle dont est débitrice l'entreprise d'auto-école ou le club de vacances, dans la mesure où le créancier ou victime potentielle concourt à l'exercice de l'activité pouvant s'avérer dangereuse : F. HÉAS, *Le devenir de l'obligation de sécurité de résultat en matière de travail*, Dr. ouvr. 2016, n° 810, p.10.

¹⁷⁸² La *summa divisio* entre obligation de moyen et obligation de résultat a été posée par le Professeur René Demogue : R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales de droit privé*, Arthur Rousseau Éditeur, 1911, p. 554-555.

¹⁷⁸³ G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Précis, 2017, p. 1080, n° 932 ; J. ICARD, *L'incidence de la jurisprudence Air France dans le contentieux du harcèlement moral, Essai de prospective*, CSBP 2016, n° 284, p. 214. Sauf à considérer que le résultat consiste dans la prise des « *mesures telles qu'elles sont définies à l'article L. 4121-2 du code et dans l'ordre dans lesquelles les imposent tant la directive européenne que le texte français* » : P.-Y. VERKINDT, *Entretien, Un signe fort de maturité de la jurisprudence sur l'obligation de sécurité de résultat*, SSL 2016, n° 1739 ; cf. *infra* n° 310.

¹⁷⁸⁴ J.-M. SPORTOUCH, *Propos introductifs*, CSBP, mai 2016, n° 285, p. 261.

¹⁷⁸⁵ De nombreux arrêts ont été rendus sur ce thème le même jour, voir par exemple : Cass. soc., 28 février 2002, n° 99-18.389, Bull. civ. V, n° 81 ; Cass. soc., 28 février 2002, n° 00-11.793, Bull. civ. V, n° 81.

de l'obligation, en énonçant qu'« *en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles* ». En imposant à l'employeur d'assurer l'effectivité d'une telle obligation¹⁷⁸⁶, il s'agissait pour la jurisprudence de remédier aux lacunes d'un système légal devenu obsolète¹⁷⁸⁷. Ainsi, l'obligation de sécurité de résultat est d'abord née en droit de la sécurité sociale pour prendre en charge les maladies professionnelles, à commencer par les pathologies liées à l'exposition à l'amiante. Elle a ensuite été étendue aux accidents du travail¹⁷⁸⁸ – concernant la santé physique puis mentale¹⁷⁸⁹ – puis aux relations individuelles de travail – en matière de tabagisme¹⁷⁹⁰ et de harcèlement¹⁷⁹¹ – et, enfin, aux relations collectives. En effet, un employeur peut voir la mise en place de sa nouvelle organisation du travail suspendue si elle est de nature à compromettre la santé et la sécurité des travailleurs concernés¹⁷⁹².

¹⁷⁸⁶ « *Mais attendu qu'il résulte de l'article L. 230-2 I, devenu L. 4121-1 du code du travail, interprété à la lumière de la Directive 89/391/CEE du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail ainsi que de l'article R. 241-51, alinéa 1, devenu R. 4624-21 du code du travail, que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité* » : Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-44.408, Bull. civ. V, n° 82.

¹⁷⁸⁷ G. PIGNARRE, *L'obligation de sécurité patronale entre incertitudes et nécessité*, RDT 2006, p. 150.

¹⁷⁸⁸ Cass. soc., 11 avril 2002, n° 00-16.535, Bull. civ. V, n° 127.

¹⁷⁸⁹ La Cour de cassation a admis que le syndrome dépressif dont souffre une salariée résultait de la dégradation de ses conditions de travail et des pressions imposées par la restructuration de son entreprise : Cass. soc., 17 février 2010, n° 08-44.298, inédit. Elle a aussi reconnu la faute inexcusable de l'employeur concernant l'infarctus dont a été victime un rédacteur en chef en raison du stress lié à ses conditions de travail, en considérant que « *l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur ne peut qu'être générale et en conséquence ne peut exclure le cas, non exceptionnel, d'une réaction à la pression ressentie par le salarié* » : Cass. civ. 2^e, 8 novembre 2012, n° 11-23.855, inédit ; G. SINGER, *Stress, pathologie cardiaque et faute inexcusable ?*, Lexbase hebdo éd. soc. 2012, n° 510.

¹⁷⁹⁰ La Cour de cassation juge que la cour d'appel « *a exactement déduit que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat vis-à-vis de ses salariés en ce qui concerne leur protection contre le tabagisme dans l'entreprise, n'avait pas satisfait aux exigences imposées par les textes précités et a, en conséquence, décidé que les griefs invoqués par la salariée à l'appui de sa prise d'acte justifiaient la rupture du contrat de travail, de sorte qu'elle produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse* » : Cass. soc., 29 juin 2005, n° 03-44.412, Bull. civ. V, n° 219. Le salarié n'a pas à démontrer que la carence de l'employeur en matière de protection contre le tabagisme a eu des conséquences effectives sur sa santé : Cass. soc., 6 octobre 2010, n° 09-65.103, Bull. civ. V, n° 215.

¹⁷⁹¹ Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-43.914, Bull. civ. V, n° 223.

¹⁷⁹² « *Attendu que (...) la cour d'appel a constaté que la nouvelle organisation mise en place par l'employeur en février 2005 réduisait le nombre des salariés assurant le service de jour et entraînait l'isolement du technicien chargé d'assurer seul la surveillance et la maintenance de jour, (...), cet isolement augmentant les risques liés au travail dans la centrale, et que le dispositif d'assistance mis en place était insuffisant pour garantir la sécurité des salariés ; qu'elle a pu en déduire, (...), que cette organisation était de nature à compromettre la santé et la sécurité des travailleurs concernés et que sa mise en œuvre devait en conséquence être suspendue* » : Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-45.888, « *Snecma* », Bull. civ. V, n° 46 ; cf. *supra* note n° 1706.

308. Le manquement à l'obligation de sécurité, la faute inexcusable. Dans les arrêts « *amiante* » précités, la Cour de cassation a déclaré que « *le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale* »¹⁷⁹³. Pour comprendre l'intérêt de cette notion, il faut revenir à la loi précitée du 9 avril 1898 et à celle du 25 octobre 1919, qui ont permis aux salariés de bénéficier d'une réparation forfaitaire – considérée alors comme favorable¹⁷⁹⁴ – en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle, en contrepartie de la renonciation à l'action en responsabilité contre l'employeur¹⁷⁹⁵. Depuis lors, le droit à réparation peut néanmoins être étendu – pour que la totalité du préjudice soit réparée – en cas de faute intentionnelle ou de faute inexcusable de l'employeur. Mais, en 1941, la Cour de cassation donna une définition restrictive de la faute inexcusable pour retenir la responsabilité d'un entrepreneur qui « *devait avoir conscience du danger* », à l'égard d'un ouvrier mort enseveli après l'effondrement d'un immeuble en construction. Celle-ci devait alors « *s'entendre d'une faute d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative et se distinguant par le défaut d'un élément intentionnel de la faute visée au paragraphe 1^{er} dudit article* »¹⁷⁹⁶. Les mêmes éléments de définition se retrouvent encore dans le « *Vocabulaire juridique* » du Professeur Gérard Cornu, en vertu duquel la faute inexcusable est une « *faute particulièrement grave qui suppose chez son auteur la conscience d'un danger et la volonté téméraire de prendre le risque de sa réalisation sans raison valable (sans cependant*

¹⁷⁹³ cf. *supra* n° 307 et note n° 1785.

¹⁷⁹⁴ Auparavant, les victimes d'accident du travail souffraient d'une insuffisance de réparation car ils étaient dans l'incapacité d'apporter la preuve du lien de causalité entre la faute de l'employeur et leur préjudice, dans le cadre de l'ancien article 1382 du Code civil. Devant ces difficultés, la Cour de cassation avait alors admis, dans l'arrêt « *Teffaine* » de 1896, qu'un principe général de la responsabilité du fait des choses pouvait être déduit de l'ancien article 1384 du Code civil et invoqué à l'encontre de l'employeur : Cass. civ. 16 juin 1896. Dans sa note relative à l'arrêt « *Teffaine* », le professeur Raymond Saleilles écrivait au sujet de l'obligation du patron : « *Tout ce que celui-ci doit promettre, c'est qu'actuellement cet outillage est en bon état et que lui-même a pris toutes les mesures pour qu'un accident n'arrive pas. Aller au-delà, c'est faire de lui un assureur, et alors ce qu'il y a de plus net et de plus franc, c'est la formule de M. Sainteclette et de M. Sauzet : promesse de sécurité. (...) S'il en est ainsi, reconnaissons donc que c'est une obligation légale, obligation fondée sur l'idée de risques et justifiée par cette conception, si simple et si équitable, que celui qui a le fonctionnement d'une entreprise doit en supporter les risques* » : R. SALEILLES, note, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, année 1897/I, p. 433. Mais, encore fallait-il qu'une « *chose* » (machines, matériels et matériaux utilisés dans le travail) soit à l'origine de l'accident : *Lamy santé sécurité au travail*, dir. F. RIGAUD, 2017, n° 230-1.

¹⁷⁹⁵ Ainsi, « *la grande idée de la loi du 9 avril 1898 résidait dans l'instauration d'une responsabilité objective, sans faute. Toutefois, en contrepartie d'une responsabilité automatique, la réparation n'était que forfaitaire* » : G. VACHET, *Quelle responsabilité patronale pour quels préjudices en matière de risques professionnels ?*, Dr. soc. 2017, p. 923.

¹⁷⁹⁶ Cass. ch. réunies, 15 juillet 1941, n° 00-26836, Bull. civ. n° 183.

impliquer la volonté de causer un dommage, en quoi elle se distingue de la faute intentionnelle) »¹⁷⁹⁷. Les arrêts « *amiante* » ont ensuite assoupli la définition de la faute inexcusable, en lui ôtant son caractère exceptionnellement grave¹⁷⁹⁸, mais ils continuent néanmoins de ne la retenir que si « *l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié* ». Ainsi, la conscience du danger est indéniablement le pilier de l'obligation de sécurité, attribuant à la faute inexcusable le caractère de « *faute consciente contre la sécurité des salariés* »¹⁷⁹⁹.

309. Prouver le manquement. Pour autant, sauf exceptions prévues par la loi¹⁸⁰⁰, la Haute juridiction n'a pas créé de présomption irréfragable¹⁸⁰¹ de faute inexcusable, puisqu'il appartient toujours au salarié de prouver que « *l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger* » auquel il était exposé et « *qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver* »¹⁸⁰². De son côté, en vertu du droit commun, l'employeur devrait pouvoir s'exonérer des conséquences du non-respect de cette obligation en apportant la preuve que le fait dommageable est dû à une cause étrangère, présentant les caractères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité. Cependant, la jurisprudence sociale semble faire une application très

¹⁷⁹⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^{ème} éd., 2018, entrée « *inexcusable* », p. 545.

¹⁷⁹⁸ T. HUMBERT, *Faute inexcusable : les limites à l'obligation de sécurité (de résultat) de l'employeur*, JCP S 2012, 1384.

¹⁷⁹⁹ P. JOURDAIN, *La faute inexcusable de l'employeur, l'obligation de sécurité et la conscience du danger de l'amiante*, RTD civ. 2002, p. 310.

¹⁸⁰⁰ L'article L. 4131-4 du Code du travail dispose que si la victime ou un représentant du personnel a alerté l'employeur sur la matérialisation d'un risque d'accident du travail ou de maladie professionnelle et s'il se réalise, le bénéfice de la faute inexcusable est de droit, c'est-à-dire que l'employeur ne peut pas apporter la preuve contraire. En outre, l'article L. 4154-3 du même code prévoit que si les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée, les salariés temporaires et les stagiaires en entreprise victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle n'ont pas bénéficié de la formation à la sécurité renforcée, alors qu'ils sont affectés à des postes de travail présentant des risques particuliers pour leur santé ou leur sécurité, la faute inexcusable est présumée établie. Dans le premier cas, la conscience que l'employeur a du risque est présumée et la présomption de faute inexcusable est irréfragable, tandis que dans le second, la présomption est simple : P.-Y. VERKINDT, *Une illustration du lien entre droit de la sécurité sociale et droit du travail : les présomptions de faute inexcusable et l'impératif de prévention*, RDSS 2008, p. 1140.

¹⁸⁰¹ Selon le Professeur Gérard Vachet, « *instituer une présomption de faute inexcusable en cas de résultat non atteint – la sauvegarde de l'intégrité physique – reviendrait à remettre en cause l'utilité de deux articles du code du travail* », à savoir les deux articles cités dans la note précédente. L'auteur considère que l'obligation de sécurité n'a pas à être qualifiée d'obligation de résultat car, d'une part, si le résultat est atteint, il n'y a pas de lésion et la question de la faute est inutile et, d'autre part, il n'existe pas de présomption simple ou irréfragable quand le résultat n'est pas atteint. Ainsi, la responsabilité patronale est légale et non pas contractuelle : G. VACHET, *art. préc.*, p. 923.

¹⁸⁰² Par exemples : Cass. soc., 28 févr. 2002, n° 99-18.389, Bull. civ. ; Cass. 2^e civ., 8 juillet 2004, n° 02-30984. À propos de la liste des établissements utilisant de l'amiante fixée par arrêté ministériel, précisant notamment la période durant laquelle l'entreprise a fabriqué et traité de l'amiante ou utilisé des matériaux contenant cette fibre, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a considéré que la conscience du danger ne saurait résulter de l'inscription de l'entreprise sur la liste : CA Aix-en-Provence, 2 septembre 2008, n° 2008-564, com. Ch. LECOEUR, *Reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur*, JCP S 2009, 1047.

restrictive de la cause exonératoire dans ce cas¹⁸⁰³. Elle a longtemps été sévère au point de n'attacher aucun crédit aux raisons susceptibles d'être invoquées par l'employeur, la conscience du danger s'appréciant *in abstracto*¹⁸⁰⁴. Par exemple, n'était pas pris en considération le fait pour l'employeur de muter une salariée, ayant fait état d'une altercation avec le directeur d'établissement, adoptant pourtant, selon les juges du fond, « *l'attitude d'un employeur responsable pour prévenir tout nouveau conflit entre les antagonistes* »¹⁸⁰⁵. De même, une exposition habituelle à l'amiante semble suffire pour établir la faute inexcusable de l'employeur¹⁸⁰⁶. Celle-ci s'impose sans tenir compte du fait que le secteur d'activité, à l'époque de l'exposition, n'était pas connu pour exposer les salariés à des risques d'amiante, qu'aucun autre cas pathologique ne soit survenu ou que le service médical ait indiqué que les matériels utilisés étaient sans danger¹⁸⁰⁷. Même la clémence à l'égard des employeurs non-professionnels de l'amiante, dont la Haute juridiction fit preuve à partir de 2004 en procédant à une appréciation davantage *in concreto* de leur conscience du risque¹⁸⁰⁸, fut de courte durée¹⁸⁰⁹. Par ailleurs, au-delà du cas de l'amiante, il importe peu qu'un accident ait eu lieu ou qu'une maladie se soit déclarée au travail, puisque le seul sentiment d'insécurité¹⁸¹⁰ ou l'omission de vérification de la tenue de la visite médicale d'embauche de la part de l'employeur constituent des atteintes à l'obligation de sécurité de résultat¹⁸¹¹. En résumé, l'employeur est censé devoir *tout prédire et tout faire* pour atteindre le résultat prescrit, à savoir l'absence totale d'atteinte à la santé et à la sécurité des salariés¹⁸¹².

¹⁸⁰³ Doit être censuré l'arrêt d'appel qui décide que constitue une cause étrangère, imprévisible et irrésistible l'agression d'un salarié par le conjoint de l'employeur, qui est un tiers à la relation de travail : Cass. soc., 4 avril 2012, n° 11-10.570, Bull. civ. V, n° 116; G. LOISEAU, *Intervention sur l'obligation de sécurité*, Bulletin d'information n° 768 du 1^{er} octobre 2012.

¹⁸⁰⁴ Actualités, *Amiante : nouvelle condamnation pour faute inexcusable de l'employeur* (comm. Cass. 2^e civ., 17 janv. 2013, n° 11-27.301, inédit), Revue Lamy Droit Civil 2013, 102.

¹⁸⁰⁵ Cass. soc., 3 février 2010 n° 08-40.144, *Vigoureux c/ Sté Les Hôtels de Paris*, Bull. civ. V, n° 30.

¹⁸⁰⁶ Cass. 2^e civ., 11 octobre 2012, n° 11-22.344, inédit ; Cass. 2^e civ., 11 octobre 2012, n° 11-23.751, inédit ; RLDC 2012/99, n° 4891.

¹⁸⁰⁷ Cass. 2^e civ., 17 janv. 2013, n° 11-27.301, inédit.

¹⁸⁰⁸ Cass. 2^e civ., 14 septembre 2004, n° 03-30.089, inédit ; Cass. 2^e civ., 14 septembre 2004, n° 03-30.263, inédit ; Cass. 2^e civ., 31 mai 2006, n° 05-17.737, Bull. civ. II, n° 142.

¹⁸⁰⁹ Cass. 2^e civ. 3 juillet 2008, n° 07-18.689, Bull. civ. II, n° 167 ; O. PUJOLAR, *La revanche de la faute inexcusable face au non-professionnel de l'amiante ?*, Lexbase hebdo. éd. soc. 2008, n° 314.

¹⁸¹⁰ Cass. soc., 6 octobre 2010, n° 08.45-609, inédit.

¹⁸¹¹ Cass. soc., 18 décembre 2013, n° 12-15.454, Bull. civ. V, n° 309.

¹⁸¹² J. MOULY, *Obligation de sécurité de l'employeur et harcèlement "horizontal" : vers une obligation de résultat absolue ?*, JCP G 2010, p. 592. À propos des arrêts du 3 février 2010 (Cass. soc. 3 février 2010, n° 08-40.144, Bull. civ. V, n° 30) : « *On peut même se demander s'ils n'imposent pas à l'employeur, en matière de sécurité, une véritable obligation de garantie absolue au bénéfice des travailleurs* » : M. VERICEL, *L'obligation patronale de sécurité de résultat : un régime renforcé*, RDT 2010. 303.

310. Prévenir le manquement. Malgré cette sévérité, les juges du droit n'abandonnent pas tout critère d'appréciation car ils enjoignent aux juges du fond d'examiner l'état de conscience de l'employeur en tenant compte « *de l'importance de la société, de son organisation, de la nature de son activité et des travaux auxquels était affecté son salarié* »¹⁸¹³. À titre d'illustration, en 2012, la Haute juridiction a donné raison à la cour d'appel de Douai d'avoir considéré que l'employeur ne pouvait pas avoir conscience du danger que constitue la tentative de suicide de son salarié, au temps et au lieu de travail, dès lors qu'il n'avait pas eu un comportement humiliant à son égard pendant l'entretien préalable ayant précédé la tentative et que le salarié ne présentait aucun antécédent personnel ou familial pouvant laisser supposer sa fragilité sur le plan psychologique¹⁸¹⁴. Or, si l'employeur ne pouvait pas avoir conscience du danger, il ne pouvait donc pas manquer à son obligation de sécurité. Il est néanmoins conseillé aux employeurs, pour leur permettre de justifier de l'absence de signes prévisibles du danger, de mettre en place des « *moyens de détection performants de la souffrance au travail* », avec une possibilité de traçabilité¹⁸¹⁵. Mais, de façon paradoxale, en mettant en place de tels moyens de détection pour éviter le danger, les employeurs ne risquent-ils pas de révéler en être conscients¹⁸¹⁶ ? Même si cela était le cas, ces employeurs devraient pouvoir bénéficier, en parallèle, de l'assouplissement de la jurisprudence, qui, depuis 2015, considère que la prévention peut empêcher la punition, puisque « *ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail* »¹⁸¹⁷. La conscience du danger constituerait-elle alors une limite à l'obligation de

¹⁸¹³ Cass. 2^e civ. 3 juillet 2008, n° 07-18.689, Bull. civ. II, n° 167 ; Cass. 2^e civ. 13 mars 2014, n° 12-18.127, inédit.

¹⁸¹⁴ Cass. 2^e civ., 31 mai 2012, n° 11-18.614, inédit ; note de T. HUMBERT, *Faute inexcusable : les limites à l'obligation de sécurité (de résultat) de l'employeur*, JCP S 2012, 1384.

¹⁸¹⁵ T. HUMBERT, *art. préc.*, 1384.

¹⁸¹⁶ Madame Morane Keim-Bagot écrit à ce sujet que « *ce n'est pas la survenance du risque qui constitue le manquement à l'obligation de sécurité, c'est la survenance du risque alors que l'employeur ne l'a pas détecté en amont, ou n'a pas mis en œuvre les moyens permettant de l'éviter* » : M. KEIM-BAGOT, *Obligation de prévention dans les champs social et sanitaire*, in *La RSE saisie par le droit, Perspectives internes et internationales*, dir. R. de QUENAUDON et K. MARTIN-CHENUT, Éditions A. Pedone, 2016, p. 426.

¹⁸¹⁷ Il y a eu des prémices du changement en mars et en octobre 2015 : « *La cour d'appel a pu en déduire que ces derniers (CHSCT et organisations syndicales) ne démontrent pas que la réorganisation de l'entreprise dans le cadre du projet « Fnac 2012 » entraîne des risques psychosociaux caractérisés ou avérés pour les salariés de l'entreprise et que l'employeur n'a pas rempli ses obligations légales et conventionnelles en matière de santé et de sécurité des travailleurs de l'entreprise* » : Cass. soc., 5 mars 2015, n° 13-26.321, inédit ; « *Il résultait des pièces produites, que l'employeur avait initiées, outre un processus de reclassement des salariés, un plan global de prévention des risques psychosociaux comportant notamment un dispositif d'écoute et d'accompagnement*

sécurité ou, plutôt, à la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur ? Se pose ainsi, à nouveau, la question de la véritable intensité de l'obligation de sécurité. Si les diligences accomplies en amont par l'employeur – conscient et consciencieux – constituent une cause exonératoire, il s'agit alors d'une obligation de moyens. À l'inverse, si seule une cause étrangère présentant les caractéristiques de la force majeure exonère l'employeur, il s'agit d'une obligation de résultat, sauf à considérer que le résultat n'est plus l'absence d'atteinte à la santé¹⁸¹⁸ mais plutôt la prise de toutes les mesures de protection possibles¹⁸¹⁹.

311. Une obligation en mutation ? Par conséquent, ne serait-il pas permis de passer d'une obligation de sécurité « renforcée » à une obligation de sécurité « atténuée »¹⁸²⁰, permettant finalement à l'employeur de démontrer qu'il a pris acte de sa conscience du danger ? Il n'appartiendrait alors plus au salarié, créancier de l'obligation, de prouver que les moyens mis en œuvre par l'employeur étaient insuffisants mais à ce dernier de prouver que les moyens

*ainsi qu'un dispositif d'évolution des conditions de vie au travail et de formation des managers et que cette démarche s'était poursuivie dans la durée, donnant lieu à un suivi mensuel » : Cass. soc., 22 octobre 2015, n° 14-20.173, Bull. 2016, n° 838. Mais c'est surtout l'arrêt « Air France » du 25 novembre 2015, à propos du pilote ayant subi un choc post-traumatique à la suite des attentats de New-York du 11 septembre 2001, qui a consacré l'assouplissement de la jurisprudence : Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-24.444, PBRI, Bull. 2016, n° 840 ; Y. PAGNERRE, *La « nouvelle » obligation de sécurité de l'employeur*, JCP E, 2016, 1659. Cet arrêt « revient heureusement à la raison », en mettant fin à la « position redoutable » de l'employeur qui était automatiquement déclaré fautif, quoi qu'il fasse pour prévenir les risques, et en s'alignant davantage sur la solution retenue par la CJUE dans un arrêt du 14 juin 2007 (aff. C-127/05, *Commission c. Royaume-Uni*) : J.-E. RAY, *À l'impossible, l'employeur n'est plus tenu*, Les Echos, 4 janvier 2016, consultable sur <http://www.leclubdesjuristes.com>. Cette solution a déjà été réaffirmée depuis : Cass., soc., 1^{er} juin 2016, n° 14-19.702, « *Finimétal* », comm. Y. PAGNERRE, *La « nouvelle » obligation de sécurité de l'employeur*, JCP E, 2016, 1659 (concernant un cas de harcèlement moral) ; comm. par Y. PAGNEERE et J. ICARD, *Le clair-obscur de l'obligation de sécurité en matière de harcèlement*, D. 2016, p. 1681 ; Cass. soc., 22 septembre 2016, n° 15-14.005, inédit (concernant une altercation) ; Cass. soc., 5 oct. 2016, n° 15-20.140 (concernant un cas de harcèlement moral).*

¹⁸¹⁸ *La Cour suprême assouplit sa jurisprudence sur l'obligation de sécurité de résultat*, LSQ 1^{er} décembre 2015, n° 16967, p. 1.

¹⁸¹⁹ Selon le Professeur Pierre-Yves Verkindt, l'obligation de sécurité de résultat subsiste : « elle change seulement d'objet selon moi. Sur le seul terrain de la prévention (il en va différemment de la réparation), le résultat attendu est l'existence de mesures de prévention. » : P.-Y. VERKINDT, *Entretien, Un signe fort de maturité de la jurisprudence sur l'obligation de sécurité de résultat*, SSL 2016, n° 1739. « Le résultat dont il est question dans la notion d'« obligation de sécurité de résultat » n'est pas l'absence d'atteinte à la santé physique et mentale, mais l'ensemble des mesures prises (effectivement !) par l'employeur dont la rationalité, la pertinence et l'adéquation pourront être analysées et appréciées par le juge » : M. KEIM-BAGOT, *art. préc.*, p. 427 ; citant : P.-Y. VERKINDT, *Santé au travail, l'ère de la maturité*, JSL 2008, n° 239.

¹⁸²⁰ G. PIGNARRE et L.-F. PIGNARRE, *La prévention : pierre angulaire ou/et maillon faible de l'obligation de santé et sécurité au travail de l'employeur ?*, RDT 2016, 151. Selon le Professeur Franck Héas, il conviendrait de relativiser la portée de l'arrêt du 25 novembre 2015 car, qu'elle soit de résultat ou légale, l'obligation de sécurité vise à anticiper la réalisation des risques professionnels et la charge de la preuve appartient en tout état de cause à l'employeur. Cependant, il faudrait admettre que si la force majeure n'est plus exigée comme cause exonératoire, il s'agirait davantage d'une obligation de résultat « atténuée » : F. HÉAS, *Le devenir de l'obligation de sécurité de résultat en matière de travail*, Dr. ouvr. 2016, n° 810, p.10.

étaient suffisants¹⁸²¹. Dans son rapport annuel de 2015, à propos de l'arrêt « Air France » du 25 novembre 2015 qui confirme que l'obligation de sécurité est de résultat¹⁸²², la Cour de cassation précisait d'ailleurs que « *l'apport normatif de l'arrêt réside donc dans la possibilité pour l'employeur, désormais, de s'exonérer de sa responsabilité en démontrant avoir tout mis en œuvre pour éviter les risques et protéger ses salariés* ». L'article L. 4121-1 du Code du travail ne précise pas l'intensité de l'obligation mais il semblerait que la prévention – qui consiste à tout mettre en œuvre pour éviter que le risque ne se réalise¹⁸²³ – ne puisse être absolue, et qu'elle soit un moyen plutôt qu'une fin¹⁸²⁴. Cependant, en parallèle de ce constat d'impuissance, il faut aussi se demander si la sécurité peut être « *susceptible de degrés* » et s'il est envisageable de « *ne promettre que des efforts en vue d'assurer la sécurité d'autrui* »¹⁸²⁵. En l'état actuel de sa jurisprudence, la Cour de cassation semble encore laisser ouvert le débat sur l'existence d'une différence de natures entre l'obligation de prévention¹⁸²⁶ et l'obligation de sécurité¹⁸²⁷. Un arrêt récent, mais non publié, distingue « *l'obligation de*

¹⁸²¹ Malgré l'assouplissement amorcé en 2015, la Cour de cassation continue d'être très vigilante sur l'exhaustivité des mesures prises par l'employeur pour prévenir la survenance du risque. Par exemple, à la suite d'un cas de harcèlement moral, les mesures ont été jugées insuffisantes, alors que l'employeur justifiait avoir modifié son règlement intérieur pour y insérer une procédure d'alerte spécifique, mis en œuvre une enquête interne sur la réalité des faits ainsi qu'une réunion de médiation avec le médecin du travail, le directeur des ressources humaines et trois membres du CHSCT, et organisé une mission de médiation pendant trois mois. Il aurait dû, de surcroît, mettre en œuvre des actions d'information et de formation propres à prévenir de tels faits : Cass., soc, 1^{er} juin 2016, n° 14-19.702, « *Finimétal* », comm. Y. PAGNERRE, *art. préc.*, 1659 ; comm. par Y. PAGNEERE et J. ICARD, *art. préc.*, p. 1681. *A fortiori*, l'employeur qui ne justifie d'aucune réponse apportée à la salariée, ni de mesures de nature à améliorer ses conditions de travail, a manqué à son obligation de sécurité de résultat puisque la salariée s'était plainte à plusieurs reprises, non seulement auprès du médecin du travail mais aussi de l'employeur, de sa charge et de ses conditions de travail, s'agissant notamment de l'évacuation des ordures, et qu'elle avait développé de l'anxiété sur ce point : Cass. soc., 7 juillet 2016 n° 15-10.546, inédit.

¹⁸²² cf. *supra* note n° 1817.

¹⁸²³ G. PIGNARRE et L.-F. PIGNARRE, *La prévention : pierre angulaire ou/et maillon faible de l'obligation de santé et sécurité au travail de l'employeur ?*, RDT 2016, p. 151.

¹⁸²⁴ G. PIGNARRE et L.-F. PIGNARRE, *art. préc.*, p. 151.

¹⁸²⁵ P. JOURDAIN, *Le fondement de l'obligation de sécurité*, Gaz. Pal. 21-23 sept. 1997, n° 264 à 266, p. 24. « *Il est temps aujourd'hui de s'interroger sur le contenu de cette obligation en se demandant si elle oblige l'employeur à faire l'impossible, au sens propre du terme, en la matière. Entre la mollesse du « faire son possible » et la rigueur de « faire l'impossible », il y a sans doute une voie moyenne à imaginer à partir de l'expérience acquise. C'est à ce prix sans doute que l'exigence centrale de prévention pourra être sauvegardée. (...)* ». Aussi, l'employeur ne peut être tenu à l'impossible « *car l'objet de l'obligation de résultat de l'employeur en matière de santé, tant sur le plan de la préservation de l'intégrité physique et mentale que sur celui de l'emploi du salarié dont l'état de santé est fragilisé, est en réalité la prévention « qualifiée », c'est-à-dire fondée sur une rationalité issue de l'article L. 4121-2 du code du travail.* » : S. FANTONI-QUINTON et P.-Y. VERKINDT, *Obligation de résultat en matière de santé au travail, À l'impossible, l'employeur est tenu ?*, Dr. soc. 2013, p. 229.

¹⁸²⁶ « *L'obligation de prévention constitue le « noyau dur » de l'obligation de sécurité pesant sur le chef d'entreprise* » : P.-Y. VERKINDT, *Le droit du travail*, Dalloz, 2005, p. 130.

¹⁸²⁷ V. notamment : A. BUGADA, *Chroniques de droit de la protection sociale*, JCP E 2016, 1146 ; J. ICARD, *La nature ambiguë de l'obligation de sécurité de l'employeur*, CSBP 2016, n° 281, p. 23 ; P.-Y. VERKINDT, *entretien préc.*, n° 1739.

prévention des risques professionnels » de la prohibition des agissements de harcèlement moral, ce qui semble différencier cette obligation de celle de sécurité dont elle découle¹⁸²⁸. Si cette jurisprudence était par la suite confirmée et publiée, elle devrait favoriser l'exécution forcée de l'obligation de prévention. Or, en privilégiant la logique de prévention à celle de réparation, afin de ne pas attendre que le risque se réalise, l'obligation de sécurité n'en deviendra que plus effective¹⁸²⁹.

§ 2 : Les sanctions du manquement à l'obligation de sécurité

312. La faute, consciente donc, que constitue le manquement à l'obligation de sécurité, appelle des sanctions adéquates, aussi bien sur le plan civil (I) que pénal (II).

I : Les sanctions civiles

313. La réparation du préjudice nécessaire. En vertu de l'article 1240 du Code civil¹⁸³⁰, le salarié qui subit un préjudice causé par le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité doit être indemnisé. Cette indemnisation ne peut d'ailleurs être limitée au motif que le salarié aurait lui-même concouru au dommage¹⁸³¹, conformément au principe énoncé à l'article L. 4122-1 du Code du travail¹⁸³². Toutefois, le triptyque constitué par la faute, le préjudice et le lien de causalité, a pu connaître quelques aménagements. En effet, pendant une dizaine d'années, la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que le manquement à l'obligation de sécurité de la part de l'employeur était d'une telle gravité

¹⁸²⁸ Cass. soc., 6 décembre 2017, n° 16-10.885 à 16-10.891, inédit ; G. LOISEAU, *L'obligation de prévention des risques professionnels, démembrement de l'obligation de sécurité*, JCP S 2018, 1051. Aussi, « l'évocation d'une « obligation de prévention des risques professionnels », sans précédent dans la jurisprudence de la Cour de cassation, semble parachever le mouvement amorcé par l'arrêt air France autant qu'elle constitue un important revirement sémantique » : L. de MONTVALON, *Le crépuscule de l'obligation de sécurité de résultat*, SSL 2018, n° 1799, p. 8.

¹⁸²⁹ « L'obligation de sécurité agit principalement, comme un instrument d'imputation de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur qui ne permet pas, en réalité, la prévention du risque. (...) De façon prospective, un retournement total de perspectives conduirait à se concentrer non plus sur le débiteur de l'obligation de prévention mais sur son créancier et à affirmer l'existence d'une créance de sécurité dont la violation serait sanctionnée » : M. KEIM-BAGOT, *art. préc.*, p. 417 et s.

¹⁸³⁰ Cet article a remplacé l'emblématique article 1382 du Code civil.

¹⁸³¹ Cass. soc. 10 février 2016, n° 14-24.350, Bull. 2016, n° 844 ; M. VÉRICEL, *L'obligation de sécurité des salariés n'affecte pas le principe de responsabilité de l'employeur*, RDT 2016, p. 425.

¹⁸³² Son dernier alinéa précise que « les dispositions du premier alinéa sont sans incidence sur le principe de la responsabilité de l'employeur », sachant que le premier alinéa dispose notamment qu'« il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celles des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail ».

qu'il causait nécessairement un préjudice au salarié et entraînait dès lors le versement automatique de dommages-intérêts punitifs, sans que ce dernier n'ait à prouver le préjudice en question. Ainsi, le salarié d'une entreprise de travail temporaire, employé en tant que soudeur auprès de l'entreprise utilisatrice, ne devait pas prouver une quelconque intoxication car le simple fait de ne pas avoir bénéficié d'un masque à adduction d'air dès le début de sa mission était dommageable¹⁸³³. Bien que cela puisse paraître, a priori, plus surprenant, la règle était identique concernant le manutentionnaire ou l'agent de sécurité qui n'avait pas bénéficié d'une visite médicale d'embauche, même s'il n'avait été victime d'aucun problème de santé depuis qu'il avait commencé à travailler¹⁸³⁴. Trente ans plus tôt, la jurisprudence exigeait au contraire la preuve d'un lien de causalité entre l'absence de visite médicale et le mauvais état de santé du salarié¹⁸³⁵.

314. Le retour à la preuve du préjudice. C'est à cette « *application plus orthodoxe des règles de la responsabilité civile* » que la Cour de cassation est en train de revenir depuis 2016, afin d'appliquer une logique « *commune à l'ensemble des chambres civiles de la Cour de cassation* »¹⁸³⁶. Elle a décidé en effet dans une succession d'arrêts rendus depuis 2016 que « *l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond* »¹⁸³⁷, afin que les « *hypothèses dans lesquelles la chambre sociale retient que tel ou tel manquement de l'employeur a nécessairement causé un préjudice au salarié* » redeviennent de véritables exceptions et cessent de se multiplier. Même si la Cour de cassation ne semble pas encore abandonner totalement la notion de préjudice nécessaire¹⁸³⁸, il n'est pas sûr que celui-ci survive en matière de manquement à l'obligation de

¹⁸³³ Cass. soc., 30 novembre 2010, n° 08-70.390, Bull. civ. V, n° 270.

¹⁸³⁴ Cass. soc., 13 décembre 2006, n° 05-44.580, Bull. civ. V, n° 373 ; Cass. soc., 5 octobre 2010, n° 09-40.913, inédit.

¹⁸³⁵ Cass. soc., 13 février 1980, n° 78-40.469 ; cité par RJS 12/2010, n° 941.

¹⁸³⁶ Rapport annuel de la Cour de cassation de 2016.

¹⁸³⁷ À propos du préjudice résultant de l'absence de remise de documents tels que le certificat de travail et les bulletins de paie : Cass. soc., 13 avril 2016, n° 14-28.293, Bull. 2016, n° 849 ; JCP S 2016, 1214, note G. TURPIN. À propos du préjudice résultant du défaut de mention dans le bulletin de paie de la convention collective applicable : Cass. soc., 17 mai 2016, n° 14-21.872, inédit. À propos du préjudice résultant de l'illicéité de la clause de non-concurrence : Cass. soc., 25 mai 2016, n° 14-20.578 ; G. DUCHANGE, *L'abandon du « préjudice nécessaire »*, JCP S 2016, n° 29, 1271 ; Cass. soc., 14 juin 2016, n° 14-23.613, inédit. À propos du non-respect de dispositions conventionnelles en matière d'heures supplémentaires (retard de paiement) : Cass. soc., 14 septembre 2016, n° 14-26.101.

¹⁸³⁸ Cass. soc., 7 mars 2017, n° 15-23.038, E. JEANSEN, *L'aléa judiciaire sur le préjudice nécessaire et le groupe de reclassement*, JCP S 2017, n° 15, 1118 : la Cour de cassation a donné raison à la cour d'appel d'avoir jugé que l'absence de remise du contrat de sécurisation professionnelle avait nécessairement causé préjudice à la salariée, ayant ainsi souverainement apprécié le préjudice subi.

sécurité. En effet, dans un arrêt de 2017, au visa de l'ancien article 1147 du Code civil et par son attendu devenu classique, les juges du droit ont cassé un arrêt de la cour d'appel de Lyon qui avait jugé à tort que « *l'employeur n'avait instauré aucun système destiné à contrôler la durée de travail du salarié, qu'il a ainsi manqué à son obligation de sécurité, ce qui fait nécessairement grief au salarié* »¹⁸³⁹. Cet arrêt n'a toutefois pas reçu les honneurs de la publication. Par ailleurs, la Cour de cassation a récemment donné raison aux juges du fond d'avoir considéré que l'absence de visite médicale de reprise, qui « *n'avait pas empêché la poursuite du contrat de travail pendant plusieurs mois* », ne justifiait pas la requalification de la prise d'acte en licenciement nul, mais sans citer l'obligation de sécurité¹⁸⁴⁰. Les salariés, créanciers de l'obligation de sécurité, et victime d'une atteinte à leur santé, ont dont à présent intérêt à démontrer l'existence de leurs préjudices, quelle que soit la nature de ces derniers¹⁸⁴¹.

315. Les conséquences de la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur.

En outre, l'employeur qui, non content d'avoir manqué à son obligation de sécurité, rompt le contrat du salarié qui ne serait plus en état d'effectuer le travail demandé, prend le risque d'une requalification de cette rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse¹⁸⁴². Pendant plusieurs années, le salarié a eu droit, en plus des indemnités afférentes au licenciement abusif, à une indemnité spécifique pour perte d'emploi, destinée à réparer le préjudice résultant du licenciement pour inaptitude physique du salarié dont l'état de santé est consécutif à la faute inexcusable de l'employeur¹⁸⁴³. À ce titre, une assistante dentaire, qui

¹⁸³⁹ « *Attendu cependant que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ; Qu'en se déterminant comme elle a fait, sans rechercher si le salarié avait subi un préjudice résultant de l'absence de système destiné à contrôler sa durée de travail, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé* » : Cass. soc. 20 septembre 2017, n° 15-24.999, inédit.

¹⁸⁴⁰ Cass. soc., 8 mars 2017, n° 15-27.378, *C. c/ Etablissement Ugecam Ile-de-France*, inédit.

¹⁸⁴¹ À côté des préjudices physiques ou économiques, il existe un préjudice spécifique pour les salariés exposés à l'amiante, appelé préjudice d'anxiété, qui a été reconnu par la Cour de cassation en 2010 : Cass. soc., 11 mai 2010 n° 09-42.241, *Sté Ahlstrom Labelpack c/ A*, Bull. civ. V, n° 106. Elle a précisé en 2012 que l'existence du préjudice d'anxiété n'était pas liée au fait que le salarié se soumette ou non à des contrôles et examens médicaux réguliers, susceptibles de réactiver son angoisse : Cass. soc., 4 décembre 2012, n° 11-26.294, *Sté Moulinex c/ C*, Bull. civ. V, n° 316. Dès lors que l'existence d'un préjudice spécifique d'anxiété est caractérisée, le montant de l'indemnisation relève de l'appréciation souveraine des juges du fond qui ne sont pas tenus d'en préciser les divers éléments : Cass. soc., 10 décembre 2014, n° 13-21.480, *Sté Héraklès c/ B*, inédit.

¹⁸⁴² Pour le cas d'un employeur qui n'a pas effectivement tenu compte des préconisations du médecin du travail et a continué de faire travailler un salarié à des tâches pour lesquelles il n'était plus apte : Cass. soc., 11 mars 2009, n° 07-44.816, inédit.

¹⁸⁴³ La Cour de cassation considèrerait alors que le préjudice spécifique résultant de la perte des droits à la retraite, consécutif au licenciement, n'avait pas été réparé par la décision du TASS qui avait alloué une rente majorée à son maximum et une indemnité pour diminution ou perte de possibilité de promotion professionnelle : Cass. soc., 26 octobre 2011, n° 10-20.991, Bull. civ. V, n° 240.

avait contracté une hépatite C, dont le caractère professionnel avait été reconnu, et qui avait été licenciée au bout de six ans pour inaptitude, avait pu percevoir des dommages-intérêts à hauteur de 26.000 euros, étant donné les difficultés à retrouver un emploi dans sa spécialité et le retentissement psychologique qu'elle avait subi¹⁸⁴⁴. Mais, en 2015, la Chambre sociale de la Cour de cassation a abandonné cette jurisprudence et s'est rangée à l'avis de la chambre mixte, jugeant que le salarié ne peut plus prétendre, devant le juge prud'homal, à l'indemnisation du préjudice résultant de la perte de son emploi et/ou de ses droits à retraite¹⁸⁴⁵. Depuis lors, les victimes d'un accident du travail, dû à une faute inexcusable de leur employeur, ne peuvent obtenir, en plus de la rente d'incapacité permanente majorée, la réparation des dommages subis que devant la juridiction de sécurité sociale et à condition qu'ils ne soient pas déjà couverts par le livre IV¹⁸⁴⁶ du Code de la sécurité sociale¹⁸⁴⁷. À ce titre, elles peuvent notamment être indemnisées au titre des souffrances physiques et morales, des dépenses d'aménagement du logement et du véhicule¹⁸⁴⁸, des frais exposés à raison de l'assistance de son médecin lors des opérations d'expertise¹⁸⁴⁹, du préjudice sexuel ou du déficit fonctionnel temporaire¹⁸⁵⁰.

¹⁸⁴⁴ Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-47.455, Bull. civ. V, n° 176.

¹⁸⁴⁵ « *Et attendu que la perte de droits à la retraite, même consécutive à un licenciement du salarié pour inaptitude, est couverte, de manière forfaitaire, par la rente majorée qui présente un caractère viager et répare notamment les pertes de gains professionnels et l'incidence professionnelle résultant de l'incapacité permanente partielle subsistant au jour de la consolidation* » : Cass. ch. mixte, 9 janvier 2015, n° 13-12.310, Bull. ch. mixte, n° 1 ; Cass. Soc., 6 octobre 2015, n° 13-26.052, Bull. 2016, n° 837.

¹⁸⁴⁶ Ce livre est relatif aux accidents du travail et maladies professionnelles.

¹⁸⁴⁷ « *Indépendamment de la majoration d'indemnité allouée à la victime d'un accident du travail en cas de faute inexcusable, la victime ou, en cas de décès, ses ayants droits peuvent, devant la juridiction de sécurité sociale, demander à l'employeur la réparation de certains chefs de préjudice énumérés par l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale. En présence d'une faute inexcusable de l'employeur, les dispositions de ce texte ne sauraient toutefois, sans porter une atteinte disproportionnée au droit des victimes d'actes fautifs, faire obstacle à ce que ces mêmes personnes, devant les mêmes juridictions, puissent demander à l'employeur réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale. Réserve.* » : Cons. const., 18 juin 2010, n° 2010-8, QPC, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2010, n° 29, p. 162.

¹⁸⁴⁸ Cass. 2^e civ., 30 juin 2011, n° 10-19.475, Bull. civ. II, n° 148.

¹⁸⁴⁹ Cass. 2^e civ., 18 décembre 2014, n° 13-25.839, Bull. civ. II, n° 249.

¹⁸⁵⁰ « *Mais attendu que les dispositions de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, ne font pas obstacle à ce qu'en cas de faute inexcusable de l'employeur, et indépendamment de la majoration de rente servie à la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, celle-ci puisse demander à l'employeur, devant la juridiction de sécurité sociale, la réparation, non seulement des chefs de préjudice énumérés par le texte susvisé, mais aussi de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale ; Et attendu, d'une part, que le préjudice sexuel, qui comprend tous les préjudices touchant à la sphère sexuelle, doit désormais être apprécié distinctement du préjudice d'agrément mentionné à l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale ; que, d'autre part, les indemnités journalières servies à la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle n'assurent pas la réparation du déficit fonctionnel temporaire qui inclut, pour la période antérieure à la date de consolidation, l'incapacité fonctionnelle totale ou partielle ainsi que le temps d'hospitalisation et les pertes de qualité de vie et des joies usuelles de la vie courante durant la maladie traumatique* » : Cass. 2^e civ., 4 avril 2012, n° 11-14.311, Bull. civ. II, n° 67.

316. Les conséquences de la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié. De son côté, le salarié n'est pas tenu de rester passif et d'utiliser l'obligation de sécurité de résultat comme un moyen de défense¹⁸⁵¹. Il peut aussi prendre l'initiative de la rupture de son contrat dans le cadre d'une prise d'acte¹⁸⁵² ou d'une demande de résiliation judiciaire devant le conseil de prud'hommes. La rupture du contrat de travail sera alors considérée comme étant aux torts de l'employeur et requalifiée, ici aussi, en licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans ce cas, l'employeur ne peut s'exonérer qu'en démontrant que la survenance de l'accident est étrangère à tout manquement à son obligation de sécurité de résultat¹⁸⁵³. La charge de la preuve est ici renversée puisqu'il n'appartient pas au salarié de prouver que l'employeur n'a pas pris toutes les mesures nécessaires pour assurer sa sécurité et protéger sa santé. Au contraire, le salarié n'a qu'à démontrer que le résultat auquel aurait dû parvenir l'employeur – sa sécurité – n'est pas atteint pour que la prise d'acte soit jugée justifiée. Toutefois, il faudra observer si la jurisprudence ne remet pas en cause cette inversion du fardeau probatoire, étant donné ses récentes évolutions en matière d'obligation de sécurité¹⁸⁵⁴, de prise d'acte¹⁸⁵⁵ et de démonstration du préjudice¹⁸⁵⁶.

II : Les sanctions pénales

317. Les sanctions prévues par le Code du travail. L'article L. 4741-1 du Code du travail sanctionne pénalement le fait pour l'employeur ou le préposé¹⁸⁵⁷ de méconnaître certaines règles d'hygiène et de sécurité issues de la quatrième partie de ce code. Ce délit est puni d'une

¹⁸⁵¹ Ph. FLORES, *Intervention sur l'obligation de sécurité*, Bulletin d'information de la Cour de cassation n° 768 du 1^{er} octobre 2012.

¹⁸⁵² Pour le cas d'un employeur qui a connaissance de l'état de santé de son salarié, compte tenu des nombreux arrêts de travail pour maladie qu'il avait subis avant son départ en congé individuel de formation et à son retour, et le licencie sans lui faire passer un examen médical de reprise afin de s'assurer de sa capacité à reprendre son poste antérieur ou à donner une suite favorable à la mutation géographique qui lui était proposée : Cass. soc., 16 juin 2009, n° 08-41.519, Bull. civ. V, n° 147.

¹⁸⁵³ « Il appartient à l'employeur qui considère injustifiée la prise d'acte de la rupture par un salarié qui, étant victime d'un accident du travail, invoque une inobservation des règles de prévention et de sécurité, de démontrer que la survenance de cet accident est étrangère à tout manquement à son obligation de sécurité de résultat » : Cass. soc., 12 janvier 2011, n° 09-70.838, *Chang Man Sao c/ Sté Biscuiterie Vital*, Bull. civ. V, n° 14.

¹⁸⁵⁴ Cass. soc., 5 mars 2015, n° 13-26.321, inédit ; Cass. soc., 22 octobre 2015, n° 14-20.173, Bull. 2016, n° 838 ; Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-24.444, *PBRI*, Bull. 2016, n° 840 ; cf. *supra* n° 310 et 311, note n° 1817.

¹⁸⁵⁵ Cass. soc., 8 mars 2017, n° 15-27.378, inédit ; cf. *supra* n° 314 et note n° 1840.

¹⁸⁵⁶ Cass. soc. 20 septembre 2017, n° 15-24.999, inédit ; cf. *supra* n° 314 et note n° 1839.

¹⁸⁵⁷ Ce terme ne vise que les salariés titulaires d'une délégation de pouvoirs car ils deviennent « *débiteurs d'une partie des obligations d'hygiène et de sécurité pesant sur le chef d'entreprise* » : A. COEURET et E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2008, n° 448, p 256. Par ex. : Cass. crim., 8 avril 2008, n° 07-80.535, Bull. crim., n° 96.

amende de 3.750 euros¹⁸⁵⁸, appliquée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par la ou les infractions relevées dans le procès-verbal. L'article L. 4741-5 du même code précise que la juridiction peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, l'affichage du jugement aux portes de l'établissement ainsi que son insertion dans un journal. Derrière son caractère complémentaire, cette peine d'affichage ou de diffusion de la décision judiciaire, qui découle de l'article 131-10 du Code pénal, matérialise le principe du « *name and shame* »¹⁸⁵⁹ et est, par conséquent, fortement redoutée par les entreprises. Il s'agit en effet d'une sanction pénale sévère¹⁸⁶⁰ au vu de la grande marge de manœuvre laissée au juge pour en définir les conditions¹⁸⁶¹ et des difficultés à en être relevé¹⁸⁶². À l'égard de l'auteur de l'infraction, le juge peut ajouter une interdiction d'exercer certaines fonctions dans l'entreprise concernée ou dans une ou plusieurs catégories d'entreprises¹⁸⁶³. Du point de vue de la théorie du droit pénal, les infractions prévues par le Code du travail, en matière d'hygiène et de sécurité, sont des infractions délictuelles dites « *formelles* », c'est-à-dire constituées indépendamment de l'atteinte de tout résultat¹⁸⁶⁴, dès lors qu'une prescription n'a pas été respectée¹⁸⁶⁵. Le constat de ce non-respect suffit à caractériser l'élément moral en même temps que l'élément matériel de l'infraction. En d'autres termes, l'intention¹⁸⁶⁶ n'a pas à être prouvée, et cela même depuis la réforme du Code pénal en 1992¹⁸⁶⁷. Depuis lors, l'article 121-3 du Code pénal dispose pourtant qu'« *il n'y point de crime ou de délit sans intention de le commettre* » et qu'il n'y a

¹⁸⁵⁸ Selon l'avant-dernier alinéa de l'article L. 4741-1 du Code du travail, la récidive est punie d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 9.000 euros.

¹⁸⁵⁹ cf. *infra* n° 468 et s.

¹⁸⁶⁰ Dans son commentaire relatif à sa décision n° 2010-72/75/82 QPC du 10 décembre 2010, le Conseil constitutionnel qualifie lui-même de « *sévère* » la peine obligatoire de publication et d'affichage du jugement qui était prévue, en cas de fraude fiscale, par l'article le quatrième alinéa de l'article 1741 du Code générale des impôts, déclaré contraire à la Constitution : Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Cahier n° 30, Décision n° 2010-72/75/82 QPC du 10 décembre 2010, *M. Alain D. et autres* ; cité par V.-O. DERVIEUX, « *Name and shame* » : *publication et affichage, l'impossible droit à l'oubli*, *Gaz. Pal.* 2016, n° 09, p. 29.

¹⁸⁶¹ C. pén. art. 131-35 et 131-48.

¹⁸⁶² C. proc. pén. art. 702-1 et 703.

¹⁸⁶³ C. trav. art. L. 4741-5.

¹⁸⁶⁴ Le Professeur Yves Mayaud fait état du « *résultat redouté* » qui correspond à un « *facteur de dérangement* » ou à un « *trouble pour l'ordre public* », qui aurait des « *conséquences désastreuses sur le plan social* », à l'instar de la mort d'une personne : Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 2015, 5^{ème} éd., p. 42 et 238, n° 33 et 191.

¹⁸⁶⁵ A. COEURET et E. FORTIS, *op. cit.*, n° 445, p. 255. Pour le Professeur Yves Mayaud, alors que l'infraction matérielle « *est une infraction de résultat, pour être dépendante de la réalisation effective du dommage qu'il incarne, l'infraction formelle, au contraire, n'est qu'une infraction de comportement, consommée par la seule action ou omission incriminée, peu importe que le résultat correspondant ait été ou non suivi d'effet* ». Il cite en exemple d'infraction formelle « *le non-respect des règles de santé et de sécurité dans le monde du travail* », qui « *est érigé en soi en infraction* », « *indépendamment des accidents corporels pouvant en résulter* ». : Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 239-240, n° 193.

¹⁸⁶⁶ Pour la définition : cf. *supra* n° 21.

¹⁸⁶⁷ Pour une explication détaillée et chronologique du raisonnement : A. COEURET et E. FORTIS, *op. cit.*, n° 465 et 466, p. 265 et s. ; O. FARDOUX et J.-C. PLANQUE, *Droit pénal du travail*, Bréal, 2^e éd., 2013, p. 98-99.

délict en cas d'imprudence que lorsque la loi le prévoit¹⁸⁶⁸. La circulaire du 14 mai 1993 commentant les dispositions de la partie législative du nouveau Code pénal¹⁸⁶⁹ a d'ailleurs insisté sur la nécessité de prouver une imprudence ou une négligence, tout en précisant que, pour les « *professionnels pour lesquels le non-respect de la réglementation constitue nécessairement une négligence ou une imprudence fautive* », « *il ne semble toutefois pas que la répression s'en trouvera sensiblement diminuée* ».

318. Les sanctions prévues par le Code pénal. Il convient de noter que, de façon surprenante, l'article L. 4741-1 du Code du travail ne renvoie pas à la prescription générale de sécurité de l'article L. 4121-1 puisque le titre II du Livre I^{er} n'est pas visé. Toutefois, cela n'empêche nullement les juridictions répressives de sanctionner, depuis longtemps, les manquements à « *l'obligation générale de sécurité* » de l'employeur, en se basant alors sur le Code pénal¹⁸⁷⁰. La responsabilité pénale de l'employeur ou de son délégataire peut ainsi se trouver engagée pour atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité physique d'un salarié, si une obligation générale ou particulière de sécurité, d'origine légale ou réglementaire, a été transgressée¹⁸⁷¹. Dans le cas les plus graves, le manquement à l'obligation de sécurité peut mener à la mort du salarié et être qualifié d'homicide involontaire¹⁸⁷², qui demeure un délit et non un crime. En cas de « *violence manifestement délibérée* », les peines d'emprisonnement et d'amende sont alourdies¹⁸⁷³. Si les mêmes faits n'entraînent pas la mort mais une incapacité totale de travail, les peines, moins lourdes qu'en cas d'homicide involontaire, varient selon la durée de l'incapacité de la victime¹⁸⁷⁴. Si l'entreprise en tant que personne morale est déclarée

¹⁸⁶⁸ L'alinéa 3 de l'article 121-3 du Code pénal dispose plus précisément qu'« *il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait* ».

¹⁸⁶⁹ Circulaire du 14 mai 1993 présentant les dispositions du nouveau code pénal et de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à son entrée en vigueur.

¹⁸⁷⁰ Cass. crim., 29 octobre 1968, n° 67-93.661, Bull. crim. n° 274, cf. *supra* n° 302 et note n° 1750 ; Cass. crim., 11 juin 1987, n° 86-90.933, inédit ; cité par J.-P. MURCIER, *Origine, contenu et avenir de l'obligation générale de sécurité*, Dr. soc. 1988, p. 610 ; Cass. crim., 14 octobre 1997, n° 96-83.356, Bull. crim. n° 334.

¹⁸⁷¹ À l'inverse, le délit de risques causés à autrui, défini à l'article 223-1 du Code pénal ne peut être retenu que pour les comportements correspondant à la violation d'une obligation particulière de sécurité et non pas pour la violation de l'obligation générale. Sur ce sujet : A. COEURET et E. FORTIS, *op. cit.*, n° 488 et s, p. 284 et s.

¹⁸⁷² C. pén. art. 221-6 alinéa 1^{er} : 3 ans d'emprisonnement et de 45.000€ d'amende.

¹⁸⁷³ C. pén. art. 221-6 alinéa 2 : 5 ans d'emprisonnement et 75.000€ d'amende

¹⁸⁷⁴ C. pén. art. 222-19 : pour une incapacité totale de travail pendant plus de 3 mois : 2 ans d'emprisonnement et de 30.000€ d'amende, mais 3 ans d'emprisonnement et 45.000€ d'amende en cas de violation manifestement délibérée de l'obligation de sécurité ; C. pén. art. 222-20 : pour une incapacité totale de travail d'une durée

pénalement responsable¹⁸⁷⁵, le taux maximum de l'amende est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques¹⁸⁷⁶ et d'autres peines complémentaires sont encourues, telles que le placement sous surveillance judiciaire ou la peine de confiscation¹⁸⁷⁷.

319. L'impact de la réforme de 1996. Dans le cadre défini par le Code pénal, la violation des obligations générales et particulières de sécurité sont soumises au même mode d'appréciation¹⁸⁷⁸. La loi du 13 mai 1996¹⁸⁷⁹ a modifié le troisième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal, afin de rendre plus concrète l'appréciation de la faute constitutive des délits non intentionnels¹⁸⁸⁰. Il y est indiqué que les « *diligences normales* »¹⁸⁸¹ de l'auteur sont appréciées compte tenu, notamment, « *de la nature des missions, des fonctions et des compétences* ». Toutefois, la circulaire d'application n° 96-19 du 27 août 1996 a précisé que le chef d'entreprise ne pourrait invoquer comme moyen de défense le fait qu'il ne disposait pas des compétences, pouvoirs ou moyens suffisants pour faire respecter la réglementation lui-même ou par l'intermédiaire de son délégué. Il n'y a donc pas eu d'évolution de la jurisprudence sur la manière d'apprécier la responsabilité pénale de l'employeur¹⁸⁸².

inférieure ou égale à 3 mois : 1 an d'emprisonnement et 15.000€ d'amende ; C. pén. art. R. 625-2 et 625-3 : amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe (C. pén. art. 131-13).

¹⁸⁷⁵ C. pén. art. 221-7, art. 222-21, R. 625-5 et R. 622-1.

¹⁸⁷⁶ C. pén. art. 131-38.

¹⁸⁷⁷ C. pén. art. 131-39, 2^o, 3^o, 8^o et 9^o.

¹⁸⁷⁸ Pour une étude approfondie de ces violations et de la faute caractérisée : A. COEURET et E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2008, n° 470 et s, p. 272 et s.

¹⁸⁷⁹ Loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence.

¹⁸⁸⁰ Contrairement à l'intention qui est « *le reflet d'une conception abstraite* », « *la non-intention doit résulter de circonstances concrètes, destinées à en restituer la réalité autrement que par de simples présomptions, ou par référence à des conduites trop idéalisées. Une exigence d'appréciation motivée pèse donc sur le juge* » : Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 293, n° 246.

¹⁸⁸¹ Sur une interprétation des diligences normales pour des faits antérieurs à la loi de 1996 : Un chef de département a été condamné pour homicide involontaire et infraction aux règles relatives à la sécurité des travailleurs. En effet, celui-ci, pourtant titulaire d'une délégation de pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité, « *n'a pas accompli, avant son départ en congés annuels, les diligences normales qui lui incombait pour assurer le respect des règles relatives à la sécurité des travailleurs chargés d'effectuer en son absence les travaux prévus au cours de cette période et qui exigeaient des précautions particulières* » : Cass. crim., 17 juin 1997, n° 95-83.010, Bull. crim., n° 237, p. 788. « *La solution aurait certainement été identique avant cette date sous l'empire de l'appréciation « in abstracto » de la faute pénale. Le comportement du prévenu ne correspondait en rien à celui que l'on peut attendre d'un « bon » chef de département de décapage-laminage* » : Droit pénal, juillet 1997, comm. n° 139, p. 12.

¹⁸⁸² A. COEURET et E. FORTIS, *op. cit.*, n° 469 et s, p. 271-272.

320. L'impact de la réforme de 2000. Par la suite, en insérant un nouvel alinéa 4 au sein de l'article 121-3 du Code pénal, la loi du 10 juillet 2000 a créé, à côté de la faute classique, des fautes aggravées, que sont la violation « *manifestement délibérée* » d'une obligation particulière de sécurité¹⁸⁸³ et la « *faute caractérisée* ». Celles-ci ont vocation à s'appliquer dans les cas où l'employeur n'a pas causé directement le dommage. La violation délibérée est à distinguer de l'intention car, « *même doublée de volonté, la faute reste non intentionnelle, parce que cette volonté est seulement associée au comportement, et non au résultat* »¹⁸⁸⁴. Tel est le cas du gérant de fait qui, alors qu'il s'occupait de la sécurité du chantier, avait décidé de laisser au dépôt le matériel de blindage d'une tranchée dont l'installation était prescrite par un texte réglementaire¹⁸⁸⁵. Le caractère délibéré de la violation semble aussi, parfois, pouvoir être déduit de la nature essentielle de l'obligation particulière violée, à l'instar de l'obligation de formation des salariés¹⁸⁸⁶. Quant à la faute caractérisée, elle ne serait pas limitée à ce qui est réglementairement ou légalement imposé¹⁸⁸⁷ mais consisterait en « *un grossier manquement à la prudence* », en « *une faute d'une particulière évidence* », dans les cas où la personne « *ne pouvait ignorer* » le risque¹⁸⁸⁸. Ainsi, commet une faute caractérisée l'employeur, qui « *non présent sur les lieux, mais qui avait vu le stagiaire utiliser cette scie la veille de l'accident et ne justifiait pas avoir été absent dès cette date, avait l'obligation de veiller à la stricte et constante application de la réglementation, même en son absence, en donnant des consignes précises, ce dont il s'était abstenu* »¹⁸⁸⁹. L'absence physique ne peut donc pas rimer avec l'absence de conscience du danger¹⁸⁹⁰. Finalement, comme devant les

¹⁸⁸³ Il convient toutefois de préciser que la faute délibérée, telle que visée à l'alinéa 2 de l'article 121-3 du Code pénal à travers la « *mise en danger délibérée de la personne d'autrui* », résulte de la réforme du Code pénal, issues des lois du 22 juillet 1992 : Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 288, n° 240 et 241. C'est la mention de la faute délibérée au quatrième alinéa de cet article qui date de la loi du 10 juillet 2000.

¹⁸⁸⁴ Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 290, n° 243.

¹⁸⁸⁵ Cass. crim., 12 septembre 2000, n° 99-88.011, Bull. crim., n° 268.

¹⁸⁸⁶ CA Rennes, 26 février 2004, n° 03/01660.

¹⁸⁸⁷ Ainsi, la faute caractérisée « *offre des perspectives d'application très étendues* » par rapport à la faute délibérée, qui « *ne peut être réalisée que par référence à une obligation particulière de prudence ou de sécurité, inscrite dans des textes, tout en se doublant d'une volonté manifeste* » : Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 292, n° 244.

¹⁸⁸⁸ A. COEURET et E. FORTIS, *op. cit.*, n° 477 et s, p. 278-279. Elle constitue une catégorie intermédiaire entre la faute simple et la faute délibérée, car la faute caractérisée « *emprunte sa substance à un manquement non délibéré dans son principe, ce qui en fait une faute classique, tout en étant revêtue d'une certaine importance pour ce qu'elle représente de défaillance inadmissible* » : Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 291, n° 244.

¹⁸⁸⁹ Cass. Crim., 3 juin 2008, n° 07-86.640, inédit. Pour un cas où le manquement caractérisé à des obligations professionnelles n'a pas été retenu : Cass. crim., 10 décembre 2002, n° 02-81.415, Bull. crim. n° 223 ; Y. MAYAUD, *Une utile précision sur l'obligation de sécurité ou de prudence : elle n'a pas à être « pénalement sanctionnée* », RSC. 2003, p. 332.

¹⁸⁹⁰ Le pourvoi avait tenté, sans succès, de mettre en avant que « *le prévenu, absent de l'entreprise le jour de l'accident, n'a pu avoir conscience du risque encouru par celui qui entreprend, en violation des consignes données, de couper du bois avec une machine dont l'accès lui était strictement interdit* ».

juridictions civiles, les « *diligences normales* » permettant de disculper le prévenu ne sont pas aisées à établir. En outre, la jurisprudence a, ici aussi, rapidement admis que la simple violation d'une règle de sécurité pouvait constituer une faute caractérisée, neutralisant au passage l'exigence de connaissance du risque chez l'auteur de la faute. Ainsi, les juges du fond ne peuvent, « *sans se contredire, constater que le prévenu avait commis une faute caractérisée et exposant autrui à un risque d'une particulière gravité en ne veillant pas personnellement au respect de la réglementation relative à la sécurité des machines dangereuses, et relaxer celui-ci, au motif qu'il pouvait ignorer le risque découlant de ce manquement* »¹⁸⁹¹.

321. Conclusion de section. L'obligation de sécurité qui pèse sur l'employeur implique, *a priori*, davantage sa conscience psychologique puisqu'il doit avoir connaissance de l'ensemble des dangers susceptibles de porter atteinte à la santé physique et mentale de ses salariés. Néanmoins, la conscience morale n'est pas si loin lorsqu'il s'agit de tirer les conséquences de cette connaissance et d'accomplir les diligences afférentes, en vue de prévenir ces dangers. Devant les juges civils et pénaux, les diligences permettant d'épargner l'employeur ne sont d'ailleurs pas aisées à établir, preuve, s'il en fallait, de l'intensité de cette obligation.

¹⁸⁹¹ Cass. crim., 11 février 2003, n°02-85.810, Bull. crim. n° 28 ; C. MATHIEU, *Relaxe d'un dirigeant d'entreprise poursuivi pour blessures involontaires : contradiction dans la motivation des juges du fond*, D. 2003 p. 660.

Section 2 : Le devoir de conscience dans les obligations de vigilance

322. Définition de la vigilance. Il convient d'admettre que c'est uniquement par une fiction juridique que l'employeur – qu'il soit pris en tant que personne physique ou morale – peut avoir conscience, à chaque instant, de l'ensemble des risques susceptibles de se produire au sein de son entreprise. Que penser alors de la possibilité d'avoir conscience des risques au sein de sociétés tierces, qu'il s'agisse de filiales de l'entreprise ou d'entreprises appartenant au réseau des fournisseurs et sous-traitants, installées en France ou à l'étranger ? La conscience se transforme en vigilance, ou surveillance accrue, et se définit en psychologie comme l'« *état de la conscience éveillée et attentive* »¹⁸⁹². De même que certains professionnels, personnes physiques ou morales¹⁸⁹³, sont appelés, au titre de leur obligation de vigilance, à repérer les clients susceptibles de se livrer à des activités de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme¹⁸⁹⁴, l'employeur doit aussi, parfois, se focaliser sur certains risques en particulier.

323. Les risques choisis comme objets de vigilance. Parmi ces risques, il y a le travail dissimulé que l'employeur, devenu donneur d'ordre¹⁸⁹⁵, doit identifier chez ses cocontractants (§1). Par ailleurs, à l'instar du document unique, prévu dans le Code du travail en écho à l'obligation de sécurité de l'employeur et visant à identifier les risques prévisibles en matière de santé et de sécurité des travailleurs¹⁸⁹⁶, il existe, dans le Code de commerce, un plan de vigilance, en écho au devoir éponyme¹⁸⁹⁷. Ce plan vise « *à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* », au sein des groupes d'entreprises et de leurs réseaux. Contrairement à l'employeur donneur d'ordre, pris en tant que « *personne* » au

¹⁸⁹² Cette définition est issue du TLFi, diffusé par l'ATILF, et est disponible sur le site du CNRTL : <http://www.cnrtl.fr/definition/vigilance>.

¹⁸⁹³ C. mon. fin. art. L. 561-2 : il y est question par exemple des établissements de crédit, des mutuelles, de la Banque de France ou encore des commissaires aux comptes et des avocats.

¹⁸⁹⁴ C. mon. fin. art. L. 561-4-1 et s. et R. 561-5 et s.

¹⁸⁹⁵ Selon le §II-1 de la circulaire interministérielle n° DSS/SD5C/2012/186 du 16 novembre 2012, « *le donneur d'ordre est celui qui confie la réalisation d'un ouvrage à une autre personne ; il est à l'initiative des opérations de conception, d'élaboration, de fabrication, de mise en œuvre d'un ouvrage qu'il confie à un professionnel et dont il est le destinataire ou le bénéficiaire final. Cette personne peut être également désignée sous les termes de maître d'ouvrage, donneur d'ouvrage, client, bénéficiaire, propriétaire, acheteur ou encore commanditaire de la prestation. Sont concernées par ce dispositif les particuliers ou les professionnels, personnes physiques ou personnes morales, de droit privé ou de droit public.* ».

¹⁸⁹⁶ C. trav. art. R. 4121-1 par renvoi à C. trav. art. L. 4121-3.

¹⁸⁹⁷ C. com. art. L. 225-102-4.

sens large¹⁸⁹⁸, le législateur a choisi de faire reposer la dernière obligation de vigilance sur la « société »¹⁸⁹⁹, autrement dit sur la personne morale (§2).

§ 1 : L'obligation de vigilance du donneur d'ordre à l'égard du travail dissimulé pratiqué par ses cocontractants

324. Les évolutions de la lutte contre le travail dissimulé. Dès 1973, le Code du travail énonçait expressément qu'il était interdit « *d'avoir recours sciemment* » aux services d'un travailleur clandestin¹⁹⁰⁰. En 1992, il fut précisé que l'interdiction concernait le recours direct ou par personne interposée¹⁹⁰¹. Ensuite, en 1997, le travail clandestin prit le nom de travail partiellement ou totalement dissimulé¹⁹⁰². La référence au fait d'avoir recours « *sciemment* » au travail dissimulé a survécu à la recodification de 2008 et se trouve actuellement au 3° de l'article L. 8221-1 du Code du travail¹⁹⁰³. Il est donc toujours nécessaire d'avoir conscience de l'illégalité de la situation pour être passible de sanctions. Afin de garantir cette conscience et d'accroître les chances de détection des situations de dissimulation d'emplois salariés¹⁹⁰⁴, le législateur a transformé les donneurs d'ordre¹⁹⁰⁵ en agents de contrôle privés en leur imposant de vérifier, lors de la conclusion d'un contrat, « *en vue de l'exécution d'un travail, de la fourniture d'une prestation de services ou de l'accomplissement d'un acte de commerce* » atteignant un montant de cinq milles euros hors taxe minimum¹⁹⁰⁶, que leurs cocontractants s'acquittent « *des formalités mentionnées aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5* »¹⁹⁰⁷. À défaut d'effectuer l'ensemble des vérifications attendues de sa part (I), le donneur d'ordre peut être lourdement sanctionné (II).

¹⁸⁹⁸ C. trav. art. L. 8222-1.

¹⁸⁹⁹ En effet, l'article L. 225-102-4 du Code de commerce commence par « *toute société* ».

¹⁹⁰⁰ C. trav. anc. art. L. 324-9, en vigueur du 23 novembre 1973 au 31 décembre 1991.

¹⁹⁰¹ C. trav. anc. art. L. 324-9 tel qu'issu de la loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991.

¹⁹⁰² C. trav. anc. art. L. 324-9 tel qu'issu de la loi n° 97-210 du 11 mars 1997.

¹⁹⁰³ « *Sont interdits : (...) 3° Le fait de recourir sciemment, directement ou par personne interposée, aux services de celui qui exerce un travail dissimulé* ».

¹⁹⁰⁴ T. LAHALLE, *Solidarité financière du donneur d'ordre et de son cocontractant*, JCP S 2016, 1120.

¹⁹⁰⁵ Ces donneurs d'ordre peuvent être des personnes physiques ou morales. Lorsque le donneur d'ordre est une personne morale, l'obligation de vigilance pèse sur le représentant légal ou un délégataire de pouvoirs.

¹⁹⁰⁶ C. trav. art. R. 8222-1.

¹⁹⁰⁷ C. trav. art. L. 8222-1.

I : L'étendue de l'obligation de vigilance

325. La vérification formelle. En matière de travail dissimulé¹⁹⁰⁸, les formalités qui doivent être accomplies par le cocontractant, et vérifiées par le donneur d'ordre, sont la déclaration préalable d'embauche, la délivrance d'un bulletin de paie ou d'un document équivalent indiquant le nombre d'heures de travail réellement accomplies, ainsi que les déclarations auprès de l'URSSAF¹⁹⁰⁹ et de l'administration fiscale¹⁹¹⁰. Pour pouvoir vérifier le bon accomplissement des formalités par le cocontractant, le donneur d'ordre a vu sa tâche facilitée par le décret n° 2011-1601 du 21 novembre 2011 et une circulaire interministérielle¹⁹¹¹ qui précise les documents qu'il doit se faire remettre. Il s'agit, d'une part, de l'attestation de fourniture des déclarations sociales et de paiement des cotisations et contributions sociales – appelée d'ailleurs « *attestation de vigilance* » – et, d'autre part, du document prouvant l'immatriculation du cocontractant au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ou son appartenance à une profession réglementée¹⁹¹². Pour les cocontractants établis à l'étranger, la liste des documents à obtenir est certes adaptée¹⁹¹³ mais l'obligation de vigilance est renforcée. En effet, le donneur d'ordre doit alors vérifier non seulement la régularité de la situation du cocontractant au regard de la législation du pays où il est établi, mais aussi la régularité de l'exercice de son activité en France¹⁹¹⁴. Enfin, en présence de travailleurs détachés, l'obligation de vigilance requiert du donneur d'ordre qu'il vérifie la transmission à l'inspection du travail d'une déclaration de détachement et d'une désignation d'un représentant en France¹⁹¹⁵.

¹⁹⁰⁸ Une obligation de vigilance similaire, assortie d'une peine de solidarité financière, existe aussi dans le cadre de l'interdiction de l'emploi d'étrangers non autorisés à travailler : C. trav. art. L. 8254-1 et s.

¹⁹⁰⁹ CSS art. L. 243-15.

¹⁹¹⁰ C. trav. art. L. 8221-5.

¹⁹¹¹ Circulaire n° DSS/SD5C/2012/186 du 16 novembre 2012 relative à l'attestation de vigilance, NOR : AFSS1225441C.

¹⁹¹² L'article D. 8222-5-2° du Code du travail précise qu'il s'agit soit d'un extrait de l'inscription au registre du commerce et des sociétés (K ou K bis), soit d'une carte d'identification justifiant de l'inscription au répertoire des métiers, soit d'un devis, un document publicitaire ou une correspondance professionnelle, à condition qu'y soient mentionnés le nom ou la dénomination sociale, l'adresse complète et le numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ou à une liste ou un tableau d'un ordre professionnel, ou la référence de l'agrément délivré par l'autorité compétente, ou soit d'un récépissé du dépôt de déclaration auprès d'un centre de formalités des entreprises pour les personnes en cours d'inscription.

¹⁹¹³ C. trav. art. D. 8222-7. Au sein de l'Union européenne, seul le certificat européen E 101 est susceptible d'attester la régularité de la situation sociale du cocontractant : Cass. Ass. plén., 6 novembre 2015, n° 14-10.193, PBRI ; Cass. Ass. plén., 6 novembre 2015, n° 14-10.182, PBRI ; E. JEANSEN, *Vérification de la situation du sous-traitant : importance du certificat E 101*, JCP S 2015, 1452.

¹⁹¹⁴ C. trav. art. L. 8222-4 ; A. CERF-HOLLENDER, *Travail dissimulé*, Rép. Travail, Dalloz, 2017, n° 94.

¹⁹¹⁵ C. trav. art. L. 1262-4-1 renvoyant à C. trav. art. L. 1262-2-1.

326. Le contrôle au fond. De surcroît, le donneur d'ordre ne peut se contenter de collecter lesdits documents à vérifier car le législateur précise qu'il est censé s'assurer de l'authenticité des documents fournis¹⁹¹⁶, grâce à l'aide des URSSAF¹⁹¹⁷ et du Centre National des Firmes Etrangères¹⁹¹⁸. Par conséquent, le donneur d'ordre doit être véritablement en état de « *conscience attentive* »¹⁹¹⁹ quant aux formalités sociales et fiscales accomplies par ses cocontractants¹⁹²⁰, le contrôle devant d'ailleurs être renouvelé tous les six mois jusqu'à la fin de l'exécution du contrat. À cela, s'ajoute encore un contrôle « *de la cohérence entre les déclarations effectuées par le cocontractant et le volume d'emploi nécessaire à l'exécution des travaux* »¹⁹²¹. Certes, la mention de l'effectif et du montant des rémunérations déclarés doit alerter le donneur d'ordre sur la capacité du cocontractant à accomplir les travaux souhaités. En cas de doute, il doit obtenir des garanties de la part de son cocontractant, comme le recours à l'intérim ou à de prochaines embauches. En tout état de cause, si l'une des étapes du contrôle – la remise de l'attestation, sa validité ou sa cohérence avec le travail à accomplir – pose difficulté, le donneur d'ordre est d'abord encouragé à réitérer sa demande auprès du cocontractant. Mais si ce dernier ne régularise pas la situation, il est fortement recommandé au donneur d'ordre, forcément conscient des risques de travail dissimulé à l'issue d'un tel processus de vérification, de cesser toute relation contractuelle.

¹⁹¹⁶ C. trav. art. L. 8222-1 et CSS art. D. 243-15. Il en est ainsi même lorsque le donneur d'ordre est une personne physique qui contracte pour son usage personnel ou celui d'un membre de sa famille. Son obligation de vigilance est allégée, puisqu'il lui suffit de récupérer un seul des documents énumérés (C. trav. art. L. 8222-1-2°, D. 8222-4 et D. 8222-6), mais il est obligé de s'assurer de la crédibilité du document qui lui a été remis : « *Attendu qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel a justifié sa décision dès lors que l'absence de concordance entre la dénomination de la société désignée sur le devis et l'identité du cocontractant permettait d'écarter la présomption instituée par les articles L. 8222-1, D. 8222-4 et D. 8222-5 du Code du travail au bénéfice du particulier qui contracte pour son usage personnel* » : Cass. crim., 9 novembre 2010, n° 10-80.252, Bull. crim, n° 177 ; A. MARTINON, *Recours au travail dissimulé : l'obligation de vérification du donneur d'ordre*, JCP S 2011, 1075.

¹⁹¹⁷ Un module de vérification des attestations a été mis en place sur le site des URSSAF : <https://www.urssaf.fr/portail/home/utile-et-pratique/verification-attestation.html>.

¹⁹¹⁸ Les documents peuvent être obtenus en ligne : <https://www.cnfe-urssaf.eu/index.php/fr/>

¹⁹¹⁹ Sur la définition de la vigilance : cf. *supra* n° 322. À ce titre, en vertu de l'article R. 8294-6 du Code du travail, créé par le décret n° 2016-175 du 22 février 2016 relatif à la carte d'identification professionnelle des salariés du bâtiment et des travaux publics, tout donneur d'ordre peut vérifier auprès de l'organisme compétent que les salariés de son cocontractant ont été déclarés auprès de cet organisme et que leurs cartes ou attestations ont été émises par celui-ci. Mais la vérification de l'existence et de l'authenticité des « *cartes BTP* » ne dispense pas le donneur d'ordre des autres contrôles relatifs au travail dissimulé.

¹⁹²⁰ F. MULLER, *Effectivité des droits des salariés détachés : quelle contribution à la lutte contre la concurrence sociale déloyale ?*, Dr. soc. 2016, p. 630. La vérification doit être réelle et ne pas se borner à un contrôle superficiel en se faisant communiquer des documents constitutifs de précautions purement formels : A. COEURET et E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2008, n° 633, p 375.

¹⁹²¹ Circulaire n° DSS/SD5C/2012/186 *préc.*, p. 6.

327. L'obligation de diligence. La circulaire interministérielle indique, par une sorte d'*obiter dictum* timide, que le donneur d'ordre « *peut également, dans ce cas, aviser l'organisme de recouvrement concerné* »¹⁹²². Il n'existerait donc pas d'obligation de dénonciation. À l'inverse, le législateur a pris soin de prévoir des cas où l'administration aviserait elle-même le donneur d'ordre d'une situation illégale et le réquisitionnerait pour l'aider à inciter son cocontractant à régulariser sa situation. Ainsi, si le donneur d'ordre est informé par un agent de contrôle que son cocontractant ou sous-traitant, direct ou indirect, commet une infraction aux dispositions légales et conventionnelles constituant le noyau dur du droit du travail¹⁹²³, manque à ses obligations de déclaration des cotisations¹⁹²⁴, ne verse pas le salaire minimum légal ou conventionnel à ses salariés, qu'ils soient détachés¹⁹²⁵ ou non¹⁹²⁶, soumet ses salariés à des conditions d'hébergement collectif incompatible avec la dignité humaine¹⁹²⁷, ou ne respecte pas le noyau dur des dispositions du droit du travail¹⁹²⁸, il doit aussitôt l'enjoindre par lettre recommandée avec accusé de réception de faire cesser, sans délai, cette situation.

II : Les sanctions du défaut de vigilance

328. Les sanctions pénales. La qualité de donneur d'ordres ne peut faire écran ni aux poursuites ni aux sanctions¹⁹²⁹. Le manquement à l'obligation de vérification de l'accomplissement des formalités légalement prévues par le cocontractant constitue un indice déterminant de l'existence de l'élément intentionnel du délit de recours au travail dissimulé¹⁹³⁰. Ainsi, le donneur d'ordre qui méconnaît son obligation de vigilance, en ne se

¹⁹²² Circulaire n° DSS/SD5C/2012/186 *préc.*, p. 6.

¹⁹²³ Cela comprend, entre autres, les règles relatives aux discriminations et à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, la protection de la maternité, les règles relatives à la durée du travail ou celles relatives à la santé et sécurité au travail : C. trav. Art. L. 8281-1.

¹⁹²⁴ C. trav. art. L. 8222-5.

¹⁹²⁵ C. trav. art. L. 1262-4-3.

¹⁹²⁶ C. trav. art. L. 3245-2.

¹⁹²⁷ C. trav. art. L. 4231-1.

¹⁹²⁸ C. trav. art. L. 8281-1.

¹⁹²⁹ A. COEURET et E. FORTIS, *op. cit.*, n° 644, p. 381.

¹⁹³⁰ A. COEURET et E. FORTIS, *op. cit.*, n° 637, p. 377. Les obligations pesant sur le donneur d'ordre ont pu être critiquées. « *L'intention se réduit à peu de choses : ne pas vérifier. Autant dire qu'elle se résume à une imprudence, alors que l'on aurait dû faire. Peut-être, y a-t-il conscience, mais certainement pas volonté tendue vers un but (intendere)* » B. BOULOC, *Rev. sc. crim.* 1998, p. 535. « *Cette prise en compte des relations économiques du donneur d'ordre et de l'entrepreneur sous-traitant ainsi que de l'absence d'autonomie juridique de ce dernier peut conduire à une véritable dérive consistant à ne plus tenir compte des vérifications que doit effectuer le donneur d'ordre et à s'en tenir à la présomption suivant laquelle sa connaissance des conditions*

faisant pas remettre les attestations nécessaires, commet sciemment ce délit¹⁹³¹. Est condamnable au même titre le donneur d'ordre qui a « conscience » que le cocontractant, pratiquant des prix très bas, ne peut réaliser de bénéfices qu'en ne déclarant que partiellement les heures effectuées¹⁹³², ou ne peut assurer les commandes importantes dans d'aussi brefs délais avec les seuls salariés régulièrement déclarés¹⁹³³. Le délit de recours au travail dissimulé est puni d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 45.000 euros¹⁹³⁴. Même dans les cas où le montant du contrat est inférieur à cinq mille euros et où les sanctions financières – décrites ci-dessous – ne sont pas encourues, les sanctions pénales demeurent si l'élément intentionnel et l'élément matériel de l'infraction de travail dissimulé sont caractérisés¹⁹³⁵. Par ailleurs, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe le donneur d'ordre qui n'a pas enjoint l'employeur de faire cesser l'infraction aux dispositions constituant le noyau dur du droit du travail ou qui n'a pas informé l'agent de contrôle, auteur du signalement, de l'absence de réponse de son cocontractant¹⁹³⁶.

329. Les sanctions civiles. Si le donneur d'ordre est condamné pour travail dissimulé ou si son cocontractant est verbalisé pour le même délit, sa responsabilité civile peut être engagée et la solidarité financière mise en œuvre¹⁹³⁷. En effet, en vertu de l'article L. 8222-2 du Code du travail¹⁹³⁸, le donneur d'ordre, qui manque à son obligation de vigilance, est susceptible

d'exploitation du sous-traitant implique qu'il ait connu le recours au travail clandestin ou dissimulé de ce dernier (...) l'intention se résume, non pas à ne pas avoir vérifié comme le relève le professeur Bouloc, mais à ne pas pouvoir ignorer » : C. BREMOND, Travail dissimulé et présomption de responsabilité pénale du donneur d'ordre, Gaz. Pal. 2000, n° 146, p. 8.

¹⁹³¹ Cass. crim., 4 novembre 1997, n° 96-86.211, Bull. crim., n° 372 ; Cass. crim., 25 avril 2017, n° 15-87.590, inédit, cité par : M. SEGONDS, *Un an de droit pénal du travail (Septembre 2016 - Septembre 2017)*, Revue Droit pénal, 2017, n° 11, chron. 10.

¹⁹³² Cass. crim., 11 mars 1997, n° 95-82.009, Bull. crim., n° 97.

¹⁹³³ Bien qu'il fasse référence au travail clandestin, cet arrêt conserve son intérêt en matière de travail dissimulé : Cass. crim., 11 janvier 2000, n° 99-80.823, inédit ; RJS 4/00, n° 427.

¹⁹³⁴ C. trav. art. L. 8224-1. Sur les peines complémentaires pour les personnes physiques et morales : C. trav. art. L. 8224-3 et L. 8224-5.

¹⁹³⁵ Cass. crim., 1^{er} mars 2011, n° 10-84.303, inédit ; A. BARÈGE, *Constat et conséquences de la dissimulation*, JCP S 2011, 1348.

¹⁹³⁶ C. trav art. R. 8282-1.

¹⁹³⁷ Circulaire interministérielle n°DSS/SD5C/2012/186 *préc.*, p 7.

¹⁹³⁸ L'ancien article L. 324-13-1 du Code du travail, prévoyant cette solidarité financière, avait été créé par la loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 renforçant la lutte contre le travail clandestin et la lutte contre l'organisation de l'entrée et du séjour irréguliers d'étrangers en France. Cette solidarité financière est également rappelée à l'article 1724 quater du Code général des impôts et prévue, pour les personnes morales de droit public, à l'article L. 8222-6 du Code du travail. Le Conseil constitutionnel a déclaré la solidarité financière prévue par l'alinéa 2 de l'article L. 8222-2 du Code du travail conforme à la Constitution, sous réserve que le donneur d'ordre puisse contester la régularité de la procédure, le bien-fondé et l'exigibilité des impôts, taxes et cotisations obligatoires

d'être condamné solidairement à régler les impôts, taxes, cotisations sociales, rémunérations et autres charges du cocontractant¹⁹³⁹. Tel fut le cas du donneur d'ordre qui s'était fait remettre les documents prévus mais sans s'assurer de leur authenticité, la dénomination de la société indiquée sur l'extrait K-bis ne correspondant pas à l'identité du cocontractant¹⁹⁴⁰. Il en va de même à défaut de mettre en œuvre l'obligation de diligence, le donneur d'ordre pouvant aussi être tenu de payer solidairement les rémunérations et charges¹⁹⁴¹ ou être tenu de prendre à sa charge l'hébergement collectif dans des conditions décentes¹⁹⁴².

§ 2 : L'obligation de vigilance de la société mère à l'égard des atteintes aux droits fondamentaux pratiqués par ses filiales ou ses cocontractants

330. D'un drame à une loi. Le devoir de vigilance, cette « *démarche globale proactive d'identification* »¹⁹⁴³ des risques et atteintes graves « *envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* », a été créé par la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017¹⁹⁴⁴. Il a donc vu le jour plusieurs années après le drame du Rana Plaza. Cet immeuble vétuste, qui abritait des ateliers de confection au Bangladesh, s'est effondré en avril 2013, provoquant la mort de plus d'un millier de personnes. L'opinion publique fut alors choquée d'apprendre – ou, plutôt, de prendre véritablement conscience – que les vêtements qui y étaient confectionnés avaient vocation à être vendus par de grands groupes occidentaux du textile. Pourtant, ces derniers n'ont pas eu à répondre judiciairement de la catastrophe¹⁹⁴⁵. En dépit de ce contexte, la loi du 27 mars 2017

ainsi que des pénalités et majorations y afférentes au paiement solidaire desquels il est tenu : Cons. const., décision n° 2015-479, QPC, 31 juillet 2015, NOR : CSCX1518919S.

¹⁹³⁹ Cass., 2^e civ., 11 février 2016, n° 14-10.614, Bull. 2016, n° 844 ; Cass., 2^e civ., 11 février 2016, n° 15-10.168, Bull. 2016, n° 844 ; T. LAHALLE, *Solidarité financière du donneur d'ordre et de son cocontractant*, JCP S 2016, 1120.

¹⁹⁴⁰ Cass. 2^e civ., 11 juillet 2013, n° 12-21.554, *Sté Legio sécurité c/ Urssaf de Paris*, Bull. civ. II, n° 164 ; RJS 11/13 n° 754.

¹⁹⁴¹ C. trav. art. L. 8222-5 ; C. trav. art. L. 1262-4-3 ; C. trav. art. R. 3245-2 ; C. trav. art. R. 1263-17.

¹⁹⁴² C. trav. art. L. 4231-1.

¹⁹⁴³ L'article 2.4 de la norme ISO 26000 définit plus précisément le devoir de vigilance comme « *démarche globale, proactive d'identification, visant à éviter et atténuer les impacts négatifs sociaux, environnementaux et économiques, réels et potentiels, qui résultent des décisions et activités d'une organisation sur tout le cycle de vie d'un de ses projets ou activités* ».

¹⁹⁴⁴ La loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre a inséré les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 dans le Code de commerce.

¹⁹⁴⁵ Certes, un Fonds spécial a été mis en place en 2014 par un comité international pour venir en aide aux victimes mais les contributions sont versées de manière volontaire : « *En contribuant volontairement au Fonds pour l'indemnisation des victimes au Bangladesh, les entreprises multinationales démontrent qu'elles ont une*

fut votée à l'issue d'un long processus en raison des fortes résistances du secteur économique, certains arguant de la concurrence déloyale dont seraient victimes les entreprises françaises, obligées de rendre juridiques certains principes de la responsabilité sociale et environnementale des entreprises (ci-après la « RSE »)¹⁹⁴⁶. Ce texte vient compléter le nouvel arsenal législatif à destination des grandes entreprises, mis en place par la loi dite « Sapin II », votée quelques mois plus tôt¹⁹⁴⁷ et qui dispose que les entreprises de plus de cinq cents salariés doivent prendre des mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence¹⁹⁴⁸. Fortement attendue

certaine conscience sociale ; elles se mettent ainsi à l'abri des battages médiatiques et des éventuelles poursuites judiciaires ». Les conditions établissant le Fonds précisent par ailleurs qu'aucun don n'implique la responsabilité du donateur : « *cette forme de réparation ne répond pas à un certain idéal de justice qui voudrait que la réparation des victimes ne constitue pas un acte de charité, mais un droit juridiquement reconnu de recevoir des réponses adéquates aux violations de leurs droits. En ce sens, ce type de processus indemnitaire peut également soulever un certain malaise sur le plan éthique, dans le sens où la constitution d'un fonds semble écarter la logique de poursuite judiciaire et donc de la mise en cause de la responsabilité des entreprises multinationales* » : C. BELPORO, *Les enjeux contemporains de l'encadrement de la responsabilité des entreprises en matière de droits humains dans la chaîne d'approvisionnement : le cas pratique de la tragédie au Bangladesh*, RDT 2016, p. 722. Le salaire mensuel minimum a été augmenté et des accords ont également été signés entre de grandes entreprises, européennes ou américaines, d'un côté, et les Fédérations internationales des syndicats du secteur textile et des services, de l'autre, afin de sécuriser les bâtiments et d'augmenter le nombre d'inspecteurs du travail. Néanmoins, dans de nombreuses usines, les conditions de travail restent à déplorer, avec des sévices corporels, des licenciements sans indemnités et des journées de travail sans pause : E. FAYNER, *L'envers du « made in Bangladesh »*, Santé et travail, octobre 2015, n° 92, p. 6. Il y a eu l'Accord sur la sécurité incendie et la sécurité des bâtiments signé le 13 mai 2013 par deux fédérations syndicales internationales (IndustriALL Global Union et UNI Global Union) et par des sociétés transnationales qui met en place un programme de sécurité dans l'industrie du prêt-à-porter au Bangladesh. Les sociétés américaines, refusant le caractère contraignant de cet accord, ont créé l'Alliance qui rassemble 770 usines au Bangladesh. Enfin, l'OIT, l'Union européenne et le gouvernement du Bangladesh ont adopté fin juillet 2013 un nouveau Pacte national sur la sécurité des usines textiles. Pourtant, deux ans après la catastrophe, le bilan est mitigé car toutes les usines n'ont pas été inspectées et des victimes attendent encore des compensations : I. DAUGAREILH, *La responsabilité sociale des entreprises*, in *Prendre la responsabilité au sérieux*, dir. A. SUPIOT et M. DELMAS-MARTY, PUF, 2015, p. 183 et s.

¹⁹⁴⁶ Sur la RSE et l'éthique : cf. *infra* n° 432 et s. Pourtant, en 2012, dans le cadre du contentieux lié au naufrage de l'Erika, la Cour de cassation avait déjà reconnu la responsabilité de la société mère Total SA sur le fondement des engagements volontaires pris par le groupe Total en matière de contrôle de l'état des navires : Cass. crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938, Bull. crim., n° 198.

¹⁹⁴⁷ La loi « Sapin II » et la loi du 27 mars 2017 révèlent « *le passage d'une démarche purement volontaire à une démarche obligatoire* » puisque les entreprises devront agir « *sous la menace d'une contrainte juridique effective* ». Le législateur aurait ainsi démontré qu'il place « *au cœur de ses préoccupations les défis actuels qu'imposent la compliance et la RSE en ne prônant plus seulement la sanction des pratiques déviantes, mais en accompagnant l'émergence positive de nouveaux comportements* » : X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, *Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance*, D. 2017, p. 1619.

¹⁹⁴⁸ Parmi ces mesures, l'article 17-II de la 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 prévoit notamment un code de conduite, un dispositif d'alerte interne, une cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée ou encore un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre. Ces mesures ne sont donc pas sans rappeler celles du plan de vigilance, les deux programmes étant « *construits sur un modèle identique* » : X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, *art. préc.*, p. 1619. Sur les incohérences entre les dispositifs d'alerte : cf. *infra* n° 348, notes n° 2063 et 2065.

par certaines ONG notamment¹⁹⁴⁹, cette loi est perçue comme le fruit d'une « *prise de conscience de la nécessité de discipliner les chaînes de production*¹⁹⁵⁰ de valeurs »¹⁹⁵¹. Il s'agit d'étudier le régime théorique de l'obligation de vigilance (I), qui pourrait toutefois se heurter à certaines difficultés concrètes d'application (II).

I : Le régime théorique de l'obligation de vigilance

331. L'élaboration du plan. L'étendue du plan de vigilance prévu par l'article L. 225-102-4 du Code de commerce est vaste puisqu'il s'applique aux sociétés – anonymes *a priori*, étant donné l'emplacement de la disposition dans le code précité¹⁹⁵² et les seuils d'effectif retenus – employant 5.000 salariés en France ou 10.000 salariés dans le monde, incluant leurs filiales¹⁹⁵³. Une fois les sociétés mères débitrices de l'obligation identifiées, il faut encore repérer les sociétés dont les risques, liés à leur activité, seront intégrés au plan de la société mère. Cela consiste à « *déterminer le réseau des risques* »¹⁹⁵⁴. Il s'agit, d'une part, des sociétés contrôlées par la société mère, directement ou indirectement, « *au sens du II de l'article L. 233-16* » du Code de commerce, autrement dit des sociétés sur lesquelles la mère exerce une influence dominante. D'autre part, ce réseau inclut les sous-traitants et fournisseurs « *avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces*

¹⁹⁴⁹ S. COSSART et M.-L. GUISLAIN, *Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable*, RLDA 2015, n° 104, p. 75.

¹⁹⁵⁰ Le principe de la chaîne de valeur est « *de décomposer l'activité de toute l'organisation en sous activités clés et de comprendre comment à chaque stade ou à chaque maillon de la chaîne, la valeur se crée* ». Elle peut également « *être utilisée en matière de management des risques juridiques* », pour « *identifier plus facilement les normes juridiques sensibles* » : F. VERDUN, *Le management stratégique des risques juridiques*, LexisNexis, 2013, p. 160-161. « *Une chaîne de valeur décrit l'ensemble des activités concernant un bien ou un service, de sa conception aux différentes étapes de sa production, jusqu'à sa mise à disposition auprès des consommateurs et à son recyclage après utilisation.* » : J. BALLEZ, F. de BRY, A. CARIMENTRAND et P. JOLIVET, *L'entreprise et l'éthique*, Éditions du Seuil, 2^{ème} éd., 2011, p. 294.

¹⁹⁵¹ T. SACHS, *La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation*, RDT 2017, p. 380.

¹⁹⁵² Cet article est situé dans un chapitre V intitulé « *Des sociétés anonymes* ».

¹⁹⁵³ L'article L. 225-102-4 du Code de commerce, créé par la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, dispose que toute société qui emploie au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance. Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation. Cet article a été modifié à la marge par l'ordonnance n° 2017-1162 du 12 juillet 2017.

¹⁹⁵⁴ C. HANNOUN, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017*, Dr. soc. 2017, p. 806.

activités sont rattachées à cette relation ». La précision d'une relation commerciale établie est importante puisque « *pour prévenir un risque, il faut être en mesure de le connaître* »¹⁹⁵⁵, ce qui semble plus réaliste à l'égard d'un contractant habituel¹⁹⁵⁶. Le législateur français semble ainsi s'être inspiré du champ retenu par la norme ISO 26000¹⁹⁵⁷, qui se réfère à la « *sphère d'influence* »¹⁹⁵⁸ de la société, et par le principe n°13¹⁹⁵⁹ des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, tels que mis en place par les Nations Unies en 2011¹⁹⁶⁰. Ensuite, il convient de trouver « *les parties prenantes de la société* », avec lesquelles le plan doit être élaboré et qui doivent sans doute être entendues au sens large¹⁹⁶¹. Cela signifie qu'elles ne comprendraient pas que les dirigeants et actionnaires de l'entreprise. Elles devraient également inclure les personnes sur lesquelles l'activité peut avoir un effet, à savoir les salariés, les fournisseurs, les clients, les banques, les pouvoirs publics, les associations, les voisins, ou encore les communautés locales¹⁹⁶². Enfin, la cartographie des risques¹⁹⁶³,

¹⁹⁵⁵ A. DANIS-FATÔME et G. VINEY, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, D. 2017, p. 1610.

¹⁹⁵⁶ La jurisprudence aura la charge de préciser s'il ne s'agit que des contractants directs.

¹⁹⁵⁷ Sur l'absence de certification liée à cette norme : cf. *infra* n° 467.

¹⁹⁵⁸ L'article 2.19 de la norme ISO 26000 définit la sphère d'influence comme la « *portée/ampleur des relations politiques, contractuelles, économiques ou autres à travers lesquelles une organisation a la capacité d'influer sur les décisions ou les activités de personnes ou d'autres organisations* ». Quant à l'article 7.3.3, il développe cette notion en proposant des méthodes qui permettent à l'organisation « *d'exercer son influence, soit pour en améliorer les impacts positifs sur le développement durable soit pour limiter le plus possible les impacts négatifs, soit pour les deux* » : F. VERDUN, *op. cit.*, p. 18-19.

¹⁹⁵⁹ Ce principe est le suivant : « *La responsabilité de respecter les droits de l'homme exige des entreprises : a) Qu'elles évitent d'avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme ou d'y contribuer par leurs propres activités, et qu'elles remédient à ces incidences lorsqu'elles se produisent ; b) Qu'elles s'efforcent de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme qui sont directement liées à leurs activités, produits ou services par leurs relations commerciales, même si elles n'ont pas contribué à ces incidences.* ». Le commentaire y afférent précise que « *les entreprises peuvent avoir une part dans les incidences négatives sur les droits de l'homme soit par le biais de leurs propres activités soit par suite de leurs relations commerciales avec d'autres parties. (...) Aux fins des Principes directeurs, on entend par « activités » de l'entreprise ce qu'elle fait comme ce qu'elle omet de faire et par « relations commerciales » les relations avec ses partenaires commerciaux, les entités de sa chaîne de valeur, et toute autre entité non étatique ou étatique directement liée à ses activités, ses produits ou ses services commerciaux.* ».

¹⁹⁶⁰ R.-C. DROUIN, *Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales : quel rôle pour le devoir de vigilance ?*, Dr. soc. 2016, p. 246.

¹⁹⁶¹ Sur la définition des parties prenantes : cf. *infra* n° 431 (fin du §).

¹⁹⁶² M.-C. CAILLET, *Du devoir de vigilance aux plans de vigilances ; quelle mise en œuvre ?*, Dr. soc. 2017, p. 819. La norme ISO 26000 évoque par exemple les riverains d'une activité industrielle qui peuvent bénéficier de ses impacts positifs, comme l'emploi, tout en subissant ses impacts négatifs, comme la pollution. Selon l'article 5.3.2 de la norme ISO 26000, la partie prenante est « *l'individu ou le groupe ayant intérêt dans les décisions ou activités d'une organisation* ». Il est précisé que « *du fait que ces intérêts peuvent être affectés par l'organisation, il se crée un lien avec celle-ci. Cette relation n'a pas besoin d'être formelle. Les relations suscitées par cet intérêt existent indépendamment du fait que les parties en aient conscience ou non* » ; cité par : F. VERDUN, *op. cit.*, p. 18-19 et p. 99. Pour une cartographie des parties prenantes : F. VERDUN, *op. cit.*, p. 100.

¹⁹⁶³ Il s'agit par exemple des risques d'infraction aux normes sur la durée du travail lorsque le cahier des charges impose des délais trop stricts aux partenaires commerciaux ou de l'impossibilité pour ces derniers de verser un

auxquels sont potentiellement soumis la société mère et son réseau, apparaît comme une opération bien délicate¹⁹⁶⁴. Pour y parvenir au mieux, il faut envisager, par exemple, le recours à des matrices, qui permettent de croiser leurs enjeux en matière de RSE avec les attentes des parties prenantes précitées, ainsi qu'à des procédures de « *compliance* »¹⁹⁶⁵, qui peuvent déjà être en place, en vue d'évaluer les risques auxquels les entreprises sont exposées.

332. La mise en œuvre volontaire ou forcée du plan. Par ailleurs, il est prévu par l'article L. 225- 102-4 précité que le plan doit comporter « *un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité* » et que le « *compte-rendu de sa mise en œuvre effective* » est rendu public et inclus dans le rapport annuel présenté à l'assemblée des actionnaires, à l'instar du plan lui-même. Des procédures d'injonction et d'astreinte sont également prévues, de sorte que toute personne ayant un intérêt à agir peut demander au juge d'enjoindre à l'entreprise de respecter l'obligation de vigilance. Préalablement à l'injonction, il existe aussi une possibilité de mettre en demeure la société mère ou donneuse d'ordre d'établir un plan de vigilance. Les quatre propositions de loi initiales avaient, quant à elles, envisagé l'insertion d'un volet pénal¹⁹⁶⁶, qui a disparu de la proposition finalement retenue. Au risque d'envoyer un message d'impunité aux employeurs¹⁹⁶⁷, le Conseil constitutionnel n'en a pas moins supprimé l'amende civile, la seule sanction persistante dont le montant aurait pu atteindre jusqu'à dix millions d'euros en cas d'absence de plan¹⁹⁶⁸. Les juges constitutionnels ont considéré que la généralité des termes de « *libertés fondamentales* » et « *droits humains* » ne permet pas de fonder une obligation suffisamment précise pour être sanctionnée pénalement¹⁹⁶⁹. Dès lors, seules les sanctions de réputation devraient

salaire décent à leurs salariés lorsque des prix trop bas par rapport à ceux du marché leur sont imposés : M.-C. CAILLET, *Du devoir de vigilance aux plans de vigilances ; quelle mise en œuvre ?*, Dr. soc. 2017, p. 819.

¹⁹⁶⁴ Cette étape et les choix qui en découleront pourraient constituer des « *occasions de manquer de vigilance* » : Y. QUEINNEC et A. CONSTANTIN, *Devoir de vigilance - Les organes de gouvernance des entreprises en première ligne*, RLDA 2015, n°104, p. 68.

¹⁹⁶⁵ Sur cette notion : cf. *infra* n° 445 et note n° 2775.

¹⁹⁶⁶ Elles contenaient un renvoi à l'alinéa 3 de l'article 121-3 du Code pénal relatif à la violation d'une obligation de prudence ou de sécurité.

¹⁹⁶⁷ M.-A. MOREAU, *L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, Dr. soc. 2017, p. 792.

¹⁹⁶⁸ Cons. Const, 23 mars 2017, n°2017-750 DC.

¹⁹⁶⁹ D. ROMAN, « *Droits humains et libertés fondamentales* », des notions « *intelligibles* » mais « *imprécises* » ? *À propos du devoir de vigilance des sociétés multinationales*, RDT 2017, p. 391.

véritablement inciter les sociétés mères à agir¹⁹⁷⁰. Elles sont mises en œuvre par l'opinion publique, qui est alertée en dernier ressort par « *la publication, la diffusion ou l'affichage* » de la décision de justice¹⁹⁷¹, si elle ne l'a pas été plus tôt par les media ou un lanceur d'alerte.

II - Les difficultés de l'application pratique de l'obligation de vigilance

333. Les difficultés liées à l'action en responsabilité civile. Force est de constater que ni les critères d'évaluation de l'efficacité du plan, ni la possibilité de son évaluation par un organisme tiers indépendant, n'ont été prévus par le législateur. La véritable évaluation aura donc lieu *in fine* devant les juges, dans le cadre d'une action en responsabilité. Ils auront à contrôler la qualité du plan et à prendre celle-ci en compte pour évaluer les moyens mis en œuvre afin d'éviter la survenance des risques. Mais pour que contrôle il y ait, encore faut-il que l'action soit jugée recevable. La généralité de l'expression « *toute personne justifiant d'un intérêt à agir* »¹⁹⁷² permettra-t-elle aux associations, syndicats et ONG d'agir directement, sans devoir nécessairement représenter les individus victimes situés à l'étranger ? Et quels seront les contours de la faute ? À ce titre, l'obligation de sécurité relative au plan de vigilance semble de moindre force¹⁹⁷³ et ne serait que de moyens, dans la mesure où législateur fait état des « *mesures de vigilance raisonnable* » comprises dans le plan¹⁹⁷⁴ et où elles doivent être mises en œuvre sans forcément empêcher la survenance d'un dommage¹⁹⁷⁵.

¹⁹⁷⁰ C. HANNOUN, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017*, Dr. soc. 2017, p. 806 ; C. MALECKI, *Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : la France peut-elle faire cavalier seul ?*, Bull. Joly Sociétés 2015, n°4, p. 171.

¹⁹⁷¹ C. com. art. L. 225-102-5 avant-dernier al. : « *La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci, selon les modalités qu'elle précise. Les frais sont supportés par la personne condamnée.* ».

¹⁹⁷² Cette expression est présente à l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, concernant la possibilité de saisir le juge pour enjoindre la société à respecter son obligation de vigilance, mais aussi à l'article L. 225-102-5, relatif à l'action en responsabilité délictuelle. Elle « *visé les nouveaux « gendarme[s] de la légalité ou moraliste[s] » que sont les syndicats, associations, ONG, mais aussi salariés de la filiale ou d'entreprise sous-traitante* » : I. DESBARATS, *La RSE « à la française » : où en est-on ?*, Dr. soc. 2018, p. 525 ; citant P. ABADIE, *Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise*, D. 2018, p. 302.

¹⁹⁷³ M.-A. MOREAU, *L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, Dr. soc. 2017, p. 792.

¹⁹⁷⁴ C. HANNOUN, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017*, Dr. soc. 2017, p. 806.

¹⁹⁷⁵ N. CUZACQ, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et des donneurs d'ordre*, in *La RSE saisie par le droit, Perspectives internes et internationales*, dir. R. de QUENAUDON et K. MARTIN-CHENUT, Éditions A. Pedone, 2016, p. 466. En outre, « *la société mère ne peut avoir la maîtrise opérationnelle sur ses filiales et leurs partenaires économiques* » : S. MILLET, *De la RSE au devoir de vigilance des grandes sociétés françaises à l'égard des activités de leurs filiales et fournisseurs*, 6 avril 2017, consultable en ligne sur www.ellipse-avocats.com.

En optant pour une obligation de moyens¹⁹⁷⁶, le législateur fait peser sur la victime la charge de la preuve de ce que la société mère avait ou aurait dû avoir conscience du risque d'atteinte grave¹⁹⁷⁷. C'est seulement si le manquement à son obligation de vigilance est la cause du dommage – c'est-à-dire si elle n'a pas pris les moyens de prévenir les risques en question – que la responsabilité de l'entité de contrôle pourra être engagée¹⁹⁷⁸. Il est donc nécessaire de prouver une faute¹⁹⁷⁹, le législateur n'ayant pas retenu ici de mécanisme de responsabilité sans faute¹⁹⁸⁰, à l'instar de ce qui existe en droit de l'environnement¹⁹⁸¹. Elle pourra revêtir ici les traits du défaut d'élaboration ou de communication de plan, mais aussi ceux du défaut de vigilance ou d'une vigilance lacunaire¹⁹⁸², à travers la mise en œuvre défectueuse dudit plan¹⁹⁸³. Le succès de l'action de la victime dépendra aussi de la manière dont les juges

¹⁹⁷⁶ D'un autre côté, l'article L. 225-102-4 du Code de commerce précise pourtant que ces mesures sont là pour identifier les risques et prévenir les « atteintes graves ». Or, cette expression fait référence aux risques avérés, par opposition aux risques suspectés, si bien que l'obligation pourrait être de résultat.

¹⁹⁷⁷ C. HANNOUN, *art. préc.*, p. 806.

¹⁹⁷⁸ C. com. art. L. 225-102-5 al. 1^{er} : « Dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter. ».

¹⁹⁷⁹ En exigeant une faute, l'accent est mis sur le caractère dérogoire de la responsabilité de la société mère par rapport au principe d'autonomie des personnes morales. À propos de la proposition de loi finalement retenue : « Imposer une telle obligation de vigilance suppose en effet de faire abstraction de la personnalité distincte des composantes du groupe de sociétés et de la chaîne globale de valeurs. Le droit positif n'a en effet jamais tiré de conséquences aussi radicales de l'unité du groupe. En revanche, on peut se demander si fonder la responsabilité sur la faute et si avoir renoncé à la présomption de faute ne rendra pas quasi impossible toute action en justice. » : I. DAUGAREILH, *La responsabilité sociale des entreprises*, in *Prendre la responsabilité au sérieux*, dir. A. SUPIOT et M. DELMAS-MARTY, PUF, 2015, p. 198. Ce choix d'une responsabilité pour faute faite par le législateur vise sans doute à mettre en valeur la « démarche prospective » dans laquelle s'inscrit le plan de vigilance. L'objectif est d'anticiper les risques pour éviter la réalisation du dommage, même si, en parallèle, l'entreprise souscrira certainement un contrat d'assurance : N. CUZACQ, *art. préc.* p. 455.

¹⁹⁸⁰ Les propositions de loi initiales prévoyaient pourtant une présomption de responsabilité des entreprises pour les faits de leurs filiales et sous-traitants, avec un renversement de la charge de la preuve : Proposition de loi n° 1519 de D. AUROI déposée le 6 novembre 2013 ; Proposition de loi n° 1524 de B. LE ROUX déposée le 6 novembre 2013 ; Proposition de loi n° 1777 de J.-N. CARPENTIER déposée le 11 février 2014 ; Proposition de loi n° 1897 de A. CHASSAIGNE déposée le 29 avril 2014. Elles ont toutefois été rejetées par la commission des lois au profit d'une proposition de loi sur le même thème, qui était amputée de ce contenu : Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre n° 2578, déposée le 11 février 2015 et adoptée en Lecture définitive par l'Assemblée nationale le 21 février 2017.

¹⁹⁸¹ Le début de l'article L. 162-1 du Code de l'environnement, issu de la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale, mentionne expressément le cas d'absence de faute : « Sont prévenus ou réparés selon les modalités définies par le présent titre : 1° Les dommages causés à l'environnement par les activités professionnelles dont la liste est fixée par le décret prévu à l'article L. 165-2, y compris en l'absence de faute ou de négligence de l'exploitant ; (...) ». Quant à l'article 1246 du Code civil, issu de la loi n°2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, il abandonne toute référence à la faute : « Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer ». Ces exemples sont cités par : C. HANNOUN, *art. préc.*, p. 806.

¹⁹⁸² N. CUZACQ, *art. préc.*, p. 459.

¹⁹⁸³ T. SACHS, *art. préc.*, p. 380. Il pourrait s'agir « de violation des procédures internes de contrôle instaurées par la société elle-même dans le cadre du plan » : I. DESBARATS, *art. préc.*, p. 525.

appréhenderont le lien de causalité¹⁹⁸⁴ et de l'admission par ceux-ci d'une solidarité financière, qui n'a pas été expressément retenue dans la loi, contrairement au cas du travail dissimulé étudié précédemment. Enfin, l'appréciation des préjudices réparables pourra aussi poser question quand l'atteinte aura eu lieu à l'étranger¹⁹⁸⁵.

334. Les difficultés liées au caractère potentiellement transnational de l'obligation. Il est possible de se demander si la loi française de 2017 trouvera à s'appliquer dans le cadre d'une situation comprenant quasi nécessairement des éléments d'extranéité. Autrement dit, la conscience de l'employeur sera-t-elle ici restreinte par les frontières ? En vertu de l'article 4§1 du règlement Rome II, la loi applicable par principe à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient¹⁹⁸⁶. Or, dans le cadre du devoir de vigilance, le préjudice aura probablement lieu à l'étranger et la loi française pourrait s'en trouver écartée. Cependant, la loi du territoire où la société mère a son siège social pourrait quand même s'appliquer. D'une part, la clause de l'article 4§3 du règlement Rome II prévoit qu'il est possible d'appliquer la loi du pays avec lequel le fait dommageable présente « *des liens manifestement plus étroits* »¹⁹⁸⁷. D'autre part, l'article 26 du même règlement permet au juge d'écarter la loi étrangère si son « *application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for* ». Or, l'exposé des motifs de la proposition de loi définissait le texte comme « *une loi impérative* »¹⁹⁸⁸. Les cas contentieux où la loi du 27 mars 2017 s'appliquera seront certainement scrutés par d'autres pays et par les instances européennes¹⁹⁸⁹. Ces dernières se contentent pour l'instant, à l'instar du G7¹⁹⁹⁰,

¹⁹⁸⁴ En outre, il serait préférable pour la victime que la théorie de l'équivalence des conditions soit préférée à celle de la causalité adéquate car elle n'aurait alors à démontrer que la faute de la société mère ayant concouru à la réalisation du dommage : N. CUZACQ, *art. préc.*, p. 461.

¹⁹⁸⁵ « *Et comment apprécier les dommages réparables : « En fonction des standards du droit français ou en tenant compte des circonstances locales ? »* » : I. DESBARATS, *art. préc.*, p. 525 ; citant : S. MILLET, *art. préc.*, 6 avr. 2017.

¹⁹⁸⁶ Règlement CE n°864/2007, 11 juillet 2007, sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles, JOUE, n° L. 199, 31 juill., p. 40.

¹⁹⁸⁷ E. PATAUT, *Le devoir de vigilance - Aspects de droit international privé*, Dr. soc. 2017, p. 833.

¹⁹⁸⁸ N. CUZACQ, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et des donneurs d'ordre*, in *La RSE saisie par le droit, Perspectives internes et internationales*, dir. R. de QUENAUDON et K. MARTIN-CHENUT, Éditions A. Pedone, 2016, p. 462.

¹⁹⁸⁹ Les éléments de droit européen qui suivent ont été développés à partir de l'article de Madame Kathia Martin-Chenut, qui se demande si la France, avec cette loi, ne pourrait pas être, au niveau européen, « *fer de lance d'un processus d'harmonisation du droit en matière de devoir de vigilance* » ? : K. MARTIN-CHENUT, *Devoir de vigilance : internormativité et durcissement de la RSE*, Dr. soc. 2017, p. 798.

¹⁹⁹⁰ Dans la partie intitulée « *Des chaînes d'approvisionnement responsables* » de la déclaration du G7 des 7 et 8 juin 2015, il est indiqué « *Nous soutenons fermement les Principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme et nous nous félicitons des efforts déployés pour définir des plans d'action*

d'inviter les entreprises, à respecter les principes onusiens¹⁹⁹¹ et les États membres à établir des plans nationaux de mise en application de ces principes¹⁹⁹². Cependant, malgré les souhaits exprimés par le Parlement européen en ce sens dans un rapport de 2015¹⁹⁹³, une initiative législative au niveau de l'Union européenne est actuellement exclue. En effet, lors d'un colloque organisé en avril 2017 par la Plateforme RSE, le Conseiller spécial pour la RSE de la Commission européenne a expliqué qu'il s'agit d'abord de voir comment s'appliquent la directive extra-financière¹⁹⁹⁴ ainsi que les obligations de vigilance française et britannique au sein des États concernés¹⁹⁹⁵.¹⁹⁹⁶. Ces différentes initiatives, que certains pourraient encore

nationaux substantiels. Dans le prolongement des Principes directeurs des Nations unies, nous demandons instamment au secteur privé de mettre en œuvre le principe de diligence raisonnable en matière de respect des droits de l'Homme. ».

¹⁹⁹¹ Le 2 mars 2016, sur le fondement de ces principes, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté la Recommandation CM/Rec(2016)3 intitulée « *Droits de l'homme et entreprises* ». Ces principes onusiens comprennent les 31 principes directeurs des Nations unies et les 10 principes issus du Pacte mondial de 2000, relatifs aux droits de l'Homme, aux normes du travail, à l'environnement et à la lutte contre la corruption. En juin 2016, la Conférence Internationale du Travail a également adopté une résolution concernant le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales, dans laquelle elle souligne que l'OIT devrait travailler en partenariat avec les autres institutions des Nations Unies, l'OCDE, le G7 et le G20 ainsi que les institutions commerciales et financières internationales.

¹⁹⁹² En France, la Plateforme nationale d'actions globales pour la responsabilité sociétale des entreprises a adopté deux propositions de plans nationaux et le ministère des Affaires étrangères a retenu celui sur les « *Entreprises et droits de l'homme* » publié le 26 avril 2017.

¹⁹⁹³ Le §106 du rapport énonce : « *(le Parlement européen) invite la Commission et le SEAE à prendre des initiatives résolues en vue d'améliorer l'accès à la justice des victimes de violations des droits de l'homme liées aux activités d'entreprises en dehors de l'Union ; insiste également sur la nécessité de mettre en place des recours efficaces permettant de sanctionner les sociétés qui se rendent coupables de violations des droits de l'homme, ainsi que de donner aux victimes de ces violations les moyens d'obtenir réparation* » : Rapport du 20 février 2015 concernant le rapport annuel 2013 sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde et la politique de l'Union européenne en la matière, (P8_TA(2015)0076) ; cité par : N. CUZACQ, *art. préc.*, p. 467.

¹⁹⁹⁴ Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes.

¹⁹⁹⁵ K. MARTIN-CHENUT, *art. préc.*, p. 798. Apparue dans les années 1990, la jurisprudence anglaise a reconnu l'existence d'un devoir de vigilance incombant aux sociétés mères pour les impacts négatifs des activités de leurs filiales, par le biais du concept de « *duty of care* ». La *common law* identifie un tel devoir de vigilance à partir des trois critères que sont la prévisibilité, la proximité ainsi que le caractère juste et raisonnable de l'imposition d'un tel devoir. Dans l'affaire *Chandler c/ Cape* ([2012] EWCA Civ 525), la cour d'appel de l'Angleterre et du Pays de Galles a conclu à l'existence d'un devoir de vigilance en appliquant ces trois critères, qui avaient été énoncés dans *Caparo Industries plc c/ Dickman* ([1990] 2 A.C. 605 (*House of Lords*)). L'identification de ces trois critères est d'ailleurs favorisée par l'existence de normes de RSE au sein du groupe de sociétés. Cette affaire ne comportait pas d'élément d'extranéité mais la responsabilité de la société mère a été reconnue pour les dommages causés à la santé d'un salarié dans le cadre de son emploi au sein de la filiale. Ces principes de la *common law* peuvent être appliqués à des situations transnationales, comme l'ont révélé les juridictions néerlandaises qui ont appliqué le droit nigérien dans des litiges opposant la société mère du groupe Shell et l'une de ses sous-filiales à une ONG et des fermiers nigériens, concernant les dommages causés par des fuites de pétrole provenant de leurs équipements (not. *Akpan et Milieudéfensie c/ Royal Dutch Shell Plc. et Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd., District Court of the Hague, C/09/337050/HA ZA 09-1580*, 30 janvier 2013). En droit canadien, les critères de reconnaissance d'un devoir de vigilance comprennent, en plus de la prévisibilité et de la proximité, l'absence de considérations de politique générale qui iraient à l'encontre de

qualifier de timides, reflètent la volonté d'une partie de la société mondiale de concilier davantage « *la rentabilité avec des objectifs extra-financiers* »¹⁹⁹⁷.

335. Conclusion de section. La conscience psychologique de l'employeur est également mise à l'épreuve à travers les obligations de vigilance, qui le forcent à vérifier activement que l'ensemble des mesures sont prises pour éviter le travail dissimulé ou le travail indécent, entre autres. Mais sa conscience morale est, elle aussi, sollicitée, lorsqu'il s'agit de décider jusqu'où il est prêt à s'engager pour lutter contre des illégalités ou des inégalités qui n'ont pas lieu directement dans la structure qu'il dirige. Il reste à savoir si le devoir de vigilance internationale créé en 2017 pourra être aussi efficacement sanctionné que son prédécesseur.

336. Conclusion de chapitre. Diriger une entreprise en tant qu'employeur ne consiste pas seulement à mener une aventure commerciale mais aussi à veiller à la santé, à la sécurité et à la situation juridique des individus qui la rendent possible. Si les connaissances attendues de l'employeur semblent parfois bien lourdes pour une conscience humaine, il ne faut pas oublier qu'au plus l'entreprise est étendue, au plus elle peut compter sur la vigilance de ses délégataires et de ses services spécialisés. Ainsi, une telle conscience se construit à plusieurs, si bien qu'elle doit souder le collectif des dirigeants et en être l'une des caractéristiques principales. Mais ce collectif doit admettre que, dans certaines circonstances, la conscience d'un danger peut naître à l'extérieur de lui et être prêt à traiter ce signalement.

la reconnaissance d'un tel devoir (Cour supérieure de l'Ontario, 2013 ONSC 1414) : R.-C. DROUIN, *Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales : quel rôle pour le devoir de vigilance ?*, Dr. soc. 2016, p. 246.

¹⁹⁹⁶

¹⁹⁹⁷ N. CUZACQ, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et des donneurs d'ordre*, in *La RSE saisie par le droit, Perspectives internes et internationales*, dir. R. de QUENAUDON et K. MARTIN-CHENUT, Éditions A. Pedone, 2016, p. 464.

Chapitre 2 : Le droit à la prise de conscience des travailleurs

337. Prendre et faire prendre conscience. Contrairement à l'employeur qui doit avoir conscience de l'état de son entreprise, les travailleurs¹⁹⁹⁸ et leurs représentants peuvent, quant à eux, être amenés à prendre conscience de certains risques à venir et de certaines situations néfastes déjà en place. Ces risques prennent par exemple la forme de suppressions d'emplois massives, de gel des rémunérations, de harcèlement moral ou encore de malversations financières. Le ou les travailleurs ainsi informés vont alors chercher à partager cette information avec un plus grand nombre d'individus, conscients qu'il s'agit de la condition *sine qua non* pour qu'un changement puisse s'opérer. Outre la conscience psychologique qui est la première mobilisée, « *puisque la vigilance constitue le fond, le milieu dans lequel prend forme le signal d'alarme* »¹⁹⁹⁹, les cas de figure étudiés ci-dessous reflètent surtout la conscience morale des travailleurs. Ces derniers acquièrent en effet l'intime conviction qu'il faut agir contre une situation dommageable, éventuellement pour eux mais surtout pour autrui. Il convient d'étudier le régime juridique de cette prise de conscience, qu'elle ait lieu initialement auprès des travailleurs sans mandat de représentation²⁰⁰⁰ (**Section 1**) ou des représentants de ces derniers (**Section 2**).

¹⁹⁹⁸ Le terme « *travailleurs* » est, à nouveau, utilisé à dessein car il est plus général que celui de « *salariés* » et permet d'englober également les agents de la fonction publique : *cf. supra* n° 31.

¹⁹⁹⁹ « *Le passage de la vigilance à l'alerte suppose qu'un phénomène soit détachable, que des indices soient rendus lisibles, soient transformés en signes pertinents. C'est pour cette raison que l'on a présenté l'alerte, au plan pragmatique, comme une saisie, une capture, une prise d'information* » : F. CHATEAURAYNAUD et D. TORNY, *Les sombres précurseurs, Une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2013, p. 79.

²⁰⁰⁰ Cela inclut aussi les cas où un travailleur, par ailleurs détenteur d'un mandat de représentant du personnel, signifierait une situation sans user de sa casquette de représentant, car ladite situation ne relèverait pas de cette catégorie spécifique de droit d'alerte.

Section 1 : Le droit à la prise de conscience des travailleurs sans mandat

338. Un cas de conscience d'origine individuelle. La prise de conscience par un travailleur d'un fait important relatif à son entreprise, au sens large, passe par son droit d'alerter autrui. Dans sa recommandation du 30 avril 2014, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a défini le lanceur d'alerte comme « *toute personne qui fait des signalements ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général* », en précisant bien que cela se passe « *dans le contexte de sa relation de travail, qu'elle soit dans le secteur public ou dans le secteur privé* »²⁰⁰¹. Il y admettait également que « *l'alerte est un aspect fondamental de la liberté d'expression et de la liberté de conscience* »²⁰⁰². Il pourrait dès lors être avancé que le droit d'alerte du travailleur relève davantage de la conscience individuelle, à l'instar de l'objection de conscience. Certes, lorsque le droit d'alerte est évoqué, apparaît d'abord l'image d'individus, qui ont pu se retrouver isolés en raison de l'alerte lancée : Edward Snowden²⁰⁰³, Philippe Pichon²⁰⁰⁴, Anders Kompass²⁰⁰⁵ ou encore Irène Frachon²⁰⁰⁶. Toutefois, contrairement à l'objection de conscience, le droit d'alerte ne relève pas seulement d'une démarche personnelle²⁰⁰⁷ et

²⁰⁰¹ Recommandation CM/Rec(2014)7, p. 7.

²⁰⁰² Recommandation *préc.*, p. 13.

²⁰⁰³ En 2013, Edward Snowden a rendu publiques, par le biais de la presse, des informations classées top-secrètes par la NSA, où il travaillait. Ces informations concernaient la captation des métadonnées des appels téléphoniques aux États-Unis ainsi que les systèmes d'écoute des programmes de surveillance des gouvernements américains et britanniques. Poursuivi par le gouvernement américain sous les chefs d'accusation d'espionnage, de vol et d'utilisation illégale de biens gouvernementaux, il s'est exilé à Hong Kong puis à Moscou : *C'était effrayant mais libérateur" : 5 ans après, Edward Snowden ne regrette rien*, L'Obs, 5 juin 2018.

²⁰⁰⁴ En 2009, après avoir signalé sans succès le fonctionnement illégal du « *système de traitement des infractions constatées* » (STIC) à sa hiérarchie, le commissaire de police Philippe Pichon a transmis les fiches de certaines personnalités à un journaliste. En raison de ce manquement au secret professionnel, il a été sanctionné par une mise à la retraite d'office et s'est vu refuser le statut de lanceur d'alerte : CE, 31 mars 2017, n° 392316. Au pénal, il n'a été condamné que symboliquement au paiement d'une amende avec sursis, sans interdiction d'exercer, la justice ayant pris en compte sa carrière exemplaire : M.-C de MONTECLERC, *Philippe Pichon, lanceur d'alerte ou indiscret ? Conseil d'Etat 31 mars 2017*, AJDA 2017, p. 709.

²⁰⁰⁵ En 2014, Anders Kompass, haut responsable de l'ONU, a transmis aux autorités françaises un rapport portant sur des viols commis par des soldats français en Centrafrique. Pendant la procédure d'enquête interne, il avait été placé en congé administratif avec plein salaire. Aucune charge n'a finalement été retenue contre lui mais il a démissionné pour protester contre « *la totale impunité* » dont bénéficient les auteurs de ces actes : A.-F. HIVERT, *Qui est Anders Kompass, le diplomate suédois qui a démissionné après ses révélations sur les viols en Centrafrique ?*, Libération, 8 juin 2016.

²⁰⁰⁶ Irène Frachon est un médecin pneumologue qui a révélé que le « *Médiateur* », médicament commercialisé par les laboratoires Servier, était à l'origine d'une maladie des valves cardiaques qui aurait entraîné la mort de plusieurs milliers de personnes. Le médicament a été retiré du marché par l'AFSSAPS en 2009 et la CNAM a dévoilé le chiffre de 500 morts en 2010 : B. LAHAYE, *Irène Frachon, la pneumologue qui a révélé le scandale du Mediator*, Le Figaro, 10 octobre 2017.

²⁰⁰⁷ cf. *supra* n° 132.

individuelle²⁰⁰⁸. Dans son étude de 2016, le Conseil d'État a d'ailleurs affirmé que « *le lanceur d'alerte n'est ni un dissident, qui s'opposerait radicalement à une collectivité, ni un partisan de la désobéissance civile, qui revendiquerait une « contre-légitimité »* »²⁰⁰⁹.

²⁰⁰⁸ Le caractère individuel de la démarche de l'alerte ne peut toutefois pas être nié, comme le révèle l'origine de l'expression « *lanceur d'alerte* ». Dans le rapport annuel de 2011 de l'ancien service central de prévention de la corruption (remplacé par l'Agence française anticorruption par l'article 5 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016) il est écrit qu'« *à l'origine, le terme de « lanceur d'alerte » désigne un simple citoyen ou un scientifique travaillant dans le domaine public ou privé et qui, confronté à un fait pouvant constituer un danger pour l'homme ou son environnement, décide de porter ce fait à la connaissance de la société civile et des pouvoirs publics* ». Ce rapport est consultable en ligne : <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/autres-rapports-dactivite-10287/rapport-du-service-central-de-prevention-de-la-corruption-2011-24367.html>. En effet, « *les scientifiques ont un double statut dans la société. D'une part, ils jouent un rôle central dans la recherche elle-même ; d'autre part, ils sont les experts capables de mesurer les dangers de ces mêmes recherches. (...) En conséquence, leur revendication n'est pas simplement de se prémunir contre les conséquences d'un refus de participer à une recherche ou une pratique mais de pouvoir s'émanciper de leur obligation à la confidentialité des informations professionnelles pour dénoncer les pratiques ou recherches qui leur semblent contraires au principe de précaution auprès d'une institution indépendante* » : D. HIEZ, *La clause de conscience ou la conscience source du droit ?*, préc., p. 209, spéc. p. 217-218. « *D'un point de vue lexicologique, l'expression « lanceur d'alerte » n'existe pas en langue française avant le mois de janvier 1996. Et pour cause : elle a été créée début 1996 au cours de travaux sociologiques menés dans le cadre d'un programme du Centre national de la recherche scientifique (CNRS), dirigé par Claude Gilbert, intitulé « Risques collectifs et situations de crise* ». » : F. CHATEAURAYNAUD, *Lanceur d'alerte*, in *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, dir. I. CASILLO, R. BARBIER, L. BLONDIAUX, F. CHATEAURAYNAUD, J.-M. FOURNIAU, R. LEFEBVRE, C. NEVEU C. et D. SALLES, GIS Démocratie et Participation, 2013, consultable sur : <http://www.dicopart.fr/it/dico/lanceur-dalerte>.

²⁰⁰⁹ Conseil d'État, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, Les Études du Conseil d'État, La Documentation française, 2016, p. 11. Certains auteurs ont néanmoins pu trouver des traits communs entre l'alerte et la désobéissance civile. Selon le Professeur Serge Slama, « *l'alerte éthique a en commun avec la désobéissance civile d'être un acte conscient et intentionnel de transgression d'une norme ou d'une autorité au nom de la conscience accrue d'un individu d'un danger et du souci de se conformer à un principe supérieur (...) L'acte de désobéissance civile a nécessairement une dimension publique et collective (...) À l'inverse, l'alerte éthique vise d'abord et avant tout à la prise de conscience du danger par les autorités chargées d'y remédier. Elle obéit à un principe de proportionnalité entre le danger encouru et les moyens employés pour le signaler* » : S. SLAMA, *Le lanceur d'alerte, une nouvelle figure du droit public ?*, AJDA 2014, p. 2229. Selon le Professeur Danièle Lochak, « *alerter, c'est briser la consigne du silence, rompre la solidarité de corps, faire acte d'insubordination et donc, dans une acception large du terme, désobéir (...) l'alerte et la désobéissance civile se caractérisent par leur dimension éthique. Dans les deux cas, il y a tension entre ce que sa conscience dicte à l'individu et l'obligation de respecter les lois de la cité ou les ordres reçus ; dans les deux cas, cette tension se résout par la décision de faire prévaloir la conception qu'il se fait de la justice, de l'État de droit ou de la démocratie* » : D. LOCHAK, *L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance*, AJDA 2014, p. 2236. Selon Monsieur Jean-Philippe Foegle, « *le lanceur d'alerte « hard » se rapprocherait ainsi d'une forme active de « l'objection de conscience », (...) à savoir un individu violant une loi, en raison d'une croyance morale (...), en raison du caractère injuste de cette même loi. Néanmoins, le « lanceur d'alerte » s'en distinguerait dans la mesure où la finalité de son acte de désobéissance ne viserait pas en premier lieu le caractère injuste de la loi violée, mais une injustice plus large, dépassant le seul champ de la loi à laquelle il refuse d'obéir* » : J.-P. FOEGLE, *Lanceur d'alerte ou « leaker » ? Réflexions critiques sur les enjeux d'une distinction*, La Revue des droits de l'Homme, 10/16. Selon Madame Jacqueline Bouton, le lanceur d'alerte peut être vu comme un « *dénonciateur légal* », qui dénonce des illégalités ou des comportements contraires à la déontologie professionnelle dans le cadre légal, ou comme un « *désobéissant civil* », qui envisage l'alerte comme un acte citoyen fondé sur sa conscience personnelle et dirigé vers la société civile : J. BOUTON, *Lanceurs d'alerte et responsabilité*, in *La RSE saisie par le droit, Perspectives internes et internationales*, dir. R. de QUENAUDON et K. MARTIN-CHENUT, Éditions A. Pedone, 2016, p. 514 ; Selon Madame Camille Colas, dans le domaine de l'environnement, l'objectif final commun du lanceur d'alerte et du désobéissant civil est la protection de celui-ci. Mais, avant de l'atteindre, le premier « *objectif de l'alerte éthique est la prise de conscience du danger par les autorités chargées d'y remédier tandis que la désobéissance civile vise à obtenir une modification de la norme*

339. Un cas de conscience d'origine professionnelle. Le droit d'alerte s'inscrit pleinement dans le cadre professionnel car son recours découle de l'intérêt que le travailleur a pour son travail et de son désir de travailler dans une entreprise *largo sensu* intègre. Mais l'alerte ne doit pas pour autant être confondue avec la « *simple* » expression des opinions quant au travail réalisé²⁰¹⁰. Ainsi, critiquer les conditions de travail auprès d'un journaliste²⁰¹¹, la nouvelle organisation de l'entreprise auprès de la direction²⁰¹² ou l'irrégularité de certaines pratiques auprès du président²⁰¹³ n'est pas assimilable à un lancer d'alerte, même si le salarié est protégé au titre de la liberté d'expression à l'intérieur et hors de l'entreprise, sous réserve de l'abus²⁰¹⁴. L'alerte va au-delà de l'exercice de la conscience professionnelle car le lanceur n'indique pas seulement un dysfonctionnement dans la réalisation du travail mais signale un véritable conflit de valeurs²⁰¹⁵. Le lanceur d'alerte n'a pas, en général, pour fonction principale de veiller à la conformité légale et éthique des procédures au sein de l'entreprise mais il devient un « *compliance officer* » par accident, à l'occasion de sa prestation de travail. À l'instar d'une entreprise de tendance à l'égard de ses salariés, le lanceur d'alerte entend faire coïncider le comportement de l'entreprise avec les valeurs qu'elle a déclaré vouloir respecter, voire, dans certains cas, avec l'intérêt général²⁰¹⁶.

en vigueur » : C. COLAS, *Du caractère inachevé du régime de l'alerte éthique en droit de l'environnement*, in *Les lanceurs d'alerte, Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, dir. M. DISANT et D. POLLET-PANOUSSIS, LGDJ, 2017, p. 212.

²⁰¹⁰ cf. *supra* n° 236.

²⁰¹¹ L'article relatant l'interview de l'ouvrier a été publié dans l'Humanité : Cass. soc., 28 avril 1988, n° 87-41.804, *Clavaud*, Bull. civ. V, n° 257 ; Dr. soc. 1988, p. 428, concl. H. ECOUTIN, obs. G. COUTURIER.

²⁰¹² Cass. soc., 14 décembre 1999, n° 97-41.995, Bull. civ. V, n° 488 ; J. DUPLAT, *Droit d'expression et liberté d'expression des salariés dans l'entreprise*, Dr. soc. 2000, p. 163 ; J.-E. RAY, *Droit de critique et obligation de réserve d'un cadre dirigeant*, Dr. soc. 2000, p. 165.

²⁰¹³ Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-19.659, inédit ; H. TISSANDIER, *Dénonciation et abus de la liberté d'expression du salarié : la Cour de cassation reste vigilante*, JSL 2015, n° 381.

²⁰¹⁴ Cass. soc., 3 décembre 2014, n° 13-20.501, inédit ; H. TISSANDIER, *article précité*.

²⁰¹⁵ En ce sens : « lorsque l'agent estime que le fonctionnement de son service est défaillant ou que les orientations prises par ses supérieurs comportent des risques avérés ou mêmes potentiels, il les en informe et leur expose ses arguments : il n'y a pas, dans ce cas, d'alerte « éthique », mais seulement l'exercice normal du professionnalisme attendu de tout agent public. En revanche, il y aura alerte « éthique » lorsque l'agent, éprouvant un conflit de devoirs, doit faire face à l'antagonisme des ordres que lui adresse sa hiérarchie, auxquels il doit en principe se soumettre, avec ce que lui dicte sa conscience » : J.-M. SAUVÉ, *La prévention des conflits d'intérêts et l'alerte éthique*, AJDA 2014, p. 2249. Toutefois, malgré cette distinction, le conflit de valeurs peut, à la longue, affecter la conscience professionnelle et être à l'origine de son épuisement ou « *burn-out* » : cf. *supra* n° 268.

²⁰¹⁶ Sur les questions que cette appréciation soulève : cf. *infra* n° 347 et note n° 2061.

340. Un cas de conscience à vocation collective. En outre, le caractère collectif du droit d'alerte provient non seulement de son principe même, à savoir « *faire de tous les collaborateurs des acteurs de la conformité* »²⁰¹⁷, mais aussi de l'objectif du lanceur d'alerte qui entend éveiller la conscience de la collectivité à laquelle il appartient²⁰¹⁸. Ainsi, pour certains, en usant publiquement de sa raison, « *le lanceur d'alerte s'apparente à une conscience publique, ou à la « mauvaise conscience » de nos sociétés* »²⁰¹⁹. Ce droit d'alerte est d'ailleurs à distinguer, d'une part, du devoir d'alerte qui oblige certains professionnels – les fonctionnaires²⁰²⁰, les médecins²⁰²¹ ou encore les commissaires aux comptes²⁰²² – à signaler certaines infractions²⁰²³ et, d'autre part, du devoir d'alerte qui accompagne le droit de retrait des fonctionnaires²⁰²⁴ et des salariés²⁰²⁵. Dans ce cas précis, le salarié est davantage

²⁰¹⁷ F. VERDUN, *Le management stratégique des risques juridiques*, LexisNexis, 2013, p. 164.

²⁰¹⁸ L'alerte « *est l'émanation d'une exigence de conscience et d'une démarche volontariste de l'homme qui cherche à préserver les intérêts de la collectivité humaine, qu'il s'agisse de la protection de la vie, de l'environnement ou d'autres droits fondamentaux. Dans toutes les hypothèses prévues par notre droit positif, l'alerte correspond à l'action de briser le silence face à un dysfonctionnement pour l'intérêt général. (...) L'alerte est donc exclusivement dictée par la conscience et le souci de se conformer à un principe supérieur qui n'est autre que la préservation de la collectivité humaine* » : M. LARCHÉ, *Brèves réflexions sur la qualification de l'alerte éthique comme droit de l'homme*, La Revue des droits de l'Homme, 10/16. « *L'alerte vise les « décideurs » (pour les contraindre à sortir de l'ombre et du secret), les pouvoirs publics (pour les amener à utiliser leurs facultés de contrôle et de sanction) et les membres de la société civile, dont on peut penser qu'ils prendront conscience des dangers pour peser sur les décisions politiques et juridiques à venir* » : M. MORAND et P.-Y. VERKINDT, *La diffusion à l'initiative des tiers, la protection des lanceurs d'alerte*, in *L'éthique de l'entreprise, Questions d'actualité*, dir. F. BUY et J. THÉRON, Actes du colloque du 21 novembre 2014 organisé par le Centre Michel de l'Hospital à l'École de droit de Clermont Ferrand, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 17.

²⁰¹⁹ J.-F. KERLÉO, *Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ? Classification et conceptualisation d'une catégorie juridique insaisissable*, in *Les lanceurs d'alerte, Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, dir. M. DISANT et D. POLLET-PANOUSIS, LGDJ, 2017, p. 10 ; citant lui-même : F. HARTMANN, *Les lanceurs d'alerte. Les mauvaises consciences de nos démocraties*, Le Seuil, 2014.

²⁰²⁰ Ils sont tenus par une obligation d'alerte auprès du procureur de la République prévue à l'article 40 du Code de procédure pénale, qui vise tous les crimes et les délits. Elle est donc plus large que celle qui incombe à chaque citoyen de signaler certains crimes aux autorités judiciaires ou administratives en vertu de l'article 434-1 du Code pénal (qui prévoit une exception pour les personnes soumises au secret professionnel de l'article 226-13 du même code). Pour les fonctionnaires, un décret impérial du 17 mars 1808 prévoyait déjà que les membres de l'université devaient signaler au « *grand-maître* » « *tout ce qui viendrait à leur connaissance de contraire à la doctrine et aux principes du corps enseignant* » : C. VIGOUROUX, *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, 2012, p. 487, n° 45.151.

²⁰²¹ Une alerte est prévue auprès des autorités judiciaires ou administratives pour les sévices et privations sur des mineurs ou des personnes qui ne sont pas en mesure de se protéger : CSP art. R. 4127-44 et Code de déontologie médicale art. 44.

²⁰²² Sur la révélation auprès du Procureur de la République des faits délictueux dont les commissaires aux comptes ont connaissance, après signalement auprès de l'assemblée générale ou de l'organe compétent de la société cliente : C. com. L. 823-12.

²⁰²³ Ces devoirs ne sont assortis d'aucune sanction pénale, comme l'a relevé la Cour de cassation pour l'article 40 du Code de procédure pénale : Cass. crim., 13 octobre 1992, n° 91-82.456, Bull. crim., n° 320. Toutefois, des sanctions disciplinaires peuvent être redoutées par les fonctionnaires et les médecins.

²⁰²⁴ L'article 5-6 du décret n° 82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique y a été inséré par un décret n° 95-680 du 9 mai 1995 et sa rédaction actuelle, similaire à celle du Code du travail, est issue du décret n° 2011-774 du 28 juin 2011.

autocentré puisqu'il redoute « *un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé* », même si l'alerte peut *in fine* être bénéfique à d'autres salariés.

341. Une figure controversée. Le rôle des lanceurs d'alerte prête à débat. Certains les défendent ardemment et estiment qu'ils ont toute leur place dans une société où la responsabilité sociale et environnementale prend de plus en plus d'importance²⁰²⁶. À l'inverse, d'autres se demandent si dans une société démocratique qui fonctionnerait bien, où les individus travailleraient au mieux de leurs possibilités, avec conscience professionnelle et éthique, les lanceurs d'alerte seraient nécessaires²⁰²⁷. Force est alors de constater, sans cynisme, qu'une telle société relève de l'idéal inatteignable. Par ailleurs, il peut être ajouté que si tous les travailleurs ne sont sans doute pas capables à chaque instant de faire preuve de conscience professionnelle, le lanceur d'alerte peut, lui, en être une incarnation²⁰²⁸. Dès lors, la figure du lanceur d'alerte s'avère nécessaire. Pour que le mécanisme d'alerte ne soit pas

²⁰²⁵ C. trav. art. L. 4131-1 al. 1^{er} : « *Le travailleur alerte immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute défektivité qu'il constate dans les systèmes de protection* ». . trav. art. L. 4131-1 al. 2 : « *Il peut se retirer d'une telle situation* ». Ce devoir d'alerte a été introduit à l'article L. 238-1 du Code du travail par la loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative au CHSCT, qui utilisait alors le verbe « *signaler* ». Il a été remplacé par le verbe « *alerter* » à l'occasion de la recodification par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007. L'alerte semble devoir être exercée préalablement ou, au minimum, simultanément au droit de retrait. Ainsi, le licenciement pour faute grave d'un conducteur de la RATP, qui s'était retiré de son poste de travail sans signaler une situation d'insécurité à son employeur, est justifié : Cass. soc., 21 janvier 2009, n° 07-41.935, inédit ; D. EVERAERT-DUMONT, *Droit de retrait et « devoir » d'alerte*, JCP S 2009, 1184. En effet, si « *a priori, le droit d'alerte et de retrait est une faculté pour le salarié et non une obligation* », « *on ne peut cependant exclure que le silence du salarié sur un risque, surtout si ce salarié est en poste de responsabilité ou en charge du respect des règles de sécurité, puisse constituer un motif réel et sérieux de licenciement, voire une faute grave* » : M. MORAND et P.-Y. VERKINDT, *art. préc.*, p. 17, spéc. p. 26. Le signalement ne doit pas nécessairement être effectué par écrit : Cass. soc., 21 janvier 2009, *préc.* ; CE, 12 juin 1987, n° 75276, n° 72388 et n° 74605 ; J. SAVATIER, *Le contrôle administratif du règlement intérieur, Addendum*, Dr. soc. 1987, p. 651 ; CE, 29 juin 1990, n° 87015. Quant au droit de retrait, il est parfois qualifié de « *droit à la désobéissance* » : M. GREVY, *Les procédures d'urgence*, Droit soc. 2011, p. 764.

²⁰²⁶ Propos tenus par Maître Emmanuel Daoud lors du colloque précité sur « *Les lanceurs d'alerte, L'anniversaire de la loi Sapin II* », organisé par le Centre de recherche Léon Duguit, sous la direction scientifique du Professeur Yannick Pagnerre, et qui s'est tenu le 8 décembre 2017 au Palais de justice de Versailles.

²⁰²⁷ Propos tenus par Philippe Bilger, magistrat honoraire, lors du colloque précité sur « *Les lanceurs d'alerte, L'anniversaire de la loi Sapin II* ».

²⁰²⁸ Au Moyen-Âge, « *certaines coutumes prévoient des agents ayant pour fonction de dénoncer les agissements condamnables et posent une obligation pour les membres de certaines corporations de dénoncer leurs collègues qui contreviennent à l'éthique ou aux règles de fonctionnement du métier* » : M. FERRET-LESNE, *Du dénonciateur de l'ancien droit procédural au lanceur d'alerte*, in *Lanceurs d'alerte : innovation juridique ou symptôme social*, dir. M.-C. SORDINO, Presses de la Faculté de Droit et de Sciences politiques de Montpellier, 2016, p.13. Si les agents évoqués en premier lieu s'apparentent davantage aux ancêtres des inspecteurs du travail, l'obligation de dénonciation qui existait entre collègues pourrait être une manifestation ancienne de la volonté de préserver les règles de l'art propres à un métier : cf. *supra* n° 228.

dévoiyé, il est indispensable de l'encadrer à l'aide des garde-fous que sont la définition de l'alerte (§ 1) et celle de son lanceur (§ 2).

§ 1 : La définition de l'alerte

342. Un mécanisme d'usage exceptionnel. Pour comprendre l'alerte, il a d'abord fallu se référer aux délibérations de la CNIL, aux décisions des juridictions et aux interventions ponctuelles du législateur dans des domaines spécifiques, avant de parvenir au cadre général mis en place par la loi du 9 janvier 2016, dite loi « Sapin II »²⁰²⁹. L'ensemble de ces sources et leur évolution démontrent que le champ d'application de l'alerte (I) et sa procédure (II) doivent être clairement définis, pour que l'alerte, bien qu'indispensable, demeure un mécanisme complémentaire aux canaux principaux de traitement des problèmes dans l'entreprise²⁰³⁰.

I : Le champ d'application de l'alerte

343. Les réticences initiales de la CNIL. Le mécanisme de l'alerte n'appartenait pas, initialement, à la culture française²⁰³¹. C'est sous l'influence de la loi « Sarbanes-Oxley », adoptée aux Etats-Unis le 31 juillet 2002, et en raison de son application extraterritoriale²⁰³²,

²⁰²⁹ 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.

²⁰³⁰ Cela transparaît d'un document d'orientation de la CNIL en date du 10 octobre 2005 et placé en annexe de sa délibération n° 2005-305 : cf. *infra* n° 344 et note n° 2041. Il y est rappelé que « le fonctionnement normal d'une organisation implique que les alertes relatives à un dysfonctionnement, dans quelque domaine que ce soit, remontent jusqu'aux dirigeants par la voie hiérarchique ou par des modes ouverts d'alerte tels que l'intervention des représentants du personnel ou, en matière de contrôle des comptes, les rapports des commissaires aux comptes ». Dès lors, un dispositif d'alerte « ne saurait être conçu, par les entreprises, comme un mode normal de signalement des dysfonctionnements de l'entreprise » et doit être conçu « comme uniquement complémentaire par rapport aux autres modes d'alerte dans l'entreprise ».

²⁰³¹ « La notion d'alerte, de lanceur d'alerte ainsi que la protection de celui-ci ne sont pas toujours bien perçus en France » : J. BOUTON, *Le salarié, lanceur d'alerte, et sa protection*, in *Le travail humain au carrefour du droit et de la sociologie*, Hommage au Professeur Nikitas Aliprantis, Presses Universitaires de Strasbourg, 2014, p. 28. Sur la crainte de la délation et la lutte contre cette dérive potentielle : cf. *infra* n° 358.

²⁰³² La loi dite « SOX », applicable aux entreprises cotées aux États-Unis ou ayant fusionné avec une société américaine, s'applique aux filiales françaises de sociétés américaines. Elle a inspiré l'agence de surveillance du système financier au Japon, qui a édité le 15 février 2007 des normes d'audit de contrôle interne sur le reporting financier, appelées d'ailleurs « Japanese SOX ». Au Royaume-Uni, le « Bribery Act », adopté par le Parlement britannique le 8 avril 2010, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2011 et relatif à la répression et la prévention de la corruption, instaure un dispositif d'alerte interne et possède aussi une dimension extraterritoriale, puisque ses dispositions sont applicables aux entreprises françaises qui ont une activité même partielle au Royaume-Uni et à celles qui sont partenaires d'entreprises soumises à cette législation : N. M. MEYER, *Les lanceurs d'alerte, vigies citoyennes*, 31 mars 2016, consultable en ligne sur www.espace-ethique.org ; C. AYELA et K.

que sont apparus les premiers dispositifs d'alerte professionnelle, appelée « *whistleblowing* »²⁰³³. Avec cette loi, le législateur américain apportait une réponse aux grands scandales financiers du début du millénaire. Pour être introduit dans une entreprise française, un tel dispositif a dû, à compter de l'entrée en vigueur de cette loi états-unienne, faire l'objet d'une procédure d'information-consultation du comité d'entreprise²⁰³⁴, voire du CHSCT²⁰³⁵, et, à présent, du comité social et économique²⁰³⁶. Cette procédure était complétée par une information individuelle des salariés²⁰³⁷, qui existe encore aujourd'hui, et par une déclaration auprès de la CNIL, qui n'a plus lieu d'être depuis l'entrée en vigueur le 25 mai 2018 du règlement général sur la protection des données de l'Union européenne (appelé le « *RGPD* »)²⁰³⁸. En mai 2005, quand les formalités auprès de la CNIL étaient obligatoires, cette dernière avait commencé par refuser de délivrer des autorisations de mise en place de dispositif d'alerte professionnelle à deux sociétés, dont l'une souhaitait d'ailleurs se conformer à la loi américaine. La CNIL redoutait que la possibilité de réaliser une alerte éthique de façon anonyme – notamment en cas de consommation d'alcool de la part d'un

BIHANNIC, *Nouveau coup de sifflet contre le whistleblowing : quel avenir en France pour les alertes éthiques ?*, RLDA 2011, n°65.

²⁰³³ Cette expression pourrait se traduire littéralement par l'action de souffler dans un sifflet mais, d'un point de vue plus littéraire, elle signifie l'action de tirer la sonnette d'alarme, voire la dénonciation.

²⁰³⁴ C. trav. anc. art. L. 2323-47, abrogé par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017.

²⁰³⁵ C. trav. anc. art. L. 4612-8-1, abrogé par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017.

²⁰³⁶ Si l'alinéa 2 de l'article L. 2312-38, créé par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 et concernant l'introduction de traitements automatisés, ne prévoit qu'une information, le dernier alinéa, concernant les moyens permettant un contrôle de l'activité des salariés, prévoit également une consultation. Or, le dispositif d'alerte permet bien « *in fine* » le contrôle de l'activité des salariés.

²⁰³⁷ C. trav. art. L. 1222-4.

²⁰³⁸ La CNIL explique que, pour que les entreprises se conforment aux nouvelles règles de protection des données personnelles, elles doivent : demander conseil à leur délégué à la protection des données si elles en ont un (il a vocation à être le successeur du correspondant informatique et liberté), vérifier si une analyse d'impact sur la protection des données doit avoir lieu, inscrire le fichier dans le Registre des activités de traitement de la société, informer les personnes des conditions dans lesquelles vous traitez leurs données et prévoir des mesures de sécurité adaptées aux risques. La CNIL propose des outils : CNIL, *Alertes professionnelles : que faire ?*, sur <https://www.cnil.fr/fr/cnil-direct/question/847>. Le *RGPD* est le Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, JOUE n° L 119, 4 mai 2016, p. 1. Le *RGPD* apporte « *de la simplification en supprimant les formalités préalables, déclaratives ou d'autorisation . Il y substitue l'autocontrôle : tout traitement susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes doit faire l'objet d'une analyse d'impact* ». Aussi, pour les dispositifs d'alerte professionnelle « *même en l'absence de traitements de données sensibles, une analyse d'impact de ces dispositifs est-elle recommandée.* » : N. LENOIR et H. BÉRIION, *Alerte professionnelle et protection des données personnelles*, JCP S 2018, p. 947.

collègue sur le lieu de travail – ne se transforme en « *dénonciation calomnieuse* »²⁰³⁹. Cette suspicion avait déjà été relevée par les juges²⁰⁴⁰.

344. Le revirement de la CNIL. Cependant, en novembre 2005, prenant elle-même conscience qu'une position de refus de principe ne pouvait pas tenir longtemps face au développement des dispositifs d'alerte, la CNIL a accepté de créer une procédure d'autorisation unique pour ceux qui interviennent dans des domaines spécifiques²⁰⁴¹. Ainsi, un dispositif se conformant à l'autorisation unique pouvait être mis en œuvre par le biais d'une simple déclaration de conformité. L'alerte ne pouvait se concevoir que pour signaler des dysfonctionnements financiers, comptables, bancaires et pour lutter contre la corruption²⁰⁴². Les dispositifs « *destinés à garantir à la fois le respect des règles légales, du règlement intérieur et des règles internes de conduite professionnelle* » devaient quant à eux faire l'objet d'une autorisation formelle préalable, accordée au cas par cas²⁰⁴³. Pour expliquer ce revirement de la CNIL, le Professeur Paul-Henri Antonmattéi et Monsieur Philippe Vivien écrivaient, dans leur Rapport sur les chartes éthiques et l'alerte professionnelle de 2007, qu'« *alerter sur des faits graves qui concernent le fonctionnement de l'entreprise n'est donc en soi ni moralement ni juridiquement condamnable* » et qu'« *on ne saurait rejeter par principe un dispositif qui organise le recueil et le traitement de certaines alertes* ». Ils

²⁰³⁹ CNIL, délib. n° 2005-110 du 26 mai 2005 relative à une demande d'autorisation de McDonald's pour la mise en œuvre d'un dispositif d'intégrité professionnelle ; CNIL, délib. n° 2005-111 du 26 mai 2005 relative à une demande de la Compagnie européenne d'accumulateurs pour la mise en œuvre d'un dispositif de ligne éthique.

²⁰⁴⁰ Dans un jugement relatif à la mise en place d'une « *Ethics Hotline* » dans une usine appartenant à la filiale française d'un groupe américain, le juge a mis en avant « *les risques de dénonciations calomnieuses* » dont pourraient être victimes les salariés, en raison de la possibilité de dénoncer de manière anonyme : TGI Libourne, 15 septembre 2005, n° 05-143, *Comité d'établissement BSN Glasspack, Syndicat CGT du personnel de BSN Glasspack c/ SAS BSN-Glasspack* ; RJS 2006, n° 4 ; cité par P.-H. ANTONMATTEI et Ph. VIVIEN, *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives*, Rapport au ministre délégué à l'Emploi, La Documentation française, 2007, p. 28. Dans une ordonnance de référé relative à l'introduction, au sein d'une filiale française, d'un dispositif de droit d'alerte par l'intermédiaire du site « *Ethics Point* » créé par le groupe américain, le juge a suspendu la mise en œuvre pour la même raison : TGI Caen, ord. réf., 5 novembre 2009. L'ordonnance a été confirmée en appel : CA Caen, 23 septembre 2011, *SAS Benoist Girard c/ CHSCT Benoist Girard et CFDT* ; note de P. RIANDEY, Dr. ouvr. 2012, n° 763, p. 157.

²⁰⁴¹ CNIL, délib. n° 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle (décision d'autorisation unique n° AU-004).

²⁰⁴² L'article 1 de la délibération n° 2005-305 précise que « *les traitements mis en œuvre dans les domaines comptable et d'audit par les entreprises concernées par la section 301 (4) de la loi américaine dite « Sarbanes-Oxley » de juillet 2002 entrent également dans le champ de la présente décision* ».

²⁰⁴³ Document d'orientation de la CNIL en date du 10 octobre 2005.

proposaient néanmoins d'élargir le périmètre retenu par la CNIL à d'autres situations méritant d'être l'objet d'alerte, comme les atteintes aux droits des personnes²⁰⁴⁴.

345. La première loi et les premiers débats judiciaires. Quelques mois plus tard, en novembre 2007, le législateur français a décidé de s'inspirer du modèle américain et de créer une protection des salariés à l'origine d'une dénonciation, mais uniquement pour des faits de corruption²⁰⁴⁵. Puis, en 2010, la CNIL a dû, à nouveau, revoir sa position pour se conformer à l'arrêt de la Cour de cassation ayant révélé une incohérence du régime d'autorisation unique²⁰⁴⁶. Elle a donc supprimé, dans le cadre de l'engagement de conformité à l'autorisation unique, la possibilité d'élargir le périmètre de l'alerte à des faits particulièrement graves mais y a ajouté le signalement de pratiques anticoncurrentielles²⁰⁴⁷. L'extension du champ de l'autorisation unique s'est poursuivie en 2014, d'un point de vue matériel, pour englober la lutte contre les discriminations et le harcèlement au travail, la protection de la santé, de l'hygiène et de la sécurité au travail, ainsi que l'environnement. Au point de vue personnel, en plus des entreprises soumises à une obligation législative ou réglementaire d'établir une

²⁰⁴⁴ « Un dispositif d'alerte professionnelle est un ensemble de règles organisant la possibilité pour un salarié ou toute autre personne exerçant une activité dans une entreprise de signaler au chef d'entreprise ou à d'autres personnes désignées à cet effet : des actes contraires à des dispositions législatives ou réglementaires, aux dispositions des conventions et accords collectifs de travail applicables à l'entreprise ou à des règles d'origine éthique ou déontologique, qui nuisent gravement au fonctionnement de l'entreprise ; des atteintes aux droits des personnes et aux libertés individuelles qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ; des atteintes à la santé physique et mentale des salariés » : P.-H. ANTONMATTEI et Ph. VIVIEN, *Rapport préc.*, p. 35.

²⁰⁴⁵ L'article L. 1161-1 du Code du travail y a été introduit par la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption. Dans son rapport n° 51 déposé le 24 octobre 2007, le Professeur et sénateur Hugues Portelli a fait expressément référence à la loi « *Sarbanes-Oxley* » à propos des mesures de protection des salariés : « en effet, la législation française, à la différence de la législation américaine, n'envisage pas de disposition particulière à cet égard, ce qui constitue une lacune à laquelle le projet de loi propose de remédier ». Cet article a été abrogé par l'article 15 de la loi « *Sapin II* ».

²⁰⁴⁶ Dans la délibération n° 2005-305 précitée, un article 3 prévoyait que « des faits qui ne se rapportent pas à ces domaines peuvent toutefois être communiqués aux personnes compétentes de l'organisme concerné lorsque l'intérêt vital de cet organisme ou l'intégrité physique ou morale de ses employés est en jeu ». Cet article 3 avait été commenté par la circulaire n° 2008-22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et règlement intérieur : « La délibération du 8 décembre 2005 (article 3) permet, pour des faits d'une particulière gravité (faits mettant en jeu l'intérêt vital de l'entreprise ou l'intégrité physique ou morale de ses employés), de déborder du champ du dispositif initialement prévu ». En 2009, à l'occasion de l'examen contentieux du code de conduite de la société Dassault, la Cour de cassation décida que le dispositif d'alerte qui concernait les domaines comptable et financier mais englobait aussi les cas de l'article 3, n'était pas conforme au régime de l'autorisation unique : Cass. soc., 8 décembre 2009, n° 08-17.191, Bull. civ. V, n° 276. « La Cour de cassation en déclarant illicite le « Code of Business Conduct » approuvé par la Cnil remet en cause le champ d'application de l'autorisation unique n° AU-004 et, plus généralement, la légitimité des décisions de la Cnil » : F. CHAFIOL-CHAUMONT, *Alertes professionnelles : la Cour de cassation adopte une position plus restrictive que la Cnil*, *Revue Lamy de droit de l'immatériel* 2010, n° 57.

²⁰⁴⁷ CNIL, délib. n° 2010-369 du 14 octobre 2010 modifiant l'autorisation unique n° 2005-305 du 8 décembre 2005 n° AU-004 relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle.

procédure de contrôle interne, sont aussi devenues bénéficiaires de l'autorisation les entreprises ayant « *un intérêt légitime* » à mettre en place un dispositif d'alerte dans les domaines visés²⁰⁴⁸.

346. La multiplication des alertes par le législateur. Dans les années qui ont suivi, le législateur a d'abord continué à intervenir dans des domaines précis, à savoir la pharmacovigilance²⁰⁴⁹, la santé publique et l'environnement²⁰⁵⁰ ainsi que la lutte contre les conflits d'intérêts dans les hautes fonctions politiques²⁰⁵¹. Puis, en décembre 2013, le droit d'alerte et surtout la protection afférente ont été étendus au domaine plus général des signalements des « *faits constitutifs d'un délit ou d'un crime* » dont le salarié ou le fonctionnaire aurait « *eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions* »²⁰⁵². En avril 2016, le dispositif a ensuite été étendu aux militaires et aménagé, pour que ces derniers, ainsi que les fonctionnaires, puissent signaler des faits « *susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts* », quel que soit le niveau hiérarchique de l'agent concerné par ce conflit²⁰⁵³. Au même moment, était rendue publique une étude réalisée par le Conseil d'État, qui préconisait d'étendre le

²⁰⁴⁸ CNIL, délib. n° 2014-042 du 30 janvier 2014 modifiant l'autorisation unique n° 2005-305 du 8 décembre 2005 n°AU-004 relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle.

²⁰⁴⁹ La loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, dite loi « *Bertrand* », est intervenue dans le contexte de retrait du marché du « *Médiateur* ». Elle avait créé l'article L. 5312-4-2 qui instaurait une protection pour les travailleurs qui témoignent « *de faits relatifs à la sécurité sanitaire des produits* » et a été abrogé par l'article 43 de la loi « *Sapin II* ». La loi de 2011 a également inséré les articles L. 5121-22 et suivants dans le Code de la santé publique, toujours en vigueur. Ils permettent notamment aux entreprises et organismes exploitant un médicament, aux professionnels de santé et aux associations agréées de patients de déclarer « *tout effet indésirable suspecté d'être dû à un médicament* ».

²⁰⁵⁰ La loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte, dite loi « *Blandin* », avait prévu en son article 1^{er}, abrogé par la loi dite « *Sapin II* », que « *toute personne physique ou morale a le droit de rendre publique ou de diffuser de bonne foi une information concernant un fait, une donnée ou une action, dès lors que la méconnaissance de ce fait, de cette donnée ou de cette action lui paraît faire peser un risque grave sur la santé publique ou sur l'environnement* ». Son article 5, également abrogé, avait inséré un article L. 1351-1 dans le Code de la santé publique pour protéger les lanceurs d'alerte. Elle prévoit également une procédure d'alerte au sein de l'entreprise, codifiée aux articles L. 4133-1 et suivants du Code du travail et non abrogée.

²⁰⁵¹ La loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique a été adoptée à la suite de l'« *affaire Cahuzac* ». L'article 25, abrogé lui aussi par la loi « *Sapin II* », prévoyait une protection pour les lanceurs d'alerte signalant des conflits d'intérêts concernant des individus exerçant de hautes fonctions politiques, tels que les membres du Gouvernement, les parlementaires ou les membres des cabinets ministériels.

²⁰⁵² La loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière a permis l'insertion de l'article L. 1132-3-3 dans le Code du travail pour les salariés ainsi que celle de l'article 6 ter A dans la loi « *Le Pors* » n° 83-634 du 13 juillet 1983 pour les fonctionnaires. Il s'agit d'interdire les mesures de discrimination à l'égard des travailleurs ayant « *relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions* ».

²⁰⁵³ La loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires a créé l'article L. 4122-4 dans le Code de la défense et a modifié l'article 6 ter A de la loi de 1983 précitée, pour que les fonctionnaires soient aussi concernés. À travers les mêmes articles, cette loi permet également aux fonctionnaires et aux militaires de témoigner de tels faits auprès de leur référent déontologue.

droit d'alerte aux « *risques graves menaçant des intérêts publics ou privés* », à côté des « *manquements graves à la loi* »²⁰⁵⁴.

347. L'unification des régimes par le législateur. La plupart des propositions du Conseil d'Etat ont été retenues par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite loi « *Sapin II* », grâce à laquelle un régime plus général de l'alerte, commun aux salariés²⁰⁵⁵, fonctionnaires et militaires²⁰⁵⁶, a été construit à travers dix articles²⁰⁵⁷, pour mettre fin à la mosaïque de régimes préexistants²⁰⁵⁸. Elle n'avait pourtant pas vocation, initialement, à entrer autant dans le détail de ce sujet²⁰⁵⁹ mais le législateur en a profité au passage pour étendre à nouveau le domaine de l'alerte, qui peut à présent concerner « *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 graves pour l'intérêt général* »²⁰⁶⁰. Si l'identification d'un crime ou d'un délit peut paraître à la portée de chacun, il ne sera pas évident pour un non juriste - voire pour un juriste non spécialisé - de reconnaître la violation d'un engagement international. En outre, le lanceur d'alerte devra apprécier seul la teneur d'« *une menace* » ou d'« *un préjudice grave pour l'intérêt général* », selon sa propre morale²⁰⁶¹. L'autorisation unique de la CNIL a été modifiée pour prendre en compte les changements induits par cette nouvelle loi.²⁰⁶²

²⁰⁵⁴ Conseil d'État, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, étude préc.*, p. 11.

²⁰⁵⁵ Le législateur n'a pas souhaité introduire de distinction entre les cadres et les non-cadres, contrairement au projet de la CFDT Cadres. En effet, en octobre 2015, cette organisation syndicale avait publié un « *Manifeste pour les cadres* » (cf. *supra* n° 156), plaidant pour la création d'un droit d'alerte spécifique les concernant : « *Confrontés au risque de voir leur responsabilité engagée, les cadres doivent bénéficier d'un droit d'alerte assorti de protections. Exercer son droit d'alerte c'est mettre en avant une parole responsable. C'est un acte de responsabilité* ».

²⁰⁵⁶ L'article 10 de la loi « *Sapin II* » a modifié l'article L. 1132-3-3 du Code du travail et l'article 6 ter A de la loi « *Le Pors* », tandis que son article 15 a modifié l'article L. 4122-4 du Code de la défense.

²⁰⁵⁷ L'article 16 de la loi « *Sapin II* », ou le 11^e article du chapitre II consacré à la protection des lanceurs d'alerte, concerne le régime spécifique de l'alerte auprès de l'Autorité des marchés financiers et l'Autorité de contrôle prudentiel.

²⁰⁵⁸ L. BENAÏCHE, *La protection du lanceur d'alerte*, RLCT, 2014, 98.

²⁰⁵⁹ Dans le projet de loi initial, n'était abordée que la création d'une agence compétente au titre de la seule lutte contre la corruption. Ce n'est que « *dans un second temps qu'est née l'idée que ce vecteur législatif devait être saisi pour aller plus loin dans la reconnaissance d'un statut légal du lanceur d'alerte* », sous l'égide notamment de l'organisation non gouvernementale Transparency International : J. TOUBON, *Lecture indépendante d'une innovation législative, La création du dispositif de protection des lanceurs d'alerte*, in *Les lanceurs d'alerte*, op. cit., p. 399-400.

²⁰⁶⁰ Art. 6 de la loi « *Sapin II* ».

²⁰⁶¹ Propos tenus par le Professeur Sophie Pellet lors du colloque précité sur « *Les lanceurs d'alerte, L'anniversaire de la loi Sapin II* ». Dans le même sens, le Professeur Isabelle Desbarats a écrit que « *si le législateur français a donc opté pour une position forte en prévoyant un périmètre d'alerte très étendu, il garde*

348. Les limites de l'unification. La première difficulté concerne les grandes entreprises d'au moins cinq cents salariés, et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros. En effet, l'article 17 de la loi « *Sapin II* » prévoit que ces dernières doivent mettre en place une seconde procédure d'alerte, concernant spécifiquement les faits de corruption et de trafic d'influence contraires au code de bonne conduite, mais sans prévoir de « *passerelle* » avec le premier dispositif²⁰⁶³. Par ailleurs, malgré le caractère très général du dispositif d'alerte prévu par son article 8, un nouveau mécanisme d'alerte a encore vu le jour depuis l'entrée en vigueur de la loi « *Sapin II* ». En effet, la loi du 27 mars 2017 sur l'obligation de vigilance prévoit, parmi les mesures comprises dans le plan éponyme, « *un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques* ». Il convient de rappeler que ces risques sont censés être en lien avec les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement²⁰⁶⁴. Or, aucune harmonisation n'a été réalisée par le législateur, si bien que les deux régimes coexistent²⁰⁶⁵. Ces évolutions, même si elles ne sont malheureusement pas toujours coordonnées, démontrent que l'alerte s'est ainsi peu à peu émancipée du domaine strictement économique et financier pour englober un plus grand nombre de risques, notamment sociaux et sanitaires, dignes aussi de réveiller les consciences. À l'instar du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe, qui prend en considération les risques d'atteinte

*le silence sur ce qu'il convient d'entendre par cette notion « d'intérêt général », ce qui risque d'ouvrir la voie à un contentieux d'autant plus important que les contours de la notion devront être définis pour une autre raison encore : la vérification du caractère nécessairement « désintéressé » de l'action du lanceur d'alerte, condition de sa protection » : I. DESBARATS, *La RSE « à la française » : où en est-on ?*, Dr. soc. 2018, p. 525.*

²⁰⁶² CNIL, délib. n° 2017-191 du 22 juin 2017 portant modification de la délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle (AU-004).

²⁰⁶³ Ce dispositif d'alerte distinct apparaît au § II-2° de l'article 17. « *L'articulation de l'article 8 avec l'article 17 de la loi suscite donc inévitablement des interrogations (...). En conséquence, la question se pose pour ces sociétés de mettre en place deux dispositifs distincts, ou bien, de manière plus pragmatique, de fusionner les deux dispositifs en un. Toutefois, cette fusion ne sera pas si aisée, ne serait-ce que parce que ces deux dispositifs n'ont pas le même objet et ne concernent pas les mêmes lanceurs d'alerte potentiels (employés, collaborateurs, collaborateurs occasionnels).* » : E. DAOUD et S. SFOGGIA, *Lanceurs d'alerte et entreprises : les enjeux de la loi « Sapin II »*, AJ Pénal 2017, p. 71.

²⁰⁶⁴ C. com. art. L. 225-102-4, cf. *supra* note n° 1953.

²⁰⁶⁵ « *Sans doute, cet excès de réglementation reflète la prise de conscience des pouvoirs publics en la matière. (...) Compte tenu de la superposition non coordonnée des textes, source de multiples difficultés d'interprétation et d'application pour les entreprises, il est urgent de retravailler leur articulation et leur cohérence d'ensemble afin de simplifier l'exercice de conformité et de donner au marché non pas une information sans cesse plus volumineuse (car trop d'information tue l'information), mais une information lisible et pertinente adaptée à l'activité de la société et à son environnement* » : *Le rôle sociétal de l'entreprise, Élément de réflexion pour une réforme*, Rapport du Club des juristes, dir. A. FRÉROT et D. HURSTEL, avril 2018, p. 61.

aux droits fondamentaux²⁰⁶⁶, même la Commission européenne a désormais une approche extensive de l'alerte, ainsi que le révèle la proposition de directive qu'elle a déposée le 23 avril 2018²⁰⁶⁷. Dans son thesaurus, le BIT, qui traduit l'expression « *whistleblowing* » par « *dénonciation d'abus* », démontre aussi sa vision extensive de l'alerte, appréhendée comme la « *dénonciation par les employés ou ex-employés de pratiques illégales, irrégulières, dangereuses ou moralement répréhensibles* »²⁰⁶⁸.

II : La procédure d'alerte

349. Une procédure graduée. Les systèmes d'alerte éthique devraient, idéalement, faire office de « *directeur de conscience* »²⁰⁶⁹ au sein de l'entreprise *largo sensu*, en incitant les individus qui la composent à s'exprimer, que cela se fasse par le biais d'une simple question ou d'une véritable plainte. Pour qu'une alerte professionnelle ne rime pas avec anarchie, la consécration d'une procédure s'avérerait nécessaire. Celle-ci a eu lieu par le biais de l'article 8 de la loi « *Sapin II* ». Comme l'a explicité le Conseil constitutionnel, le législateur a entendu limiter le champ d'application de cet article « *aux seuls lanceurs d'alerte procédant à un signalement visant l'organisme qui les emploie ou celui auquel ils apportent leur collaboration dans un cadre professionnel* »²⁰⁷⁰. Cette procédure relève *a priori* du bon sens et compte sur la conscience professionnelle du travailleur lanceur d'alerte, qui est supposé agir par paliers progressifs²⁰⁷¹. Le législateur français s'est ici conformé à la jurisprudence de

²⁰⁶⁶ Les lanceurs d'alerte peuvent contribuer « *à renforcer la transparence et la responsabilité démocratique* » : Recommandation CM/Rec(2014)7, p. 7, cf. *supra* n° 338 et note n° 2001.

²⁰⁶⁷ L'article 1^{er} de la proposition de directive prévoit un vaste champ d'application, comprenant notamment les marchés publics, la sécurité des transports, la protection de l'environnement, le bien-être des animaux, la santé publique, la protection des consommateurs ou encore celle de la vie privée : proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union, 23 avril 2018, COM(2018) 218 final, 2018/0106(COD).

²⁰⁶⁸ <http://ilo.multites.net/defaultfr.asp> ; cité par : P. ABADIE, *Le salarié lanceur d'alerte aux États-Unis et en France : pour une articulation harmonieuse entre dissidence et loyauté*, la Revue des droits de l'Homme, 10/16.

²⁰⁶⁹ F. CARDOT, *L'éthique d'entreprise*, Que sais-je ?, PUF 2006, p. 87.

²⁰⁷⁰ Cons. const. 8 décembre 2016, n° 2016-741 DC ; M.-C. de MONTECLERC, *Loi Sapin II : un contrôle exigeant du Conseil constitutionnel*, AJDA 2016, 2404.

²⁰⁷¹ Le respect de l'ordre des étapes ne peut pas être imposé à un tiers à l'entreprise. Aussi, un ancien cadre d'une société spécialisée dans la décontamination des matériaux souillés par des polychlorobiphényles a pu s'adresser directement aux autorités administratives, pour faire part de pratiques contraires à la réglementation relative au traitement des déchets de ce type qui se seraient déroulées dans cette société pendant trois années : TGI Paris, 31-1 ch. corr., 18 déc. 2013 ; L. NEYRET, *Affaire Chimirec, Trafic de déchets dangereux : quand les dépollueurs se font pollueurs*, Environnement et développement durable, 2014, n° 6, Juin 2014, comm. 48.

la CEDH, en vertu de laquelle l'alerte doit avoir lieu de manière graduée²⁰⁷². En d'autres termes, l'alerte doit, en principe, d'abord être lancée en interne, puis à l'extérieur de l'organisation à laquelle appartient le travailleur.

350. La première phase. L'article 8 de la loi précitée dispose que le signalement est d'abord « *porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci* ». Pour les petites et très petites entreprises, cette phase peut consister en un entretien avec le dirigeant lui-même ou le supérieur hiérarchique, suivi de l'envoi d'une lettre recommandée pour que le lanceur se constitue une preuve de sa saisine interne. En revanche, dans les moyennes et grandes entreprises privées, ainsi qu'au sein des personnes publiques d'une certaine dimension²⁰⁷³, « *des procédures appropriées de recueil des signalements* » doivent être mises en place. Il peut s'agir, par exemple, d'une plateforme dédiée sur l'intranet, éventuellement créée et gérée avec l'aide de consultants. Le décret du 19 avril 2017, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2018, prévoit expressément les modalités qui doivent être précisées par la procédure de recueil des signalements, telles que la fourniture d'informations par le lanceur d'alerte, les garanties de confidentialité ou encore l'existence d'un traitement automatisé. Mais, pour le reste, il se contente de renvoyer au régime de l'instrument juridique choisi par l'organisme privé ou public et n'aborde pas le déroulement de l'enquête²⁰⁷⁴. Les organismes auront donc intérêt à former leur personnel afin que la procédure d'alerte soit utilisée efficacement et à bon

²⁰⁷² « *Il importe que la personne concernée procède à la divulgation d'abord auprès de son supérieur ou d'une autre autorité ou instance compétente. La divulgation au public ne doit être envisagée qu'en dernier ressort, en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement* » : CEDH, Grande Chambre, 12 févr. 2008, *Guja c/ Moldova*, n° 14277/04, §73, cf. *infra* n° 353 et 356 ; cité par V. JUNOD, *La liberté d'expression du whistleblower*, RTDH, 2009, n° 77, p. 227. Dans cette affaire, la première concernant une alerte, le directeur du service de presse du parquet général avait été révoqué après avoir transmis à la presse des lettres adressées par de hauts dignitaires publics au procureur général, l'enjoignant à ne pas poursuivre des policiers accusés de mauvais traitement. La divulgation des faits à l'extérieur du parquet a été jugée justifiée car il n'existait pas de procédure de divulgation interne. Il convient de préciser que les faits concernaient des personnes de haut rang et le procureur général qui, au courant depuis six mois, n'avait pas manifesté l'intention de réagir. Les principes de cet arrêt, concernant un fonctionnaire, ont été repris dans un arrêt relatif au licenciement sans préavis d'une infirmière gériatrique, employée par une société privée (même si le principal actionnaire était le Land de Berlin) et ayant dénoncé de graves carences dans les soins assurés au sein de l'établissement. Celle-ci, après avoir alerté son employeur à plusieurs reprises, avait saisi les autorités judiciaires et distribués des tracts au public avec l'aide d'un syndicat : CEDH, *Heinisch c/ Allemagne*, 21 juillet 2011, n° 28274/08.

²⁰⁷³ Comme précisé au § III de l'article 8 de la loi « *Sapin II* », cela recouvre « *les personnes morales de droit public ou de droit privé d'au moins cinquante salariés, les administrations de l'État, les communes de plus de 10 000 habitants ainsi que les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre dont elles sont membres, les départements et les régions* ».

²⁰⁷⁴ Décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'État.

escient²⁰⁷⁵. De tels dispositifs avaient forcément déjà été mis en place dans certaines entreprises, telles que celles soumises à la loi « *Sarbanes Oxley* » depuis 2002, celles ayant dû créer un registre spécial pour consigner les risques pour la santé publique ou l'environnement à partir d'avril 2014²⁰⁷⁶, ou au sein de l'administration avec l'instauration des référents déontologues en 2016²⁰⁷⁷. Dans tous les cas, cette première phase offre la faculté aux travailleurs « *de remonter une information à la direction générale susceptible de révéler une non-conformité grave* »²⁰⁷⁸.

351. Les risques de la première phase interne. Mais, avec un tel système, l'autorité hiérarchique est censée être saisie en premier, même lorsque la non-conformité revêt les traits d'un délit ou d'un crime. Il est alors possible de s'offusquer de cette saisine à la place de celle du parquet et du risque que la sanction, en principe pénale, ne soit plus que disciplinaire²⁰⁷⁹. Cette étape auprès de l'employeur n'existait d'ailleurs pas sous l'égide de la loi du 6 décembre 2013²⁰⁸⁰. Elle n'avait certes pas instauré de procédure mais la seule étape envisagée avait lieu auprès des autorités. En effet, à sa demande, le salarié pouvait être mis en relation avec le service central de prévention de la corruption, lorsque l'infraction signalée entrait dans le champ de compétence de ce service²⁰⁸¹. Toutefois, il peut être rétorqué que l'autorité saisie au sein de l'entreprise doit²⁰⁸² « *diligenter les investigations utiles propres à établir les faits et*

²⁰⁷⁵ L. MALGRAIN et V. MENARD, *Lutte contre la corruption - Alerte éthique - Former pour mieux se prémunir*, JCP G 2017, n° 37, doct. 946.

²⁰⁷⁶ C. trav. art. L. 4133-1 et D. 4133-1 ; cf. *supra* n° 346 et note n° 2050.

²⁰⁷⁷ Le fonctionnaire ou le militaire qui signale un conflit d'intérêt doit, en premier lieu, avoir alerté « *en vain* » l'une des autorités hiérarchiques dont il relève ou son référent déontologue, avant de passer à l'étape suivante. La loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 a en effet inséré un alinéa en ce sens au sein de l'article 6 ter A de la loi « *Le Pors* » et a créé l'article L. 4122-4 du Code de la défense qui comprend un alinéa similaire. En vertu du décret n° 2017-519 du 10 avril 2017, ce référent déontologue peut être un agent ou un collègue (à l'instar du comité de déontologie des ministères chargés des affaires sociales : arrêté du 15 novembre 2017, NOR: SSAZ1732134A). Il reste à savoir si les fonctionnaires seront plus disposés à saisir un organe collectif ou une personne et qui aura plus ou moins d'influence : D. JEAN-PIERRE, *Le référent déontologue : un super-héros sans super-pouvoir*, JCP A 2017, 2156. La procédure d'alerte sera peut-être plus difficile à mettre en œuvre dans les collectivités territoriales en raison de la proximité de la chaîne hiérarchique et des agents entre eux : *Les lanceurs d'alerte dans les collectivités territoriales*, Entretien par Isabelle Béguin et Florence Cayla et Samuel Dyens et Stéphane Pintre, JCP A 2017, 2092.

²⁰⁷⁸ F. VERDUN, *Le management stratégique des risques juridiques*, LexisNexis, 2013, p. 164.

²⁰⁷⁹ Propos tenus par Madame Caroline Dupuy, magistrate en détachement auprès de l'École nationale de la magistrature, lors du colloque précité sur « *Les lanceurs d'alerte, L'anniversaire de la loi Sapin II* ».

²⁰⁸⁰ Elle n'existe pas non plus en matière de pharmacovigilance, les alertes ayant lieu par le biais d'un site internet dédié, permettant la transmission des déclarations ou signalements aux autorités et établissements chargés de leur traitement : CSP art. D. 1413-58.

²⁰⁸¹ C. pr. pén. anc. art. 40-6, inséré par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, abrogé par l'article 5 de la loi « *Sapin II* ».

²⁰⁸² L'employeur est en effet incité à agir par l'article L. 4131-4 du Code du travail (cf. *supra* note n° 1800) et l'article 13 de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013. Le premier dispose que, à défaut de réaction de sa part alors

prendre les mesures correctrices »²⁰⁸³, lesquelles peuvent, le cas échéant, inclure la saisine de l'autorité judiciaire ou administrative. Il est incontestable que le succès du mécanisme d'alerte dépendra de la capacité des entreprises et administrations à y donner suite²⁰⁸⁴ et, par conséquent, à faire en sorte que les travailleurs aient confiance en elles²⁰⁸⁵. Par ailleurs, cette étape ne semble pas exclure la possibilité pour le lanceur d'alerte de saisir, au préalable, une organisation syndicale présente au sein de l'entreprise – voire une association²⁰⁸⁶, mais cette démarche externe pourrait être considérée comme incompatible avec la première phase de la procédure graduée –, cette saisine pouvant servir à la fois de filtre et d'appui de l'individu pour la suite de sa démarche²⁰⁸⁷.

352. La deuxième phase. Ensuite, le législateur a pris le soin de prévoir qu'« *en l'absence de diligences de la personne destinataire de l'alerte (...) à vérifier, dans un délai raisonnable, la recevabilité du signalement, celui-ci est adressé à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels* ». Celle-ci ne sera pas aisée à mettre en œuvre pour le lanceur d'alerte, qui devra apprécier seul l'écoulement d'un « *délai raisonnable* ». En cas de doute, toujours en vertu de l'article 8 de la loi « *Sapin II* », la personne qui souhaite procéder à un signalement peut s'adresser au Défenseur des droits « *afin d'être orientée vers l'organisme approprié de recueil de l'alerte* »²⁰⁸⁸, mais sans espérer de secours financier de sa

qu'un danger lui a été signalé, le bénéfice de la faute inexcusable devient de droit pour le travailleur, tandis que le second lui fait perdre « *le bénéfice des dispositions du 4° de l'article 1386-11 du code civil* », qui auraient pu l'exonérer de sa responsabilité de plein droit, dans le cas d'un produit défectueux.

²⁰⁸³ F. VERDUN, *op. cit.*, p. 164.

²⁰⁸⁴ « *La faiblesse du dispositif tiendra à l'effectivité des sanctions : s'il n'y a pas de sanction disciplinaire, les lanceurs d'alerte et collaborateurs de l'entreprise n'y croiront pas. Il faut une implication de l'entreprise dans la mise en œuvre de sa déontologie* » : propos tenus par Maître Emmanuel Daoud lors du colloque précité sur « *Les lanceurs d'alerte, L'anniversaire de la loi Sapin II* ».

²⁰⁸⁵ « *Les salariés devenus lanceurs d'alerte seront bien inspirés à n'utiliser un système d'alerte interne qu'à la condition qu'ils puissent se fier à son intégrité, c'est-à-dire, qu'ils aient confiance en ce que le « risk management » stratégique ne primera pas sur le souci de lutter efficacement contre une violation des lois ou de prévenir un danger* » : B. FASTERLING, *Les dispositifs d'alertes professionnelles et le salarié citoyen*, La Revue des droits de l'Homme, 10/16.

²⁰⁸⁶ Sur la nécessité d'étendre le statut de lanceur d'alerte aux associations de protection de l'environnement : C. COLAS, *Du caractère inachevé du régime de l'alerte éthique en droit de l'environnement*, in *Les lanceurs d'alerte, Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, dir. M. DISANT et D. POLLET-PANOUSSIS, LGDJ, 2017, p. 205 et s.

²⁰⁸⁷ En effet, même si la loi « *Sapin II* » retient une définition du lanceur d'alerte limitée aux seules personnes physiques, elle ne contient cependant aucune disposition empêchant les syndicats ou les associations d'intervenir auprès dudit lanceur : F. LUDWICZAK, *Le droit d'alerte au risque de la répression pénale*, in *Les lanceurs d'alerte, op. cit.*, p. 182.

²⁰⁸⁸ Mais ni la loi « *Sapin II* », ni le décret du 19 avril 2017 n'ont éclairé le Défenseur des droits sur les organismes vers lesquels orienter les lanceurs d'alerte : J. TOUBON, *Lecture indépendante d'une innovation*

part²⁰⁸⁹. Comme l'explique clairement le Guide d'orientation publié par le Défenseur des droits, celui-ci a pour mission d'orienter le lanceur et de le protéger contre les représailles mais pas de faire cesser les dysfonctionnements objets de l'alerte²⁰⁹⁰. Une procédure similaire avait été prévue par la loi du 16 avril 2013 concernant les risques graves sur la santé publique ou l'environnement. Le travailleur pouvait saisir le représentant de l'État dans le département en cas de divergence avec l'employeur sur le bien-fondé de l'alerte ou à défaut d'une action de la part de ce dernier²⁰⁹¹. Dans la loi « *Sapin II* », un raccourci, permettant au lanceur d'alerte de passer directement à cette deuxième phase, a également été instauré²⁰⁹². Il peut être emprunté « *en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles* », c'est-à-dire quand il n'est pas possible de laisser des mois d'investigation interne s'écouler. Mais, au-delà des considérations de temps, qu'en sera-t-il lorsque la personne mise en cause par l'alerte sera un dirigeant de l'entreprise ? Ce cas de figure ne semble pas inclus dans le raccourci précité et pourtant l'alerte n'aura de chance d'aboutir que s'il est permis de le prendre. En tout état de cause, lors de cette deuxième phase, l'autorité a trois mois pour se saisir de l'alerte, ce qui représente un délai relativement court au regard de la charge de travail de certaines juridictions et autorités administratives compétentes. En outre, pendant l'enquête éventuellement mise en œuvre, le lanceur d'alerte n'a que le statut de

législative, La création du dispositif de protection des lanceurs d'alerte, in *Les lanceurs d'alerte*, op. cit., p. 413. En outre, si la loi ordinaire permet la saisine directe du Défenseur des droits, tel ne semble pas être le cas de la loi organique n° 2016-1690 du 9 décembre 2016 relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte, dont les articles 4 et 10 font référence aux conditions et situations visées par la loi, soit à la procédure graduée : F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Risques et lanceurs d'alerte : l'enseignement de la législation relative au signalement de maltraitance à enfant*, in *Les lanceurs d'alerte*, op. cit., p. 264-265.

²⁰⁸⁹ Le Conseil constitutionnel a censuré la disposition législative qui prévoyait ce secours car il ne relève pas de la compétence du Défenseur des droits : Cons. const. 8 décembre 2016, n° 2016-740 DC, cf. *supra* note n° 2070. Le Défenseur des droits avait d'ailleurs relevé ce problème au cours des débats. Une telle compétence aurait introduit une inégalité entre les réclamants et aurait forcé le Défenseur des droits à préjuger du caractère sérieux ou non de l'alerte : J. TOUBON, *Lecture indépendante d'une innovation législative, La création du dispositif de protection des lanceurs d'alerte*, in *Les lanceurs d'alerte*, op. cit., p. 406-407.

²⁰⁹⁰ Défenseur des droits, *Guide, Orientation et protection des lanceurs d'alerte*, juillet 2017, p. 25 et s.

²⁰⁹¹ C. trav. art. L. 4133-3 inséré par la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013.

²⁰⁹² Concernant la saisine de l'Autorité des marchés financiers et de l'Autorité de contrôle prudentiel, le Professeur Louis Thibierge, faisait remarquer, lors du colloque précité sur « *Les lanceurs d'alerte, L'anniversaire de la loi Sapin II* », que la rédaction de l'article 16 de la loi « *Sapin II* » est ambiguë car il n'est pas possible d'en déduire si le lanceur peut les saisir directement ou pas. En effet, il est à la fois question de procédures propres à ces autorités, pour que leur soit signalé tout manquement pertinent, et de « *procédures internes appropriées* » à certaines personnes, sans précision sur l'articulation de ces procédures.

simple témoin²⁰⁹³, n'étant ni plaignant, ni mis en cause. Celui-ci ne peut donc pas connaître les limites temporelles du délai de trois mois, ni être informé des suites données à l'enquête à son issue²⁰⁹⁴.

353. La troisième phase. Enfin, « *en dernier ressort, à défaut de traitement par l'un des organismes mentionnés dans un délai de trois mois (...) le signalement peut être rendu public* ». Ainsi, la loi « *prévoit clairement la gradation quant aux canaux susceptibles d'être saisis* » et « *le Name and shame est considéré comme une solution de dernier recours* »²⁰⁹⁵. La procédure de l'article 8 de la loi « *Sapin II* » n'est pas sans rappeler celle qui a existé, pendant le court délai d'un mois, pour le signalement de faits de corruption. Le lanceur d'alerte pouvait saisir soit l'employeur, soit les autorités judiciaires ou administratives, soit, « *en dernier ressort* », un journaliste²⁰⁹⁶. Il convient de préciser à nouveau que, « *en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles* », le lanceur d'alerte peut directement passer à cette troisième phase. Concernant la divulgation d'actes potentiellement irréguliers commis sur le lieu de travail, la CEDH a aussi admis que la saisine des journalistes puisse avoir lieu plus rapidement lorsqu'il n'existe pas de disposition en droit interne, ce qui n'est plus le cas en France²⁰⁹⁷. Si certains redoutent l'opportunité d'un tel raccourci car les lanceurs d'alerte en seront les seuls juges²⁰⁹⁸, d'autres, au contraire, se fient à leur conscience professionnelle²⁰⁹⁹. Néanmoins, rien n'est écrit sur le cas du salarié qui, en

²⁰⁹³ L'intérêt de ce statut est que « *les personnes (...) peuvent, sur autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction, déclarer comme domicile l'adresse du commissariat ou de la brigade de gendarmerie (...)* » : C. pr. pén. art. 706-57 al. 1^{er}.

²⁰⁹⁴ Propos tenus par Madame Caroline Dupuy, magistrate en détachement auprès de l'École nationale de la magistrature, lors du colloque précité sur « *Les lanceurs d'alerte, L'anniversaire de la loi Sapin II* ».

²⁰⁹⁵ N. CUZACQ, *Le mécanisme du Name and Shame ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises*, RDT Com, 2017, p. 473. Pour plus de précisions sur le mécanisme du « *name and shame* » : cf. *infra* n° 468 et s.

²⁰⁹⁶ C'est en effet ce que prévoyait l'article L. 1161-1 du Code du travail entre l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1524 du 14 novembre 2016 visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias, et celle de la loi « *Sapin II* » du 9 décembre 2016.

²⁰⁹⁷ CEDH, Grande Chambre, 12 février 2008, *Guja c/ Moldova*, n° 14277/04, cf. *supra* n° 349 et cf. *infra* n° 356. Les principes ont été confirmés dans : CEDH, 19 janvier 2016, *Görmüş et autres c. Turquie*, req. n° 49085/07.

²⁰⁹⁸ C'est le cas des salariés travaillant dans certains élevages ou abattoirs qui décident d'adresser directement leurs témoignages ou images à l'association L. 214 plutôt qu'à leur employeur. Cette saisine de l'association, qui alerte elle-même les media, se serait avérée plus efficace pour dénoncer les actes de cruauté envers les animaux : S. ARAC, *Partage d'expérience avec l'association L. 214 Éthique et Animaux*, in *Lanceurs d'alerte : innovation juridique ou symptôme social*, dir. M.-C. SORDINO, Presses de la Faculté de Droit et de Sciences politiques de Montpellier, 2016, p. 89.

²⁰⁹⁹ Les lanceurs d'alerte peuvent « *vouloir réagir et réparer ce qui est réparable sans aller jusqu'à la médiatisation car, à côté de ça, ils sont fiers d'appartenir à leur entreprise* » : Propos tenus par Maître

l'absence d'un danger grave ou d'un risque de dommages, préférerait saisir directement une autorité externe à l'entreprise ou l'opinion publique. Il appartiendra alors aux juridictions de se demander si, malgré ce raccourci, il peut quand même bénéficier de la protection *ad hoc*²¹⁰⁰.

§ 2 : La définition du lanceur

354. La consécration d'un rôle. Le « lanceur d'alerte » a enfin gagné ses lettres de noblesse et sa définition apparaît pour la première fois dans la dernière édition du « *Vocabulaire juridique* » du Professeur Gérard Cornu. Il y est présenté comme une « *personne physique, qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime, un délit ou une violation grave et manifeste* » de certains textes, « *dont elle a eu personnellement connaissance* »²¹⁰¹. En d'autres termes, le travailleur doit agir en conscience (I). En revanche, le statut protecteur, auquel cette qualification lui donne droit, n'y est pas rappelé, alors qu'il fait partie intégrante de sa définition (II).

I : L'examen de conscience du lanceur d'alerte

355. Les qualités explicitement requises. Comme l'énonce le Conseil d'État, le lanceur d'alerte n'est pas « *un délateur ou un sycophante, qui agirait dans son intérêt personnel, ni un calomniateur, qui chercherait à nuire ou à jeter l'opprobre* »²¹⁰². Au contraire, cette personne physique²¹⁰³ doit décider « *en conscience* »²¹⁰⁴ de lancer une alerte et agir en vue de faire une « *bonne action* »²¹⁰⁵, au nom de l'intérêt général et non dans son propre intérêt²¹⁰⁶. Il y a donc

Emmanuel Daoud lors du colloque précité sur « *Les lanceurs d'alerte, L'anniversaire de la loi Sapin II* ». Sur la conscience professionnelle : cf. *supra* n° 202 et s.

²¹⁰⁰ E. DAOUD et S. SFOGGIA, *Lanceurs d'alerte et entreprises : les enjeux de la loi « Sapin II »*, AJ Pénal 2017, p. 71.

²¹⁰¹ Cette définition est expressément inspirée de l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^{ème} éd., 2018, entrée « lanceur d'alerte », p. 599.

²¹⁰² Conseil d'État, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, étude préc.*, p. 11.

²¹⁰³ L'article 6 de la loi « Sapin II » ne vise que les personnes physiques, contrairement à la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 qui incluait aussi les personnes morales.

²¹⁰⁴ L'expression « *en conscience* » est utilisée à quatre reprises par le Conseil d'État dans son étude : Conseil d'État, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, étude préc.*, p. 13, 17, 20 et 55.

²¹⁰⁵ J.-F. KERLÉO, *Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ? Classification et conceptualisation d'une catégorie juridique insaisissable*, in *Les lanceurs d'alerte, Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, dir. M. DISANT et D. POLLET-PANOUSSIS, LGDJ, 2017, p. 18.

une éducation de l'alerte à faire en même temps que sa mise en œuvre²¹⁰⁷. En effet, parmi les garde-fous du mécanisme de l'alerte, il ne faut surtout pas négliger ceux qui sont directement liés à l'état d'esprit du lanceur²¹⁰⁸. Ils sont d'ailleurs pris en considération par l'article 8 de la loi « Sapin II », et repris dans le « *Vocabulaire juridique* » précité, qui vise la conduite « désintéressée », la « bonne foi » et le fait d'avoir eu « personnellement connaissance » de l'objet de l'alerte. Par comparaison, au Royaume-Uni et en Irlande, le lanceur d'alerte doit avoir une croyance raisonnable que son alerte est réalisée dans l'intérêt du public²¹⁰⁹. Cette notion remplace celle de bonne foi, ou « *good faith* », même si les juridictions peuvent toujours retenir la mauvaise foi pour diminuer les dommages-intérêts accordés.

356. La conscience en filigrane. L'étude des trois caractères prévus par l'article 8 permet de refléter la conscience du lanceur d'alerte. Ainsi, la connaissance personnelle du fait dénoncé semble renvoyer d'abord à la conscience psychologique²¹¹⁰. Cependant, la CEDH a aussi mis en avant le caractère moral de cette étape puisque la personne « doit vérifier avec soin, dans la mesure où les circonstances le permettent » que les informations « sont exactes et dignes de crédit »²¹¹¹. Le lanceur d'alerte doit donc agir consciencieusement. Bien entendu,

²¹⁰⁶ Cette vision du lanceur d'alerte semble exclure qu'il puisse être lui-même victime des faits dénoncés. Le rapport du Sénat n° 712 du 22 juin 2016 indique à ce titre que « le lanceur d'alerte ne doit pas être affecté par le trouble qu'il dénonce, auquel cas il lui appartient de déposer plainte ». Néanmoins, il faudrait sans doute protéger le lanceur d'alerte qui révèle un comportement qui, même s'il porte atteinte à ses intérêts propres, relève d'abord de l'intérêt général : P. ADAM, *À propos de la protection générale des lanceurs d'alerte dans l'entreprise privée. (Commentaire de la loi dite « Sapin II » du 9 décembre 2016)*, RJS 2017, n° 5, p. 355.

²¹⁰⁷ F. VERDUN, *Le management stratégique des risques juridiques*, LexisNexis, 2013, p. 167.

²¹⁰⁸ Quant à la « santé » de l'esprit, il convient de noter que, avant la loi « Sapin II », dans une affaire relative à la dénonciation de faits de harcèlement moral, la Cour de cassation a donné raison aux juges du fond d'avoir écarté la mauvaise foi et l'exercice abusif de la liberté d'expression d'une salariée « atteinte d'un syndrome dépressif » : Cass. soc., 2 avril 2008, n° 06-42.714, inédit. Il reste à vérifier si la Haute juridiction confirmera cette solution, dans les cas de délire paranoïaque ou de mentalité complotiste.

²¹⁰⁹ En anglais, il est question de « *reasonable belief that the disclosure was made in the public interest* » : Employment Appeal Tribunal, n° UKEAT/0335/14/DM, *Chestertons v Nurmohamed*, 8 avril 2015. Dans l'affaire « *Smith v. Ministry of Defence* » (n° ET1401537/04), la dénonciation effectuée par un groupe de salariés à la presse, concernant l'un de leur collègue condamné pour avoir agressé un enfant alors qu'ils travaillaient près d'une crèche, a été jugée déraisonnable car ils auraient dû suivre la procédure d'alerte de leur entreprise et s'adresser à d'autres personnes que la presse ; cité par : D. LEWIS, *Eighteen years of whistleblowing legislation in the UK : are workers adequately protected*, in *Les lanceurs d'alerte*, op. cit., p. 305. Concernant l'approche irlandaise : L. KIERANS, *The Irish Approach to Whistleblower Protection : The Protected Disclosure Act, 2014*, in *Les lanceurs d'alerte*, op. cit., p. 318.

²¹¹⁰ Sur les liens entre conscience psychologique et connaissance : cf. *supra* n° 10.

²¹¹¹ « *La motivation du salarié qui procède à la divulgation est un autre facteur déterminant pour l'appréciation du point de savoir si la démarche doit ou non bénéficier d'une protection (...) un acte motivé par un grief ou une animosité personnels ou encore par la perspective d'un avantage personnel, notamment un gain pécuniaire, ne*

la conscience morale est surtout illustrée par le désintéressement et la bonne foi du lanceur. Le critère de la bonne foi apparaissait déjà dans le « *projet de loi pour la déontologie de l'expertise et la protection des lanceurs d'alerte* » portée par la Fondation Sciences Citoyennes en 2009, dont l'architecture ne sera reprise qu'en 2012, dans la proposition de loi²¹¹² ayant abouti à la loi du 6 décembre 2013²¹¹³. En effet, dans un Rapport de l'Assemblée nationale relatif à cette proposition, la bonne foi avait été définie comme la « *conviction de se trouver dans une situation conforme au droit, avec la conscience d'agir sans léser les droits d'autrui* »²¹¹⁴. Le Conseil de l'Europe²¹¹⁵ et la CEDH accordent autant d'importance à la bonne foi, cette dernière imposant de vérifier si le lanceur d'alerte a « *agi de bonne foi et avec la conviction que l'information était authentique, si la divulgation servait l'intérêt général et si l'auteur disposait ou non de moyens plus discrets pour dénoncer les agissements en question* »²¹¹⁶. Dans sa récente proposition de directive, la Commission a écrit que, pour être protégé, le lanceur d'alerte doit avoir « *des motifs raisonnables de croire que les informations déclarées étaient véridiques au moment du signalement* »²¹¹⁷.

justifie pas un niveau de protection particulièrement élevé » : CEDH, Grande chambre, *Guja c/ Moldova*, §75, cf. *supra* n° 349 et 353, cf. *infra* note n° 2116.

²¹¹² Proposition de loi n° 747 relative à la création de la Haute Autorité de l'expertise scientifique et de l'alerte en matière de santé et d'environnement, enregistré le 28 août 2012 et présentée par Mme BLANDIN et autres.

²¹¹³ O. LECLERC, *Protéger les lanceurs d'alerte, La démocratie technique à l'épreuve de la loi*, LGDJ, 2017, p. 38 et s.

²¹¹⁴ Rapport n° 650 de M. Jean-Louis ROUMEGAS du 23 janvier 2013 fait au nom de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale sur la proposition de loi relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte ; ce rapport était cité dans le Rapport n° 274 (2015-2016) de M. Alain VASSELLE, fait au nom de la commission des lois, déposé le 16 décembre 2015, sur le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

²¹¹⁵ Dans la Convention civile sur la corruption du 4 novembre 1999, le Conseil de l'Europe demande aux États Parties de prévoir en « *droit interne une protection adéquate contre toute sanction injustifiée à l'égard des employés qui, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, dénoncent des faits de corruption aux personnes ou autorités responsables* » (article 9). Dans la Recommandation R(2000)10 du Comité des ministres aux États membres sur les codes de conduite pour les agents publics, adoptée par le 11 mai 2000, l'article 12 § 6 prévoit également que « *l'administration publique doit veiller à ce que l'agent public qui signale un cas prévu ci-dessus (demande d'agir de manière illégale, irrégulière ou contraire à l'éthique) sur la base de soupçons raisonnables et de bonne foi ne subisse aucun préjudice* ».

²¹¹⁶ CEDH, Grande Chambre, *Guja c/ Moldova*, §77, cf. *supra* n° 349, 353 et note n° 2111. Plus tard, la qualification de « *whistleblower* » a été refusée à un militaire n'ayant pas agi de bonne foi. Il avait dénoncé les faits auprès de l'Inspection général sans vérifier la rumeur sur laquelle il se basait et sans respecter la procédure hiérarchique interne: CEDH 21 juin 2016, *Soares c/ Portugal*, § 46-49, req. n° 79972/12.

²¹¹⁷ Article 13 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union, 23 avril 2018, COM(2018) 218 final, 2018/0106(COD).

357. Définition de la bonne foi. Celle-ci peut se définir par rapport à son antonyme, la mauvaise foi, qui, selon la Cour de cassation, « *ne peut résulter que de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce* »²¹¹⁸. Cela signifierait que « *la bonne foi prime sur l'exactitude de l'information* »²¹¹⁹. La jurisprudence, puisqu'il revient au juge d'apprécier cette qualité²¹²⁰, en fournit quelques exemples. Ainsi, même s'ils sont infondés, le salarié ne peut être licencié pour avoir relaté des faits constitutifs de harcèlement moral que s'il a fait preuve de mauvaise foi²¹²¹. En revanche, ne peut bénéficier du statut de lanceur d'alerte, le salarié de mauvaise foi qui, pour dénoncer des faits prétendument constitutifs d'abus de biens sociaux, répand des rumeurs, se livre à une enquête personnelle et porte atteinte à la vie privée d'autres salariés de l'entreprise²¹²². En plus de l'absence de reconnaissance du statut de lanceur d'alerte, le travailleur qui dénonce de mauvaise foi s'expose à des sanctions disciplinaires. L'article 12 de la loi du 16 avril 2013, abrogé par la loi « *Sapin II* », prévoyait également que toute personne – physique ou morale à l'époque – qui lançait une alerte « *de mauvaise foi ou avec l'intention de nuire ou avec la connaissance au moins partielle de l'inexactitude des faits rendus publics ou diffusés* » était punie des peines prévues au premier

²¹¹⁸ Cass. soc., 7 février 2012, n° 10-18.035, Bull. civ. V, n° 55 ; C. LEFRANC-HAMONIAUX, *Dénonciation de faits : seule la mauvaise foi justifie le licenciement*, JCP G 2012 n° 9, 250 ; Cass. soc. 10 juin 2015, n° 13-25.554 et n° 14-13.318 ; RJS 2015, p. 539 ; Cass. civ. 1^e, 28 septembre 2016, n° 15-21.823 : « *lorsqu'il est établi, par la partie poursuivante, que le salarié avait connaissance, au moment de la dénonciation, de la fausseté des faits allégués, la mauvaise foi de celui-ci est caractérisée et la qualification de dénonciation calomnieuse peut, par suite, être retenue* » La solution devrait être étendue en matière de harcèlement sexuel et à l'alerte portant sur toute atteinte à la santé susceptible de créer un dommage grave et imminent. Elle devrait concerner aussi bien les victimes que les témoins : Y. PAGNERRE, *Harcèlement, alerte et diffamation : enfin l'harmonie ?*, D. 2016, p. 2447 ; J. ICARD, *L'alerte individuelle en droit du travail*, Dr. soc. 2017, p. 545.

²¹¹⁹ « *Ce point est névralgique, car une personne peut lancer une alerte sur le fondement d'une information qu'elle pense exacte alors que cela n'est pas le cas* » : N. CUZACQ, *Le mécanisme du Name and Shame ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises*, RDT Com, 2017, p. 473.

²¹²⁰ Partant du constat que « *la notion de bonne foi présente une malléabilité qui donne au juge un pouvoir d'appréciation important* », « *on perçoit l'enjeu déterminant de l'interprétation par le juge de la bonne foi. S'il l'admet aisément, la protection du lanceur d'alerte s'en trouvera renforcée. En revanche, s'il l'interprète de façon restrictive, il va nécessairement accroître l'exigence pesant sur le lanceur d'alerte ; il pourrait alors de cette manière réduire fortement l'intérêt des alertes, voire en annihiler totalement l'efficacité* » : M. MORAND et P.-Y. VERKINDT, *La diffusion à l'initiative des tiers, la protection des lanceurs d'alerte*, in *op. cit.*, p. 17, spéc. p. 30.

²¹²¹ Par exemple : Cass. soc., 2 avril 2008, n° 06-42.714, inédit ; Cass. soc., 29 septembre 2010, n° 09-42.057, inédit ; Cass. soc., 6 juin 2012, n° 10-28.345, Bull. civ. V, n° 272 (mauvaise foi en cas de dénonciation mensongère de faits inexistant de harcèlement moral, dans le but de déstabiliser l'entreprise et de se débarrasser du cadre responsable du département comptable). Récemment, a été reconnue la mauvaise foi de la salariée d'une fédération régionale qui avait utilisé « *en toute connaissance de cause* » un faux document pour étayer les accusations de harcèlement moral qu'elle adressait à la fédération nationale, alors que ses fonctions de secrétaire lui permettaient de mettre en doute l'authenticité de ce document et qu'elle aurait dû procéder à une vérification préalable auprès de son employeur : Cass. soc., 7 février 2018, n° 16-19.594, inédit.

²¹²² Le salarié a donc été débouté de sa demande de nullité du licenciement et de réintégration : CA Paris, 23 mars 2017, n° 15/10556 ; S. RENAUD, *L'immunité du lanceur d'alerte suppose un signalement de bonne foi d'agissements anormaux par un canal approprié*, CSBP 2017, n° 296, p. 243.

alinéa de l'article 226-10 du Code pénal, concernant la dénonciation calomnieuse²¹²³. Si la référence à la mauvaise foi et aux sanctions de l'article 226-10 du Code pénal semble avoir disparu depuis pour les salariés, elle a été maintenue pour les fonctionnaires²¹²⁴. Toutefois, malgré cette abrogation, en cas de mauvaise foi, la responsabilité pénale des salariés peut toujours être retenue sur le terrain de la dénonciation calomnieuse. En revanche, la Cour de cassation considère que la relation d'agissements de harcèlement moral auprès de l'employeur et des autorités « *ne peut être poursuivie pour diffamation* »²¹²⁵, afin de ne pas faire obstacle à l'effectivité de la protection contre de tels comportements²¹²⁶.

358. La définition du désintéressement. Quant au critère du nécessaire désintéressement du lanceur, il est d'abord l'héritage de la crainte française de la délation. Certes, si l'intérêt est susceptible d'encourager l'alerte, il risquerait surtout d'inciter à la délation, définie comme la « *dénonciation, généralement secrète, dictée par des motifs vils et méprisables* »²¹²⁷, « *qui n'est pas à l'honneur de celui qui la fait* »²¹²⁸. Le désintéressement apparaît donc, lui aussi, comme une garantie de la bonne foi. Il se traduit en pratique par l'interdiction de demeurer

²¹²³ C. pén. art. 226-10 al. 1^{er} : « *La dénonciation, effectuée par tout moyen et dirigée contre une personne déterminée, d'un fait qui est de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires et que l'on sait totalement ou partiellement inexact, lorsqu'elle est adressée soit à un officier de justice ou de police administrative ou judiciaire, soit à une autorité ayant le pouvoir d'y donner suite ou de saisir l'autorité compétente, soit aux supérieurs hiérarchiques ou à l'employeur de la personne dénoncée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* ».

²¹²⁴ Art. 10 de la loi « *Sapin II* » ayant modifié l'article 6 ter A de la loi « *Le Pors* » n° 83-634 du 13 juillet 1983, dont le dernier alinéa dispose que « *le fonctionnaire qui relate ou témoigne de faits relatifs à une situation de conflit d'intérêts de mauvaise foi, avec l'intention de nuire ou avec la connaissance au moins partielle de l'inexactitude des faits rendus publics ou diffusés est puni des peines prévues au premier alinéa de l'article 226-10 du code pénal* ».

²¹²⁵ L'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse 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* ». L'article 32 précise que la diffamation est punie d'une amende de 12.000 € lorsqu'elle est commise envers les particuliers. Pour échapper au grief de diffamation et à la présomption de mauvaise foi, il faut démontrer des faits justificatifs que sont l'exception de vérité (article 35 dernier alinéa) ou l'exception de bonne foi (par ex : Cass. soc., 17 mars 2011, n° 10-11.784, Bull. civ. I, n° 58 : « *le fait justificatif de bonne foi distinct de l'exception de vérité des faits diffamatoires se caractérise par la légitimité du but poursuivi, l'absence d'animosité personnelle, la prudence et la mesure dans l'expression ainsi que par le sérieux de l'enquête* » cité par : N. MALLET-POUJOL, *Alerte et droit de la presse*, in *Lanceurs d'alerte : innovation juridique ou symptôme social*, dir. M.-C. SORDINO, Presses de la Faculté de Droit et de Sciences politiques de Montpellier, 2016, p.161). Si le prétendu lanceur d'alerte est un tiers à l'entreprise dépourvu de bonne foi, il peut être poursuivi sur le terrain de la diffamation : Cass. crim., 8 avril 2014, n° 12-88.412, inédit ; F. LUDWICZAK, *Le droit d'alerte au risque de la diffamation*, LPA 2015, n° 66, p. 3.

²¹²⁶ Cass. civ. 1^e, 28 septembre 2016, n° 15-21.823, cf. *supra* note n° 2118. Les principes énoncés dans cet arrêt doivent continuer à s'appliquer, même s'il est antérieur à la loi « *Sapin II* ».

²¹²⁷ Cette définition est issue du TLFi, diffusé par l'ATILF, et est disponible sur le site du CNRTL : <http://www.cnrtl.fr/definition/delation>.

²¹²⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^{ème} éd., 2018, entrée « *délation* », p. 317.

anonyme²¹²⁹. En effet, la loi « *Sapin II* » a consacré la figure du lanceur d’alerte en tant que « *chevalier blanc* »²¹³⁰, étant donné que ce dernier est obligé d’agir à découvert, sans pouvoir bénéficier de l’anonymat d’une personne morale ou d’internet²¹³¹. La CNIL a d’ailleurs toujours recommandé d’imposer l’obligation de s’identifier pour limiter les risques de dérapage vers la délation et la dénonciation calomnieuse²¹³². Le désintéressement passe évidemment aussi par l’absence de contrepartie, si ce n’est le profit moral que peut en tirer le lanceur. L’idée d’une incitation financière est exclue, contrairement à ce qui existe aux États-Unis, le pays des chasseurs de primes²¹³³. Il ne faut donc ni confondre l’alerte avec la clémence, qui permet à l’entreprise d’être exonérée de sanctions pécuniaires en dénonçant des pratiques prohibées auxquelles elle a participé²¹³⁴, ni le lanceur d’alerte avec l’« *aviseur* », qui signale des manquements à la législation auprès de l’administration fiscale et qui peut être

²¹²⁹ À l’inverse, la Commission européenne a lancé un outil qui permet aux particuliers de l’alerter plus facilement en cas d’ententes secrètes et d’autres infractions aux règles de la concurrence tout en garantissant leur anonymat : Commission européenne, *Pratiques anticoncurrentielles: la Commission présente un nouvel outil de lancement d’alertes anonyme*, communiqué de presse du 16 mars 2017.

²¹³⁰ Cette expression a été usitée à plusieurs reprises par le Professeur Sophie Pellet lors du colloque précité sur « *Les lanceurs d’alerte, L’anniversaire de la loi Sapin II* ».

²¹³¹ À ce titre, le salarié peut aussi préférer la procédure d’alerte de l’article L. 2312-59, qui lui permet de saisir un membre de la délégation du personnel au comité social et économique en lui précisant qu’il veut rester anonyme, à condition que le fait à révéler relève du champ d’application de cette procédure : cf. *infra* n° 376 et s. En effet, « *en l’absence de dispositions législatives spécifiques sur les modalités de déclenchement du droit d’alerte, la divulgation du nom des personnes atteintes individuellement ne paraît pas être un préalable obligatoire* » : P. BOUAZIZ et A. SOUMEIRE, *Révéler les faits sur le terrain : le rôle des IRP*, Dr. ouvr. 2014, n°788, p. 207.

²¹³² CNIL, Document d’orientation du 10 octobre 2005 ; CNIL, Foire aux questions du 14 mars 2011, « *les alertes professionnelles en question* ».

²¹³³ Le « *False Claims Act* », ou loi Lincoln, voté en 1863 et plusieurs fois modifié depuis, contient une clause de « *qui tam* » qui offre à tout citoyen américain la possibilité d’agir en justice au nom de l’État fédéral, contre une personne physique ou morale que le citoyen accuse d’avoir commis des actes frauduleux ou illégaux. Il peut ensuite obtenir une récompense allant de 15 à 30 % des montants ainsi recouverts. De nombreuses autres lois ont renforcé et étendu la protection des lanceurs d’alerte, telles que le « *Water Pollution Control Act* » de 1972 ou le « *Whistleblower Protection Act* » de 1989 : O. LECLERC, *Protéger les lanceurs d’alerte, La démocratie technique à l’épreuve de la loi*, LGDJ, 2017, p. 26 ; C. HENKEL, *Whistleblower Rights and Protection Under U.S. Law in the Private Sector*, in *Les lanceurs d’alerte, op. cit.*, p. 336 et s. Selon le « *Dodd Frank Act* », voté en 2010, le lanceur d’alerte peut communiquer toute information utile aux autorités publiques, concernant des signalements d’une violation à la sécurité financière mais sans pouvoir ester en justice. Si le montant ainsi recouvert excède un million de dollars, le lanceur d’alerte perçoit de 10 à 30 % de ce montant : J. SCHWARTZ-MIRALLES, *Les récompenses financières des lanceurs d’alerte portent-elles atteinte aux droits fondamentaux ? Le cas du droit américain*, La Revue des Droits de l’Homme, 10/16. Un ancien salarié de la banque JP Morgan a reçu une récompense de 64 millions de dollars pour avoir dénoncé les plus graves défaillances commises par son employeur, l’amende infligée à la banque étant de 614 millions de dollars. Le département de la Justice aurait indiqué avoir déboursé près de 2 milliards de dollars entre 2009 et 2013 pour récompenser des « *lanceurs d’alerte* » : K. DE MEYER, *Des lanceurs d’alerte qui gagnent des millions*, Les Echos, 12 mars 2014.

²¹³⁴ Des entreprises repenties peuvent obtenir la clémence, c’est-à-dire l’exemption de l’amende encourue, en échange de la dénonciation de l’existence de cartels secrets auxquels elles auraient appartenu (Communication de la Commission sur l’immunité des amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes, JOUE 2006/C 66/04 ; C. com. art. L. 464-2 IV) : J.-C. RODA, *L’alerte rémunérée : entre efficacité et risque de dévoiement*, in *Les lanceurs d’alerte, op. cit.*, p. 240 et s.

rétribué par les pouvoirs publics²¹³⁵. Aussi, parce qu'il faut être désintéressé, ni les journalistes²¹³⁶, dont l'activité principale est la révélation d'informations, ni les commissaires aux comptes, qui peuvent voir leur responsabilité pénale engagée²¹³⁷, ni les associés non gérants²¹³⁸ ou actionnaires²¹³⁹, qui détiennent une partie de l'entreprise, ne peuvent être assimilés à des lanceurs d'alerte au sens de la loi « Sapin II ».

359. La conciliation de l'alerte avec les obligations professionnelles des fonctionnaires.

L'une des questions les plus délicates qui se pose au juge est de savoir dans quelle mesure l'alerte peut introduire de l'insubordination dans une relation par principe subordonnée²¹⁴⁰ et comment articuler la bonne foi du lanceur d'alerte avec ses obligations en tant que professionnel. Or, l'emblématique obligation de loyauté²¹⁴¹ est elle-même protéiforme si bien que le lanceur d'alerte peut se retrouver face à un dilemme difficilement soluble²¹⁴² entre, d'une part, la loyauté²¹⁴³ envers son entreprise privée ou publique, c'est-à-dire sa collectivité d'appartenance, et, d'autre part, la loyauté à l'égard de ses valeurs et convictions²¹⁴⁴. Pour

²¹³⁵ Article 1^{er} du décret n° 2017-601 du 21 avril 2017 pris pour l'application de l'article 109 de la loi n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 de finances pour 2017 : « A titre expérimental et pour une durée de deux ans, la direction générale des finances publiques peut indemniser toute personne étrangère aux administrations publiques qui lui a fourni des renseignements ayant conduit à la découverte d'un manquement mentionné au premier alinéa du I de l'article 109 de la loi du 29 décembre 2016 susvisée ». L'arrêté du même jour (NOR ECFE1710398A) précise que « la décision d'attribution de l'indemnité est prise par le directeur général des finances publiques, qui en fixe le montant, sur proposition du directeur de la direction nationale d'enquêtes fiscales, par référence aux montants estimés des impôts éludés ».

²¹³⁶ Le dispositif mis en place sera-t-il efficace alors que le secret des sources journalistiques vient d'être renforcé par la loi n° 2016-1524 du 14 novembre 2016 visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias ? : Propos tenus par le Professeur Sophie Pellet lors du colloque précité sur « Les lanceurs d'alerte, L'anniversaire de la loi Sapin II ».

²¹³⁷ C. com. art. L. 820-7.

²¹³⁸ C. com. art. L. 223-36.

²¹³⁹ C. com. art. L. 225-232.

²¹⁴⁰ J.-P. FOEGLE, *Lanceur d'alerte ou « leaker » ? Réflexions critiques sur les enjeux d'une distinction*, La Revue des droits de l'Homme, 10/16 ; D. LOCHAK, *Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme : réflexions conclusives*, La Revue des droits de l'Homme, 10/16. « La subordination n'est pas la soumission » : J.-E. RAY, *Fidélité et exécution du contrat de travail*, Dr. soc. 1991, p. 376.

²¹⁴¹ Pour les fonctionnaires, l'obligation de loyauté découle de l'obligation légale d'obéissance, prévue par l'article 28 de la loi « Le Pors » : « La subordination hiérarchique impose (...) de faire preuve de loyauté dans l'exercice de ses fonctions » : extraits du site : <https://www.fonction-publique.gouv.fr/droits-et-obligations>.

²¹⁴² J.-P. FOEGLE, *Lanceur d'alerte ou « leaker » ? Réflexions critiques sur les enjeux d'une distinction*, La Revue des droits de l'Homme, 10/16

²¹⁴³ Pour les agents publics, il est même question d'une « obligation générale de loyalisme » par laquelle il manifeste son attachement à l'État. Toutefois, celle-ci « n'implique pas l'idée d'adhérer à la politique gouvernementale ni même à une communion d'idées avec les dirigeants. Il correspond essentiellement à une conformité à l'idéal démocratique et républicain » : S. BOUISSON, *L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone : la soumission à l'État*, AJFP, janvier/février 2003, p. 44.

²¹⁴⁴ L. RAGIMBEAU, *Le droit d'alerte des agents publics : enjeux et perspectives*, in *Lanceurs d'alerte : innovation juridique ou symptôme social*, dir. M.-C. SORDINO, Presses de la Faculté de Droit et de Sciences politiques de Montpellier, 2016, p.104-105.

vérifier, par exemple, que l'alerte du fonctionnaire a eu lieu « à bon droit »²¹⁴⁵, le juge administratif doit réaliser un contrôle de proportionnalité au regard de ses obligations. Parmi celles-ci se trouvent, en plus de l'obligation de loyauté, le devoir prétorien de réserve²¹⁴⁶ et les obligations légales de secret et de discrétion²¹⁴⁷. Le cas échéant, le juge peut faire céder les obligations professionnelles devant l'intérêt public que le fonctionnaire lanceur d'alerte a voulu protéger²¹⁴⁸, à l'instar de ce qu'il admet pour que fonctionne le devoir d'alerte²¹⁴⁹. À ce titre, l'intérêt public que croyait défendre Monsieur Philippe Pichon²¹⁵⁰, commissaire de police, ne l'a pas emporté sur ses obligations de réserve et de discrétion professionnelle. Sa mise à la retraite anticipée pour avoir transmis des fiches issues du « STIC » à un journaliste, dans le but d'en dénoncer les dysfonctionnements, a été confirmée par le Conseil d'Etat en 2017²¹⁵¹. Dans l'affaire « Tefal »²¹⁵², qui s'est déroulée devant les juridictions pénales, l'inspectrice du travail s'est vu refuser le statut de lanceur d'alerte et a été condamnée pour

²¹⁴⁵ L. RAGIMBEAU, *op. cit.*, p. 117.

²¹⁴⁶ La loi « *Le Pors* » de 1983 ne mentionne pas le devoir de réserve, qui a été consacré par le Conseil d'Etat : CE, 11 janvier 1935, Bouzanquet, n°40.842. Dans une réponse à une question écrite d'un député, publiée au JORF le 8 octobre 2001, le ministre de la Fonction publique a précisé qu'« *il convient de rappeler, au plan des principes, que cette obligation de réserve ne saurait être conçue comme une interdiction pour tout fonctionnaire d'exercer des droits élémentaires du citoyen : liberté d'opinion et, son corollaire nécessaire dans une démocratie, liberté d'expression* ». Ce devoir peut être présenté comme « *la contrepartie de la liberté de conscience de l'agent et le corollaire de la neutralité du service* » : C. VIGOUROUX, *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, 2^e éd., 2012, p. 430, n°44.21.

²¹⁴⁷ Article 26 alinéa 2 de la loi « *Le Pors* ».

²¹⁴⁸ En « *common law* », si l'obligation de loyauté ne donne pas au travailleur un droit général de divulguer des informations confidentielles, certaines révélations et leurs auteurs peuvent être protégés s'ils ont agi dans la poursuite d'un intérêt public : O. LECLERC, *op. cit.*, p. 28.

²¹⁴⁹ Un gardien de police municipale s'était vu révoquer pour avoir signalé directement au procureur de la République, sans en référer au maire de la commune, des faits à caractère frauduleux dont il avait eu connaissance lors du recensement complémentaire. Le jugement confirmant l'arrêté de révocation a été annulé par le Conseil d'Etat, qui a prononcé la réintégration et la reconstitution de carrière de l'intéressé : CE, 15 mars 1996, *Guigon*, n° 146326.

²¹⁵⁰ L'affaire « *Pichon* » a été évoquée en introduction de cette section : *cf. supra* n° 338 et note n° 2004.

²¹⁵¹ CE, 31 mars 2017, n° 392316. Au préalable, la Haute juridiction avait refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC sur la conciliation des obligations du fonctionnaire avec la protection du lanceur d'alerte, considérant que la loi apportait des garanties suffisantes. La possibilité d'être délié de cette obligation par l'autorité hiérarchique, l'article 40 du Code de procédure pénale et le contrôle du juge de l'excès de pouvoir en cas de sanction disciplinaire infligée au fonctionnaire constituent des éléments « *de nature à garantir, pour les besoins de l'application de la disposition législative précitée, la nécessaire conciliation entre, d'une part, la sauvegarde de l'ordre public et les exigences du service public et, d'autre part, le respect de la liberté d'expression et de communication* » : CE, 5 février 2014, n°371396 ; J.-P. FOEGLE et S. SLAMA, *Refus de transmission d'une QPC sur la protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte*, La Revue des droits de l'Homme, Actualités Droit-Libertés, 14 mars 2014.

²¹⁵² Cette affaire a été largement commentée par les organisations syndicales au sein du ministère du Travail. Un courriel envoyé à l'ensemble des agents le 29 août 2016 indiquait notamment : « *L'intersyndicale CNT – CGT – SUD – FO – FSU appelle à une journée de grève et d'action le 14 septembre lors du procès en appel de notre collègue Laura PFEIFFER et du lanceur d'alerte de TEFAL (...) afin de défendre nos missions et notre indépendance au sein de l'inspection du travail. Le jugement (...) a provoqué parmi l'ensemble des agents un sentiment de stupéfaction et d'indignation* ».

violation du secret professionnel. Elle avait transmis aux organisations syndicales des documents – obtenus frauduleusement par un salarié de l’entreprise – laissant penser qu’il existait une relation de connivence entre la direction de l’entreprise et son supérieur hiérarchique, auquel il aurait été demandé de la muter. En 2016, la cour d’appel de Chambéry, comme le tribunal correctionnel d’Annecy auparavant, a considéré que l’inspectrice avait agi « *hors du cadre de sa mission* », « *de mauvaise foi* » et avec « *une volonté évidente de nuire à la direction de l’entreprise, ce qui révèle que la prévenue n’a pas agi de manière désintéressée* »²¹⁵³. L’inspectrice a introduit un pourvoi devant la Cour de cassation, dont l’arrêt est attendu pour le 17 octobre prochain²¹⁵⁴. Depuis lors, le code de déontologie de la profession a été publié et rappelle que, sous réserve de la procédure d’alerte prévue par la loi « *Sapin II* », les inspecteurs du travail sont tenus de respecter des devoirs de neutralité et d’impartialité ainsi que des obligations de discrétion, de secret et de confidentialité²¹⁵⁵.

360. La conciliation de l’alerte avec les obligations professionnelles des salariés.

Jusqu’à la loi « *Sapin II* », le juge du contrat de travail effectuait aussi cette mise en balance entre les obligations découlant dudit contrat et le droit à la liberté d’expression. En 1997, ont ainsi été jugés justifiés les licenciements de deux techniciennes de laboratoire qui avaient informé l’association de lutte contre le sida, *Act up*, du caractère peu fiable de la méthode de dépistage du virus utilisée par leur employeur. En l’espèce, l’association contactée avait ensuite déclenché une campagne de presse contre le laboratoire et alerté les pouvoirs publics,

²¹⁵³ B. BISSUEL, *Affaire Tefal : la condamnation de l’inspectrice du travail confirmée en appel*, Le Monde, 16 novembre 2016. Mais, à la lecture des décisions, il apparaît que les juges du fond se sont mépris sur la condition de bonne foi du lanceur d’alerte – selon le régime applicable à l’époque, c’est-à-dire selon l’article L. 1132-3-3 issu de la loi n° 2013-117 du 6 décembre 2013 – qui n’est pas liée aux conditions d’accès à l’information révélée mais à celles du témoignage. Ils se sont aussi mépris sur la nature des faits car ils ont estimé que ceux-ci ne pouvaient être seulement « *susceptibles de constituer un délit ou un crime* ». Néanmoins, « *bien qu’objet de critiques, l’arrêt de la cour d’appel de Chambéry a peu de chance d’être censuré par les juges du droit* » : A. CASADO, *Tefal accroche au fond*, CSBP janvier 2017, n° 292, p. 7.

²¹⁵⁴ *Affaire Tefal : rassemblement de soutien à une inspectrice du travail*, Le Figaro.fr avec l’AFP, 5 septembre 2018. Par ailleurs, il a été révélé récemment que le tribunal administratif de Grenoble, dans un jugement du 30 décembre 2016, a reconnu comme accident de service le choc psychologique subi par l’inspectrice, à la suite d’un « *clash* » avec son chef. En effet, la société avait fait savoir au supérieur hiérarchique qu’elle s’estimait victime d’un « *harcèlement* » injustifié de la part de l’inspectrice concernant l’application des règles de la durée du travail, et ils avaient donc eu un entretien à ce sujet. Pour le tribunal, « *la violence verbale subie par la requérante, dont la réalité n’est pas discutée, et la soudaineté de celle-ci permettent de considérer que les troubles présentés par la requérante sont dus à un accident* » : B. BISSUEL, *Affaire Tefal : l’inspectrice du travail Laura Pfeiffer remporte une victoire contre sa hiérarchie*, Le Monde 8 février 2017.

²¹⁵⁵ Le décret n° 2017-541 du 12 avril 2017 portant code de déontologie du service public de l’inspection du travail a inséré un nouveau chapitre au sein de la partie réglementaire du Code du travail (C. trav. art. R. 8124-1 et s.). La loi « *Sapin II* » est directement visée par le nouvel article R. 8124-22 du Code du travail.

entraînant la fermeture administrative de celui-ci²¹⁵⁶. Selon les juges du droit, la cour d'appel de Paris a pu considérer que les salariées avaient participé activement à une campagne de dénigrement contre leur employeur et abusé de leur liberté d'expression²¹⁵⁷. Il peut donc être déduit de cette solution que, si ces deux salariées avaient préféré la saisine des autorités sanitaires compétentes, elles auraient sans doute pu être considérées comme deux individus usant de leur droit d'alerte. En effet, toujours avant la loi « Sapin II », ont été jugées injustifiées les sanctions imposées à des salariés ayant alerté des instances officielles, telles que le commissaire aux comptes²¹⁵⁸, l'autorité publique compétente en matière de fraudes²¹⁵⁹, l'inspecteur du travail²¹⁶⁰ ou le procureur de la République²¹⁶¹. De façon plus étonnante, dans un arrêt du 27 février 2018, la cour d'appel de Versailles a reconnu que serait « recevable à invoquer le statut de lanceur d'alerte » le salarié d'une entreprise prestataire de Renault, licencié pour faute grave en avril 2016, pour avoir relaté dans la presse l'entretien au cours duquel son employeur lui avait reproché d'avoir invité les syndicats du constructeur automobile à diffuser le documentaire « *Merçi Patron !* »²¹⁶². Il n'est pourtant pas certain qu'une telle reconnaissance soit légitime dans ce cas précis, la presse ayant été directement saisie, même s'il s'agissait pour le salarié de faire valoir l'atteinte à sa liberté d'expression. Il reste à savoir comment le juge judiciaire, à l'aune de la loi « Sapin II », continuera à résoudre ce type de conflit pour accorder le statut de lanceur d'alerte. Au vu des dispositions de ce texte et de la jurisprudence antérieure, il y a fort à parier que, si le lanceur d'alerte respecte la procédure par paliers, en saisissant d'abord sa hiérarchie²¹⁶³, il sera plus à même de concilier

²¹⁵⁶ La solution dérange dans la mesure où la démarche a bien mené à la fermeture administrative du laboratoire, preuve que la dénonciation était légitime : J. SAVATIER, *Liberté d'expression des salariés. Exercice abusif*, Dr. soc. 1997, p. 413.

²¹⁵⁷ Les juges d'appel ont admis que les salariées pouvaient être « en proie à des scrupules déontologiques » mais les ont critiquées pour ne pas avoir informé au préalable leur employeur et leurs collègues de leurs démarches : CA Paris, 19 septembre 1995 ; Cass. soc., 4 février 1997, n° 96-40.678, inédit ; obs. A. PHILIBERT, CSBP 1997, n° 90, p. 137, faisant référence à un « droit d'alerte civique ».

²¹⁵⁸ Cass. soc., 24 mars 1988, n° 85-46.247, Bull. civ. V, n° 209.

²¹⁵⁹ CA Dijon, 6 juin 1990, n° 2285-1989, *D'avanture / SA Sodifra*, JCP E 1991, act. n° 258.

²¹⁶⁰ Cass. soc., 4 juin 1986, n° 84-45.632, *Jacquière c/ Corbin*.

²¹⁶¹ Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 04-41.075, Bull. civ. V, n° 245.

²¹⁶² F. AIZICOVICI, *Le licenciement d'un prestataire de Renault annulé au nom de la liberté d'expression*, Le Monde, 5 mars 2018 ; *Le statut du lanceur d'alerte : des contours encore flous*, actanceavocats.com, 20 mars 2018.

²¹⁶³ Il faut signaler à ce titre que, comme cela a été vu plus haut, même si l'article 40 du Code pénal n'impose pas de saisir la hiérarchie avant le procureur, les administrations recommandent à leurs agents de passer d'abord par la voie hiérarchique (par ex. : instruction de la Direction Générale des Finances Publiques n° 10-020-M0 du 6 août 2010 : « Dans la mesure du possible, il est recommandé aux comptables d'adopter une démarche graduée et adaptée à chaque contexte »). Ainsi, avant de décider un signalement, il peut être conseillé au « chargé de fonctions publiques » de : 1) se souvenir qu'ils sont auxiliaires de justice, 2) avoir un premier débat avec ses collègues, 3) se retourner vers sa hiérarchie (sauf évidemment si elle est directement en cause), 4) prendre la

le respect de ses obligations professionnelles et sa volonté d'alerter²¹⁶⁴, sans risquer une crise de conscience professionnelle.

II : Le bénéfice d'un statut protecteur pour le lanceur consciencieux

361. Une protection nécessaire. Cette protection consiste d'abord dans l'interdiction des mesures de rétorsion de la part de l'employeur. En 2010, la Cour de cassation a entériné la nullité du licenciement d'un médecin salarié, membre du comité de direction ayant pour mission d'assurer le respect de l'éthique, qui avait signalé au président de la société les propos racistes tenus par la responsable du personnel à l'encontre de candidats à l'embauche²¹⁶⁵. En 2017, la Haute juridiction a statué dans le même sens concernant le licenciement d'un directeur commercial, prononcé sous prétexte qu'il s'était opposé à son placement sous l'autorité hiérarchique d'un collègue, alors qu'il avait dénoncé des faits de corruption, entraînant, concomitamment à son éviction, des perquisitions par les autorités européennes²¹⁶⁶. Ces affaires illustrent le fait que le lanceur d'alerte de bonne foi a besoin d'une protection, ce qui constitue l'intérêt véritable de la reconnaissance de son statut²¹⁶⁷, nombreux étant les travailleurs craignant des représailles s'ils devaient dénoncer un acte de corruption²¹⁶⁸. En effet, « *pour donner l'alerte, il faut du courage et de la détermination* »²¹⁶⁹,

mesure du bilan coût/avantage du signalement par rapport aux risques pour les personnes s'il y a une menace d'agression, 5) expliquer son attitude dans le service et aux intéressés : C. VIGOUROUX, *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, 2012, p. 497 et 507, n° 45.183 et 45.231.

²¹⁶⁴ D. POLLET-PANOUSIS, *L'agent public, lanceur d'alerte*, in *Les lanceurs d'alerte, Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, dir. M. DISANT et D. POLLET-PANOUSIS, LGDJ, 2017, p. 150.

²¹⁶⁵ Cass. soc., 8 novembre 2006, n° 05-41.504, Bull. civ. V, n° 331 ; J. LEVY-AMSALLEM, *Le licenciement reposant sur l'exercice normal de la liberté d'expression : licenciement nul ou licenciement abusif ?*, RDT 2007, p. 98. Auparavant, pour statuer en ce sens, la cour d'appel de Paris avait constaté que la salariée n'avait pas abusé de sa liberté d'expression, le courrier ayant été remis en main propre au dirigeant de l'entreprise avec la mention « *confidentiel* » : CA Paris, 19 janvier 2005, Juris-Data n° 2005-264736.

²¹⁶⁶ L'arrêt de la cour d'appel de Grenoble va néanmoins être cassé, les juges du fond n'ayant pas constaté l'impossibilité pour l'employeur de réintégrer le salarié : Cass. soc., 21 juin 2017, n° 15-21.897, inédit ; *Licenciement causé par la dénonciation de faits de corruption = licenciement nul*, JSL 2017, n° 438.

²¹⁶⁷ « *La reconnaissance a pour finalité de protéger celui qui dénonce contre des représailles aussi bien de la part de l'employeur que de celui qui est visé par l'alerte* » : J.-F. KERLÉO, *Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ? Classification et conceptualisation d'une catégorie juridique insaisissable*, in *op. cit.*, p. 39.

²¹⁶⁸ Un sondage Harris Interactive pour Transparency International France et Tilder publié le 3 décembre 2015 révèle que 39 % des salariés qui gardent le silence le font par peur des représailles : <https://transparency-france.org/actu/sondage-alerte-ethique/>

²¹⁶⁹ Résolution n° 1729 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la protection des « *donneurs d'alerte* » du 29 avril 2010.

car la procédure peut potentiellement déboucher sur la ruine de l'individu²¹⁷⁰ ou celle de l'entreprise²¹⁷¹.

362. La protection en droit du travail. Comme l'illustrent les arrêts précités de 2010 et 2017, si l'employeur passe outre l'interdiction des représailles, la mesure prise est nulle de plein droit, entraînant la possibilité pour le travailleur de demander sa réintégration en cas de rupture du contrat de travail²¹⁷². Avant même le vote de la contraignante loi « *Sarbanes Oxley* » en juillet 2002, le législateur français avait déjà mis en place des protections de droit social pour les salariés témoignant de certains faits ou les relatant. En 1992, une telle protection a d'abord été instituée pour les salariés et les fonctionnaires alertant sur des faits de harcèlement sexuel²¹⁷³. Puis, en 2001, elle a été étendue aux salariés relatant des faits de discrimination²¹⁷⁴. À partir de 2002, les salariés des établissements sociaux et médico-sociaux, qui alertent sur des mauvais traitements infligés aux personnes accueillies²¹⁷⁵, et les

²¹⁷⁰ M. BOZZO-REY et G. DELALIEUX, *Lanceurs d'alerte : de l'obligation morale à l'éthique organisationnelle*, in *Les lanceurs d'alerte, Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, dir. M. DISANT et D. POLLET-PANOUSSIS, LGDJ, 2017, p. 93. Dans la résolution précitée, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe précise que « *les donneurs d'alerte devraient avoir au moins une chance que leurs avertissements soient entendus, sans pour autant que leurs moyens de subsistance, ainsi que ceux de leur famille, soient mis en péril* ».

²¹⁷¹ C'est le cas de la société PIP qui a été placée en liquidation judiciaire en mars 2010 et a licencié l'ensemble de ses salariés après qu'a éclaté le scandale concernant la fabrication des prothèses mammaires. En l'espèce, ce sont des chirurgiens et des patientes qui ont donné l'alerte et non pas des salariés de l'entreprise, alors que nombre d'entre eux étaient au courant. En serait-il de même dorénavant, avec la protection offerte par la loi « *Sapin II* » ?

²¹⁷² C. trav. art. L. 1235-3-1.

²¹⁷³ La loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail a créé l'ancien article L. 122-46 du Code du travail et modifié l'article 6 ter de la loi « *Le Pors* ». La loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel a étendu la protection aux personnes en formation ou en stage, au sein de l'article L. 1153-3 du Code du travail.

²¹⁷⁴ L'article 1^{er} de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 a inséré un alinéa sur ce sujet au sein de l'ancien article L. 122-45 du Code du travail et a modifié en ce sens l'article 6 de la loi « *Le Pors* » de 1983.

²¹⁷⁵ La loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale a créé l'article L. 313-24 au sein du CASF : « *Dans les établissements et services mentionnés à l'article L. 312-1, le fait qu'un salarié ou un agent a témoigné de mauvais traitements ou privations infligés à une personne accueillie ou relaté de tels agissements ne peut être pris en considération pour décider de mesures défavorables le concernant en matière d'embauche, de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement du contrat de travail, ou pour décider la résiliation du contrat de travail ou une sanction disciplinaire* ». L'ordonnance n° 2005-1477 du 1 décembre 2005 y a inséré un troisième alinéa qui étend cette protection aux salariés des accueillants familiaux, c'est-à-dire aux personnes ou couples qui accueillent à leur domicile, à titre onéreux, des personnes âgées ou handicapées adultes n'appartenant pas à leur famille jusqu'au quatrième degré inclus. Analysant cet article, la Chambre sociale a eu l'occasion de préciser que « *le pouvoir reconnu par ce texte au juge de prononcer la réintégration du salarié licencié implique nécessairement que le licenciement est nul* » : Cass. soc., 26 septembre 2007, n° 06-40.039, Bull. civ. V, n° 136 ; note J. SAVATIER, Dr. soc. 2007, 1325. Mais cet article ne viserait que les cas de communication d'informations à une personne ayant les pouvoirs d'en vérifier ou de faire vérifier la réalité, c'est à dire un supérieur ou le ministère public, et non pas les signalements auprès de tiers (comme les parents

travailleurs des secteurs privé et public alertant sur des faits de harcèlement moral²¹⁷⁶, ont eux aussi bénéficié de cette protection. En 2007, le législateur – aidé parfois par le juge judiciaire²¹⁷⁷ et le juge administratif²¹⁷⁸ – a étendu la protection aux travailleurs lanceurs d’alerte dans les domaines spécifiques déjà énumérés plus haut – corruption, santé publique, environnement, conflits d’intérêt au sein de l’administration, crimes et délits²¹⁷⁹ – jusqu’à la tentative d’harmonisation de la loi « *Sapin II* »²¹⁸⁰. Celle-ci a certes instauré une protection identique pour les salariés, fonctionnaires et militaires, qui lancent une alerte dans le cadre qu’elle a créé²¹⁸¹, et abrogé certains dispositifs²¹⁸². Mais la loi du 9 décembre 2016 a également laissé subsister les dispositions législatives spécifiques relatives aux signalements des différentes formes de harcèlement, des produits défectueux et des mauvais traitements au

d’enfants pris en charge par l’établissement) alors qu’une enquête interne est en cours : CA Nancy, 3 juin 2009, n° 07/01470, *Richier c/ ADAPEIM*, Juris-Data n° 2009-378861.

²¹⁷⁶ La loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale a inséré l’ancien article L. 122-49 dans le Code du travail, qui a été repris au sein de l’article L. 1152-2 du même Code, et a inséré l’article 6 quinquies dans la loi « *Le Pors* ». La loi n° 2012-954 précitée a également étendu la protection aux personnes en formation ou en stage pour ce type de harcèlement.

²¹⁷⁷ Même si la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 n’était pas encore applicable à l’époque du licenciement pour faute lourde d’un directeur administratif et financier, qui avait dénoncé au procureur de la République les agissements d’un membre du conseil d’administration et du président de l’association (signalement de faits susceptibles de constituer une escroquerie ou un détournement de fonds publics), la Cour de cassation, au visa de l’article 10§1 de la CESDH, casse l’arrêt d’appel au motif que la Cour n’a pas retenu la nullité du licenciement : Cass. soc., 30 juin 2016, n° 15-10.557 ; J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY, *La protection européenne des salariés lanceurs d’alerte par la Cour de cassation : un troublant exemple d’improvisation*, D 2016, p. 1740. La note explicative de l’arrêt, intitulée « *Protection des lanceurs d’alerte* » et consultable sur le site de la Cour de cassation, précise qu’« *une telle décision est de nature à protéger les lanceurs d’alerte, dans la mesure où, par ailleurs, la chambre sociale instaure cette immunité non seulement lorsque les faits illicites sont portés à la connaissance du procureur de la République mais également, de façon plus générale, dès lors qu’ils sont dénoncés à des tiers* ».

²¹⁷⁸ Comme dans l’affaire abordée ci-dessus, alors que la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 n’était pas applicable aux faits de l’espèce, le juge a eu recours à un principe général – dont s’inspirerait la loi – interdisant qu’un agent révélant des faits constitutifs d’un crime ou délit fasse l’objet de représailles professionnelles. En l’espèce, ce principe lui a permis d’annuler la sanction de révocation infligée à un agent public de l’office public de l’habitat pour avoir révélé au conseil d’administration l’irrégularité de certains marchés publics. La portée de cette décision est cependant à nuancer puisque le contentieux n’est pas parvenu jusqu’au Conseil d’État : TA Cergy-Pontoise, 15 juillet 2014, n° 1110539, *M. H.* ; S. PRINGAULT, *Quand l’audace jurisprudentielle supplée l’insuffisance législative pour la protection des agents publics lanceurs d’alerte*, AJFP 2015, p. 165.

²¹⁷⁹ *cf. supra* n° 345 et s.

²¹⁸⁰ Le Professeur Patrick Morvan qualifie cette protection d’« *illusoire* » et considère que le législateur a joué un rôle « *ambigu* » en 2016 en tant que « *soutien affiché de l’éthique mais suppôt de la markéthique* ». Selon lui, « *dans ce cadre normatif restrictif, défailant* » – mais dont les défaillances ne sont pas clairement explicitées – « *la morale, ressort fondamental de l’« alerte éthique », n’est pas un rempart* » : P. MORVAN, *Sur la défense des valeurs par la jurisprudence sociale récente*, RJS 2018, p. 543, spéc. p. 545.

²¹⁸¹ *cf. supra* n° 347 et s. Même en dehors de ce cadre légal, le salarié doit pouvoir bénéficier d’une protection, comme l’a révélé l’arrêt : Cass. soc., 30 juin 2016, *cf. supra* note n° 2177 ; J. ICARD, *Alerte éthique dans la relation de travail*, in *Les lanceurs d’alerte, Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, dir. M. DISANT et D. POLLET-PANOUSSIS, LGDJ, 2017, p. 11.

²¹⁸² *Cf. supra* notes de bas de page n° 1764, 1769 et 1770.

sein des établissements médico-sociaux. Les actes de riposte interdits sont néanmoins les mêmes pour tous. Si la riposte va jusqu'à la rupture de la relation de travail, le juge administratif peut prescrire la réintégration du travailleur²¹⁸³, appréciant le choix de la sanction effectué par l'administration dans le cadre d'un contrôle normal²¹⁸⁴. Il en va de même pour le conseil de prud'hommes qui peut être saisi en référé²¹⁸⁵. En outre, la protection de droit social du lanceur d'alerte inclut un allègement de la charge de la preuve lui incombant, en cas de litige relatif à la mesure de rétorsion. En effet, dans un premier temps, le lanceur d'alerte présente des éléments de fait qui permettent de présumer de la bonne foi de son signalement²¹⁸⁶. Puis, dans un second temps, la partie défenderesse doit prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers au signalement du lanceur²¹⁸⁷.

363. La protection en droit comparé et international. Aux États-Unis, la lutte contre les mesures de rétorsion est assurée, pour les agents fédéraux, par le « *Civil Service Reform Act* » de 1978, et, pour les salariés du secteur privé, grâce au « *Occupational Safety and Health Act* » de 1970, parmi d'autres lois²¹⁸⁸. Au Royaume-Uni, depuis le « *Public Interest Disclosure Act* » de 1998, réformé par l'« *Enterprise and Regulatory Reform Act* » de 2013, les salariés des secteurs public et privé sont protégés contre toute mesure de rétorsion, dans le cadre d'un large éventail d'alertes²¹⁸⁹. Au plan international, depuis 1982, l'article 5-c de la convention n°158 de l'OIT prévoit que le dépôt d'une plainte ou la présentation d'un recours ne constitue pas un motif valable de licenciement. Depuis 1975, le droit de l'Union européenne impose aux États membres de prévoir des mesures de protection pour les travailleurs signalant des ruptures d'égalité de traitement²¹⁹⁰. En 1999, le Conseil de l'Europe

²¹⁸³ CJA art. L. 911-1-1 créé par l'article 11 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

²¹⁸⁴ CE Ass., 13 novembre 2013, *Dahan*, n° 347704.

²¹⁸⁵ L'article 12 de la loi « *Sapin II* » renvoie aux articles R. 1455-1 et suivants du Code du travail.

²¹⁸⁶ Dans le cas particulier du harcèlement sexuel, pour faciliter la preuve, le Défenseur des droits a proposé d'envisager la recevabilité de la production en justice d'enregistrements clandestins, qui restent parfois la seule manière pour les victimes de pouvoir démontrer la réalité de ce qu'elles allèguent : Avis du 25 janvier 2018 n° 18-03.

²¹⁸⁷ Le mécanisme est commun aux alertes en matière de harcèlement (C. trav. art. L. 1154-1) et à celles de la loi « *Sapin II* » (C. trav. art. L. 1132-3-3, Code de la défense art. L. 4122-4 et art. 6 § ter A de la loi « *Le Pors* »).

²¹⁸⁸ Si les travailleurs s'estiment victimes de mesures de rétorsion pour avoir dénoncé des manquements de la part de leur employeur peuvent adresser leur réclamation au ministère du Travail : O. LECLERC, *Protéger les lanceurs d'alerte, La démocratie technique à l'épreuve de la loi*, LGDJ, 2017, p. 26.

²¹⁸⁹ J.-F. KERLÉO, *art. préc.*, p. 9.

²¹⁹⁰ La directive 75/117/CEE du 10 février 1975 relative à l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes et la directive 76/207/CEE du 9 février 1976 relative au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes avaient imposé aux États de prendre les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs alertant sur ces sujets. Ensuite, la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 et la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, concernant

a formulé la même demande en matière de corruption²¹⁹¹, suivi plus tard par les Nations Unies²¹⁹² et l'OCDE²¹⁹³. Au sein de l'Union européenne, les mesures de protection, parmi lesquelles figure l'interdiction des représailles, devraient prochainement être étendue aux lanceurs d'alerte, grâce à la proposition de directive de la Commission européenne du 23 avril 2018²¹⁹⁴.

364. La protection en droit pénal. Le législateur a mis en place deux sortes de protection. En premier lieu, le lanceur d'alerte bénéficie d'une exception à la responsabilité pénale²¹⁹⁵ s'il enfreint certains types de secrets. En effet, l'article 7 de la loi « Sapin II » a créé l'article 122-9 du Code pénal qui le préserve en cas d'atteinte « *à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi* ». Les secrets ici visés sont le secret professionnel²¹⁹⁶, le secret des correspondances²¹⁹⁷ et le

également l'égalité de traitement, ont prévu une « *protection contre les rétorsions* ». Plus tard, l'article 32 du règlement 596/2014 du 16 avril 2014 sur les abus de marché a imposé aux États de veiller à la mise en place de mécanisme qui comprennent notamment « *une protection adéquate pour les personnes travaillant dans le cadre d'un contrat de travail qui signalent des violations ou qui sont accusées d'avoir commis des violations, au moins contre les représailles, la discrimination ou d'autres types de traitement inéquitable* ».

²¹⁹¹ Le Conseil de l'Europe demandait aux États Parties, par le biais de la Convention pénale sur la corruption du 27 janvier 1999 et de la Convention civile sur la corruption du 4 novembre 1999 de prendre des mesures de protection à l'égard des personnes et des travailleurs qui dénoncent des faits de corruption.

²¹⁹² La Convention des Nations Unies contre la corruption, annexée à la Résolution 58/4 de l'Assemblée générale du 31 octobre 2003, formule la même exigence : « *Chaque État Partie envisage d'incorporer dans son système juridique interne des mesures appropriées pour assurer la protection contre tout traitement injustifié de toute personne qui signale aux autorités compétentes, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, tous faits concernant les infractions établies conformément à la présente Convention* » (Art. 33).

²¹⁹³ Dans sa Recommandation du 26 novembre 2009, visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, l'OCDE recommande, entre autres, aux pays membres de s'assurer que des mesures appropriées sont en place pour protéger les lanceurs d'alerte (IX).

²¹⁹⁴ Dans une résolution du 14 février 2017 concernant le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2016/2055(INI)), le Parlement européen avait déploré « *que la Commission se soit pour l'instant montrée incapable de présenter une proposition législative visant à fixer un niveau minimal de protection pour les lanceurs d'alerte européens* ». La Commission européenne avait ensuite lancé une consultation publique sur ce sujet. La Commission reconnaît que les lanceurs d'alerte ont un rôle important à jouer et qu'ils ont besoin d'une protection adéquate : Commission européenne, *Protection des lanceurs d'alerte: la Commission fixe de nouvelles règles applicables dans toute l'UE*, Communiqué de presse, 23 avril 2018. Sa proposition de directive prévoit 14 formes de représailles interdites, parmi lesquelles figurent le licenciement, la rétrogradation ou l'ostracisme sur le lieu de travail : proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union, 23 avril 2018, COM(2018) 218 final, 2018/0106(COD).

²¹⁹⁵ Sur la question de savoir s'il s'agit, en droit pénal, d'un fait justificatif ou d'une cause de non-imputabilité : F. LUDWICZAK, *Le droit d'alerte*, in *Les lanceurs d'alerte*, op. cit., p. 186 et s.

²¹⁹⁶ C. pén. art. 226-13.

secret des affaires²¹⁹⁸. Cela peut être déduit du dernier alinéa de l'article 6 de la loi « *Sapin II* » qui exclut formellement du régime de l'alerte les informations couvertes par le secret de la défense nationale²¹⁹⁹, par le secret médical²²⁰⁰ et par le secret des relations entre un avocat et son client²²⁰¹. En revanche, le lanceur d'alerte ne se voit offrir aucune immunité contre les infractions qu'il commettrait pour les nécessités de l'alerte et qui pourraient consister en un abus de confiance ou un vol de données²²⁰². En second lieu, pour éviter la pratique des poursuites-bâillons, qui visent à faire taire les lanceurs d'alerte, l'article 13 de la loi précitée sanctionne toute personne qui ferait obstacle à l'alerte d'une peine de prison et d'une amende, dont le montant peut être relevé en cas de plainte pour diffamation à l'encontre d'un lanceur d'alerte²²⁰³.

365. La protection par la confidentialité. Enfin, aux confins du droit social et du droit pénal, l'article 9 de la loi « *Sapin II* » énonce que les procédures de signalement internes aux entreprises ou administrations « *garantissent une stricte confidentialité de l'identité des auteurs du signalement, des personnes visées par celui-ci et des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement* ». Il est précisé que « *les éléments de nature à identifier le lanceur d'alerte ne peuvent être divulgués, sauf à l'autorité judiciaire, qu'avec le consentement de celui-ci* ». Il en va de même pour ceux relatifs à la personne mise en cause par un signalement qui ne peuvent être divulgués, sauf à l'autorité judiciaire, « *qu'une fois établi le caractère fondé de l'alerte* ». Le fait de divulguer ces éléments confidentiels est

²¹⁹⁷ C. pén. art. 226-15.

²¹⁹⁸ L'article 5 de la directive 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016, qui doit être transposée en France d'ici au 9 juin 2018, prévoit une dérogation au secret des affaires pour les lanceurs d'alerte – visés au considérant 20 – puisque la divulgation peut être autorisée « *pour révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale, à condition que le défendeur ait agi dans le but de protéger l'intérêt public général* ». Mais le texte européen fait peser la charge de la preuve de cet intérêt sur le lanceur d'alerte, si bien que la transposition de la directive en France ne devrait pas servir de prétexte pour revenir sur le mécanisme probatoire instauré par le législateur national : P. ADAM, *À propos de la protection générale des lanceurs d'alerte dans l'entreprise privée. (Commentaire de la loi dite « Sapin II » du 9 décembre 2016)*, RJS 2017, n° 5, p. 355.

²¹⁹⁹ C. pén. art. 413-10 et 413-11.

²²⁰⁰ CSP art. R. 4127-4 et Code de déontologie médicale art. 4.

²²⁰¹ Article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, article 4 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat et article 2 du Règlement Intérieur National de la profession d'avocat (RIN), version consolidée au 1^{er} août 2017.

²²⁰² Propos tenus par Madame Élise Letouzey, lors du colloque précité sur « *Les lanceurs d'alerte, L'anniversaire de la loi Sapin II* ».

²²⁰³ L'obstacle à la transmission de l'alerte est puni d'un an de prison et de 15.000€ d'amende tandis qu'en cas de plainte pour diffamation contre un lanceur d'alerte, le montant de l'amende civile est porté à 30.000€.

lourdement sanctionné²²⁰⁴. L'article 5 de la proposition de directive de la Commission européenne prévoit que les canaux de signalements internes doivent garantir la confidentialité de l'identité de l'informateur et en empêcher l'accès aux membres du personnel non autorisés²²⁰⁵. L'application de la loi « *Sapin II* » révélera si la protection théorique est confirmée en pratique.

366. Conclusion de section. Pour que les travailleurs des secteurs public et privé puissent participer activement à la prise de conscience des risques dans l'entreprise, le législateur a compris qu'il fallait construire un droit d'alerte digne de ce nom. La libération de la parole passe en effet par une procédure claire et une protection suffisante. En contrepartie de ce statut protecteur, le lanceur d'alerte doit présenter une conscience éclairée et pure, qualités qui sont appréciées par le juge. Il faut espérer qu'une place sera laissée aux représentants du personnel ou, du moins, aux syndicats, pour accompagner les travailleurs dans leur démarche, par essence collective.

²²⁰⁴ Le fait de divulguer les éléments confidentiels est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30.000€ d'amende

²²⁰⁵ Quant à l'article 6 relatif aux canaux de signalement externe, il énonce que ceux-ci doivent être « *indépendants, autonomes, sécurisés et confidentiels pour la réception et le traitement des informations fournies par l'informateur* ».

Section 2 : Le droit à la prise de conscience des représentants des travailleurs

367. Des droits devenus alertes. Les droits d'alerte conférés aux représentants du personnel sont des « *prérogatives d'expression* », qui ont notamment pour vertu de lever les obstacles à la circulation de l'information²²⁰⁶ au sein de l'entreprise, soumise à l'autorité de l'employeur²²⁰⁷. Ils diffèrent du droit d'alerte reconnu aux travailleurs car ils ne relèvent pas d'un acte d'expression spontané mais appartiennent aux fonctions des représentants du personnel²²⁰⁸. L'exercice de ces droits est en effet légitimé par leur mandat²²⁰⁹ et facilité par le régime qui l'accompagne, à savoir l'attribution d'heures de délégation et le statut protecteur²²¹⁰, qui va au-delà de ce qu'instaure la loi « *Sapin II* » pour les lanceurs d'alerte²²¹¹. Les textes d'origine des droits d'alerte de certains membres du CHSCT²²¹², des délégués du personnel²²¹³ et du comité d'entreprise²²¹⁴ ne contenaient d'ailleurs pas de référence au terme

²²⁰⁶ Les représentants du personnel peuvent être amenés à prendre – et à faire prendre – conscience de la situation de l'entreprise par d'autres biais, tels que les différentes procédures d'information et de consultation permettant, en principe, des échanges fluides avec la direction. Mais il est intéressant de se focaliser sur les procédures d'alerte car elles matérialisent une prise de conscience sur un fait précis, à un moment donné.

²²⁰⁷ A. SUPIOT, *L'alerte écologique dans l'entreprise*, in *Droit du travail et droit de l'environnement*, Actes du colloque de la Société française pour le droit de l'environnement, Toulouse, 30 septembre et 1^{er} octobre 1993, Litec, 1994, p. 91.

²²⁰⁸ O. LECLERC, *Protéger les lanceurs d'alerte, La démocratie technique à l'épreuve de la loi*, LGDJ, 2017, p. 21.

²²⁰⁹ En droit social, « *c'est l'institution d'un représentant qui fait accéder à la vie juridique la collectivité représentée* » : A. SUPIOT, *Le droit du travail*, Que sais-je ?, PUF 6^{ème} éd., 2016, p. 83.

²²¹⁰ Certes, la protection est théoriquement intéressante car « *leur licenciement est soumis à autorisation de l'inspecteur du travail* » et « *au plan pénal, toute entrave à leur alerte est constitutive d'un délit. Mais la réalité, c'est-à-dire le vécu des personnes, est peut-être bien différente. Une toute récente étude du groupe Alpha montre que les représentants du personnel sont sujets plus que les autres salariés aux risques psychosociaux* » : R. de QUENAUDON, *Les lanceurs d'alerte*, in *Prendre la responsabilité au sérieux*, dir. A. SUPIOT et M. DELMAS-MARTY, PUF, 2015, p. 297.

²²¹¹ cf. *supra* n°361 et s.

²²¹² « *Si un salarié membre des institutions visées au 3 de l'article L. 231-2 constate qu'il existe une cause de danger imminent, il en avise immédiatement le chef d'établissement (...)* » : C. trav. anc. art. L. 231-9 al. 1^{er} créé par le décret n° 74-808 du 19 septembre 1974 portant mise à jour du Code du travail.

²²¹³ « *Si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur* » : C. trav. art. L. 422-1-1 créé par la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage.

²²¹⁴ Sur le droit d'alerte économique : « *I. Lorsque le comité d'entreprise a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, il peut demander à l'employeur de lui fournir des explications. (...) Le rapport du comité d'entreprise (...) conclut en émettant un avis sur l'opportunité de saisir de ses conclusions l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance (...) ou d'en informer les associés (...)* » : C. trav. anc. art. L. 432-5 créé par la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises. Sur le droit d'alerte sociale : « *Lorsque le comité d'entreprise a connaissance de faits susceptibles de caractériser un recours abusif aux contrats de travail à durée déterminée et aux contrats de travail temporaire, (...) il peut décider de saisir l'inspecteur du travail* » : C. trav. anc. art. L. 432-4-1 créé par la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale. Mais la circulaire DRT n° 2002-

d'« *alerte* ». Il était question au début d'« *aviser* » ou de « *saisir* » l'employeur ou l'inspecteur du travail. Pour les membres du CHSCT et le comité d'entreprise, le mot « *alerte* » n'est apparu dans le Code du travail qu'à l'occasion de sa recodification survenue en 2007²²¹⁵. Selon Olivier Leclerc, Directeur de recherche au CNRS, cette période correspond « *à un moment où la notion de lanceur d'alerte, inconnue au début des années 1980, aura pris un essor nouveau, et où des alertes spontanées auront été protégées par le Code du travail* »²²¹⁶.

368. Un vaste champ d'application. Il a cependant fallu attendre l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, soit l'une des ordonnances dites « *Macron* », pour que les « *droits d'alerte* » des représentants du personnel soient pleinement consacrés au sein d'une sous-section éponyme les regroupant tous²²¹⁷. Il s'agit d'étudier comment ces droits d'alerte permettent aux représentants du personnel de prendre conscience des risques sociaux (§1) et économiques (§2) pour l'entreprise, tout en s'articulant, le cas échéant, avec l'obligation de sécurité de l'employeur et le droit d'alerte des travailleurs.

§ 1 : Les droits d'alerte en cas de risque social

369. L'exclusion du droit d'alerte relatif à l'usage des contrats précaires. Il existe plusieurs droits d'alerte en cas de risque social²²¹⁸, tous exercés par le comité social et économique. Mais, avant leur fusion, chaque institution représentative du personnel a pu bénéficier de son propre droit d'alerte en la matière. Le comité d'entreprise²²¹⁹ en détenait un

08 du 2 mai 2002, relative à la mise en œuvre de la loi de modernisation sociale, mentionnait déjà : « 2.3. *Les modalités d'exercice du droit d'alerte* ».

²²¹⁵ L'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative), ratifiée par la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008, a remplacé le verbe « *aviser* » par « *alerter* » au sein de l'ancien article L. 4131-2 relatif au CHSCT et a inséré l'expression « *droit d'alerte économique* » dans l'intitulé de la sous-section 10 à laquelle appartenait l'ancien article L. 2323-78 concernant le comité d'entreprise. En revanche, l'expression « *droit d'alerte sociale* » n'est apparue dans le Code du travail qu'avec la loi n° 2015-994 du 17 août 2015

²²¹⁶ O. LECLERC, *op. cit.*, p. 23.

²²¹⁷ S'intitule « *Droits d'alerte* » la sous-section 5 de la section 3 (« *Attributions du comité social et économique dans les entreprises d'au moins cinquante salariés* ») du chapitre II (« *Attributions* ») du Titre I^{er} (« *Comité social et économique* ») du Livre III (« *Les institutions représentatives du personnel* ») de la Deuxième Partie (« *Les relations collectives de travail* ») du Code du travail.

²²¹⁸ L'expression est à prendre au sens large car sont aussi abordés dans cette partie les risques en matière sanitaire et en matière environnementale.

²²¹⁹ Entre le 18 janvier 2002 et le 31 décembre 2017, le droit d'alerter l'inspecteur du travail sur l'utilisation des contrats précaires appartenait aux délégués du personnel « *à défaut de comité d'entreprise* » : C. trav. anc. art. L.

dans le but de signaler l'accroissement important du nombre de contrats précaires²²²⁰ ou d'en dénoncer le recours abusif²²²¹. Comme pour le droit d'alerte des travailleurs, la procédure semble comporter des paliers²²²² avec une demande préalable d'explications à l'employeur en réunion²²²³, suivie d'une saisine éventuelle de l'inspecteur du travail²²²⁴. Jusqu'à présent²²²⁵, ce droit d'alerte, au domaine très précis, n'a donné lieu qu'à quelques contentieux sur le terrain du délit d'entrave, lorsque l'employeur refuse de transmettre les informations pertinentes sur la situation de l'emploi dans l'entreprise²²²⁶. Il ne sera donc pas davantage examiné dans cette étude.

370. Les droits d'alerte pour la défense de l'intégrité humaine. En revanche, les droits d'alerte qui appartenaient aux représentants du personnel au CHSCT et aux délégués du personnel ont été davantage débattus en doctrine et au sein des prétoires. Cela est sans doute lié à leur champ d'application plus vaste, à savoir l'atteinte – ou le risque d'atteinte – à

432-4-1 ; C. trav. anc. art. L. 2323-17 ; C. trav. anc. art. L. 2323-59. Selon l'administration, cette disposition visait les situations de carence du comité d'entreprise : circulaire DRT n° 2002-08 du 2 mai 2002, n°2-4, BOMT n° 2002-11. Cette interprétation a parfois été contestée car le texte ne vise pas la « carence » mais le « défaut » de comité, situation qui englobe aussi le cas où il n'y a pas de comité, l'entreprise occupant moins de 50 salariés. En ce sens : Navis, Documentation sociale, série L - Représentation du personnel, n° 33435.

²²²⁰ « La notion d'accroissement important est appréciée par référence au nombre de contrats conclus au cours des mois précédents, au cours de la même période durant les années précédentes, ou par rapport à tout autre critère que le comité d'entreprise jugera pertinent » : Circ. DRT n° 2002-08 préc., n° 2.2, BOMT n° 2002/11.

²²²¹ « S'agissant de la notion de recours abusif, le législateur a voulu retenir une notion plus large que celle d'infraction ou de recours illégal ou illicite aux contrats (...) En effet, la critique principale en matière de développement de la précarité porte sur l'existence d'un pourcentage important et stable de travailleurs précaires dans certaines entreprises (...) C'est dans ce type de cas de figure que le nouveau droit confié au comité d'entreprise prend tout son sens » : Circ. DRT n° 2002-08 préc., n°2.1, BOMT n° 2002/11. Cette notion « dispense, le cas échéant, de comparer des chiffres et permet de critiquer des méthodes même si les chiffres sont inchangés ». Le Conseil constitutionnel a reconnu que le comité d'entreprise peut saisir l'inspecteur du travail dès qu'« il lui apparaît que les textes ont été méconnus par l'employeur » (considérant n° 24 : Cons. const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC). Il se réfère ainsi à « une appréciation légitimement subjective du comité d'entreprise » : M. COHEN et L. MILLET, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, Lextenso éditions, 2017, n° 1640, p. 814.

²²²² Les deux étapes ont été placées dans des articles différents et qui ne se suivaient pas lors de la recodification de 2007. Elles ont été déplacées dans des articles voisins à compter de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015.

²²²³ C. trav. anc. art. L. 432-4-1 ; puis C. trav. anc. art. L. 2323-53 créé par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 ; puis art. L. 2323-58 modifié par la loi n°2015-994 du 17 août 2015 ; et enfin art. L. 2312-70 créé par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017.

²²²⁴ C. trav. anc. art. L. 432-4-1 ; C. trav. anc. art. L. 2323-17 ; C. trav. anc. art. L. 2323-59 ; C. trav. anc. art. L. 2312-71. L'inspecteur peut toutefois recevoir la visite d'un membre du comité à ce sujet, sans formalité préalable : M. COHEN et L. MILLET, *op. cit.*, n°1639, p. 813.

²²²⁵ La situation changera peut-être maintenant que le droit d'alerte sociale est mis en valeur dans la section dédiée à ces droits au sein du Code du travail et que ces derniers seront tous exercés par la même instance.

²²²⁶ Cass. crim., 25 janvier 2000, n° 99-80.508, inédit ; Cass. crim., 19 juin 2001, n° 00-80.489, Bull. crim., n° 150 ; Cass. crim., 8 novembre 2005, n° 04-86.653, inédit.

l'intégrité physique (I) ou juridique des personnes (II). Il convient de s'attarder sur ces droits d'alerte en particulier.

I : Le droit d'alerte en cas d'atteinte à l'intégrité physique des personnes

371. La condition d'un danger grave et imminent. Le droit d'alerte de l'ancien article L. 231-9 du Code du travail²²²⁷, devenu l'article L. 4131-2²²²⁸, peut être actionné lorsqu'il existe « *une cause de danger grave et imminent* ». Il a d'abord appartenu aux salariés membres des institutions ayant pour mission « *de contribuer à l'amélioration des conditions d'hygiène et de sécurité du travail et à la protection de la santé des travailleurs* »²²²⁹. Ensuite, il est devenu l'apanage des représentants du personnel au CHSCT²²³⁰. Depuis le 1^{er} janvier 2018, ce droit est exercé par les représentants du personnel au comité social et économique. Au sein de la fonction publique, depuis 1995, ce droit d'alerte, qui est un « *emprunt* »²²³¹ au droit du travail, appartient aux représentants du personnel d'un organe toujours dénommé « *comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail* »²²³². Mais il n'existe pas de définition légale du danger grave et imminent si bien qu'il appartient aux représentants du personnel et à l'employeur de l'identifier objectivement²²³³. En cas de désaccord, cette tâche revient à l'inspecteur du travail, voire au juge, ce dernier pouvant apprécier souverainement le

²²²⁷ cf. *supra* note n° 2212 : créé par le décret n° 74-808 du 19 septembre 1974 portant mise à jour du Code du travail.

²²²⁸ cf. *supra* note n° 2215 : créé par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative), ratifiée par la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008.

²²²⁹ Les institutions étaient désignées par renvoi de l'ancien article L. 231-9 au 3 de l'ancien article L. 231-2, dans leur version en vigueur entre le 29 septembre 1974 et le 25 décembre 1982. Il s'agissait des « *institutions ayant pour mission d'aider à l'observation des prescriptions ci-dessus* » c'est-à-dire « *les mesures générales de protection et de salubrité* » ainsi que « *les prescriptions particulières relatives soit à certaines professions, soit à certains modes de travail* ».

²²³⁰ C. trav. anc. art. L. 213-9, en vigueur entre le 26 décembre 1982 et le 30 avril 2008 ; puis C. trav. art. L. 4131-2, en vigueur entre le 1^{er} mai 2008 et le 31 décembre 2017.

²²³¹ F.-X. FORT, *La protection du fonctionnaire face aux risques psychosociaux*, JCP A 2017, 2061.

²²³² L'article 5-7 du décret n° 82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique dispose notamment que « *si un agent a un motif raisonnable de penser que sa situation de travail présente un danger grave et imminent pour sa vie ou pour sa santé ou s'il constate une défectuosité dans les systèmes de protection, il en avise immédiatement l'autorité administrative* ». Cet article ainsi que les articles 5-5 à 5-9, sur le même thème, ont été insérés dans le décret de 1982 par le décret n° 95-680 du 9 mai 1995 le modifiant. Sur un exemple d'enquête visant à établir la réalité de la dégradation des conditions de travail au sein du service et des risques psychosociaux en découlant : CE, 23 octobre 2015, n° 386649.

²²³³ « *À l'inverse du droit de retrait exercé par un salarié* », ou du droit d'alerte économique du comité social et économique étudié ci-après, « *l'appréciation n'est pas subjective* » : M. PÉLISSIER, *De la procédure d'alerte pour danger grave et imminent au signalement d'un trouble pour la santé ou la sécurité*, JCP S 2015, 1427.

caractère fondé ou non du droit d'alerte²²³⁴. La circulaire du 25 mars 1993 a apporté des éclaircissements en définissant comme grave « *tout danger susceptible de produire un accident ou une maladie entraînant la mort ou paraissant devoir entraîner une incapacité permanente ou temporaire prolongée* » et en confirmant²²³⁵ qu'est imminent « *tout danger susceptible de se réaliser brutalement dans un délai rapproché* »²²³⁶. En d'autres termes, et afin que l'alerte présente un intérêt, la conséquence funeste peut ne pas se réaliser mais le danger pour l'intégrité physique²²³⁷ du salarié doit être réel²²³⁸.

372. L'appréciation *in concreto*. Le danger doit, en outre, être apprécié « *compte tenu du travail réel des salariés* »²²³⁹, ce qui met à nouveau l'accent sur l'importance de la controverse dans la définition du travail²²⁴⁰. Ainsi, dans le milieu bancaire par exemple, lorsqu'ils entraînent une augmentation de l'absentéisme et des syndromes dépressifs, l'alourdissement de la charge de travail et les modifications profondes dans l'organisation du travail peuvent constituer un danger d'une gravité suffisante²²⁴¹. Dans le cadre du projet de réorganisation d'une société spécialisée dans la sécurité contre les incendies, il a pu être interdit à cette dernière de déployer davantage son nouvel outil informatique étant donné,

²²³⁴ Selon le Professeur Pierre-Yves Verkindt, « *le caractère grave du danger est apprécié en considération de ses conséquences et il n'est pas nécessaire que plusieurs salariés soient concernés. Le caractère imminent du danger est plus difficile à apprécier. L'imminence du danger est relative puisque l'alerte peut concerner des risques d'exposition à des nuisances dont les effets sont susceptibles de se faire sentir à long terme* » : P.-Y. VERKINDT, *Le rôle des instances de représentation du personnel en matière de sécurité*, Dr. soc. 2007, p. 697.

²²³⁵ Auparavant : « *situations où le risque est susceptible de se réaliser brusquement et dans un délai rapproché* » : Rép. min. n° 37923, JOAN Q, 26 décembre 1983, p. 5497.

²²³⁶ Circulaire n° 93/15 du 25 mars 1993 relative à l'application de la loi n° 82.1097 du 23 décembre 1982 (modifiée par la loi n° 91.1414 du 31 décembre 1991) et du décret n° 93.449 du 23 mars 1993

²²³⁷ . L'expression d'« *intégrité physique* » apparaît à plusieurs reprises dans les conclusions d'Yves Chauvy, Avocat général à la Cour de cassation, dans un arrêt relatif au droit de retrait du salarié : Y. CHAUVY, *Retrait d'une situation de travail*, concl. ss Cass. soc., 20 mars 1996, n° 93-40.111, Bull. civ. V, n° 107 ; RJS 5/96, p. 319. Cette notion d'atteinte à l'intégrité physique doit ici être comprise comme intégrant l'ensemble du corps humain, ce qui comprend aussi les troubles apportés à sa santé mentale : R. SAADA, *Santé au travail : vaincre l'isolement*, Dr. ouvr. 2009, p. 200. Le CESE a d'ailleurs considéré que cette procédure d'alerte – comme celle de l'ancien article L. 422-1-1 du Code du travail étudiée ci-après – convient aux cas de harcèlement moral : Conseil économique et social, *Le harcèlement moral au travail*, Avis adopté au cours de la séance du 11 avril 2001, p. 78 ; cité par P. BOUAZIZ et A. SOUMEIRE, *Révéler les faits sur le terrain : le rôle des IRP*, Dr. ouvr. 2014, n° 788, p. 207.

²²³⁸ « *Toute menace réelle, non inhérente au poste lui-même et donc « inhabituelle », qui est susceptible « raisonnablement » de causer un préjudice grave (et non simplement léger) à un salarié peut être constitutif d'un danger grave et imminent* » : L. CHASSARANT, *Réagir au droit d'alerte du CHSCT*, Cah. DRH 2011, n° 172.

²²³⁹ J.-B. COTTIN, *Le CHSCT face au risque professionnel*, JSL 2008, n° 239. Sur le concept de travail réel : cf. *supra* n° 233 et s., 243 et 278.

²²⁴⁰ cf. *supra* n° 236 et 272.

²²⁴¹ En l'espèce, l'alourdissement de la charge de travail était consécutif à des réductions d'effectifs et à l'ouverture de nouvelles agences, tandis que les modifications dans l'organisation du travail étaient liées à la mise en place d'un nouveau système informatique. La situation avait par ailleurs vivement alerté le médecin du travail : Cass. soc., 26 janvier 2012, n° 10-12.183, inédit.

entre autres, les cas de « *burnout* » de salariés, constatés par contre-visite médicale, et l’alerte exercée par le secrétaire du CHSCT²²⁴². En revanche, l’admission dans un hôpital de malades porteurs du virus du sida ou de l’hépatite B n’a pas été qualifié de danger grave et imminent car l’établissement était censé pouvoir faire face aux risques de contagion²²⁴³.

373. L’extension du champ d’application grâce au droit de retrait. Par ailleurs, même si les deux sont liés par la loi, l’exercice préalable par un salarié de son droit de retrait n’est pas une condition pour que soit reconnu un danger grave et imminent²²⁴⁴. En revanche, à partir de la loi du 31 décembre 1991, cet exercice préalable a permis d’élargir le champ d’action du CHSCT. Depuis lors, le droit de retrait du travailleur, défini à l’ancien article L. 213-8 du Code du travail puis à l’article L. 4131-1, vise, à côté du danger grave et imminent pour la vie et la santé, « *toute défectuosité qu’il constate dans les systèmes de protection* ». Une partie de la doctrine a alors considéré que cette référence pouvait être entendue comme « *couvrant* » non seulement les systèmes de protection des salariés mais aussi « *les systèmes de protection de l’environnement* »²²⁴⁵. Cette analyse devait conduire le CHSCT à exercer son droit d’alerte dans tout type d’entreprise²²⁴⁶, que le danger « *soit généré par l’environnement de travail (taux de produits toxiques trop élevé, équipements défectueux...), ou bien provoqué par l’environnement écologique de l’entreprise* »²²⁴⁷. Cette compétence écologique du CHSCT a ensuite été consacrée par la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013. Celle-ci a créé un droit d’alerte spécifique en cas de « *risque grave pour la santé publique ou l’environnement* » pour les

²²⁴² CA Versailles, 18 janvier 2018, n° 17-06 280 ; F. CHAMPEAUX, *Une réorganisation pathogène sanctionnée par les juges*, SSL 2018, n° 1801.

²²⁴³ TA Versailles, 2 juin 1994, n° 87-2364 ; RJS 10/94, n° 1142. De même, ne présente pas une gravité suffisante, le danger lié à la reprise du travail dans un établissement après son évacuation par les pompiers en raison d’une intoxication au monoxyde de carbone dès lors que le préfet avait précisé que le travail pouvait reprendre normalement en l’absence totale de pollution : CA Nancy, 10 septembre 2010, n° 09-03110, Juris-Data n° 2010-019344.

²²⁴⁴ Selon le Professeur Bernard Teyssié, il ne serait pas démontré que la procédure d’alerte appartenant aux représentants du personnel « *apporte toujours une réponse efficace au danger constaté, en principe imminent* », si bien que « *l’utilité du droit de retrait reconnu à chaque salarié en est renforcée* » : B. TEYSSIÉ, *Droit du travail, Relations collectives*, LexisNexis, 2016, 10^{ème} éd., n° 834, p. 456.

²²⁴⁵ M. DESPAX, *Environnement et droit du travail*, JCl. Environnement et Développement durable, ancien fasc. 982 ; cité par M.-P. BLIN-FRANCHOMME et I. DESBARATS, *Environnement et travail*, JCl. Environnement et Développement durable, LexisNexis, fasc. 2330, 2016, n° 175 ; A. SUPIOT, *L’alerte écologique dans l’entreprise*, in *Droit du travail et droit de l’environnement*, Actes du colloque de la Société française pour le droit de l’environnement, Toulouse, 30 septembre et 1^{er} octobre 1993, Litec, 1994, p. 105.

²²⁴⁶ « *La notion de danger doit être interprétée ici par référence aux attributions du CHSCT déclinées par l’article L. 236-2 (devenu L. 4612-1) du Code du travail, et englobe donc le danger pour l’environnement dans les installations classées soumises à autorisation préalable, et tout danger « mixte » dans les entreprises qui n’y sont pas soumises* » : A. SUPIOT, *L’alerte écologique*, Droit et ville, 1994, p. 106.

²²⁴⁷ I. DESBARATS, *La compétence environnementale du CHSCT : réalité ou utopie ?*, RLDA 2008, n° 24.

représentants du personnel, qualifiés de « lanceurs d'alerte »²²⁴⁸, au sein de l'article L. 4133-2 du Code du travail²²⁴⁹. Ce droit d'alerte est toujours en vigueur depuis la loi « Sapin II »²²⁵⁰ et coexiste aux côtés du droit d'alerte général des travailleurs, décrit précédemment. L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 a achevé de consacrer l'importance de ces deux dispositifs d'alerte, en les regroupant dans le double renvoi au sein de l'article L. 2312-60, unique disposition du paragraphe sur l'« alerte en cas de danger grave et imminent »²²⁵¹.

374. La procédure. Dans les deux cas de figure, le représentant du personnel alerte immédiatement l'employeur et consigne son avis²²⁵² sur un registre spécial, tenu sous la responsabilité de l'employeur²²⁵³. Les travailleurs exposés au danger sont formellement identifiés car leur nom est l'une des mentions obligatoires à indiquer sur le registre²²⁵⁴. Après cela, seul l'employeur²²⁵⁵ décide des actions à mettre en œuvre²²⁵⁶, parmi lesquelles figurent les instructions permettant aux salariés de se protéger²²⁵⁷. Le droit des représentants du personnel ne serait alors qu'un « pouvoir d'alerte »²²⁵⁸ car ces derniers n'ont pas le droit d'arrêter les machines²²⁵⁹. Cependant, l'employeur ne peut refuser au représentant de se rendre sur place ni de lui fournir les moyens nécessaires²²⁶⁰, le temps d'enquête s'imputant

²²⁴⁸ B. TEYSSIE, *op. cit.*, n° 836, p. 457.

²²⁴⁹ Cette loi a aussi créé une obligation, à la charge de l'employeur, d'informer les travailleurs sur les risques que peuvent faire peser sur la santé publique ou l'environnement les produits ou procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre par l'établissement ainsi que sur les mesures prises pour y remédier : C. trav. art. L. 4141-1.

²²⁵⁰ *cf. supra* note n° 2050.

²²⁵¹ L'article L. 4133-2 vise pourtant un « risque grave », notion qui apparaît plus large que celle de « danger grave et imminent ».

²²⁵² C. trav. art. L. 4132-2 et L. 4133-2.

²²⁵³ C. trav. art. D. 4132-1, D. 4132-2, D. 4133-2 et D. 4133-3.

²²⁵⁴ C. trav. art. D. 4132-1. Par conséquent, si les travailleurs veulent conserver l'anonymat, il est conseillé de privilégier la procédure d'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes : P. BOUAZIZ et A. SOUMEIRE, *art. préc.*, p. 207 ; *cf.* n° 376 et s.

²²⁵⁵ Les membres du CHSCT qui prendraient une décision à la place de celui-ci peuvent être sanctionnés : Cass. soc., 29 janvier 1981, n° 79-40.583, Bull. n° 79 ; Cass. soc., 15 mai 1991, n° 88-42.744, inédit.

²²⁵⁶ C. trav. art. L. 4132-2.

²²⁵⁷ C. trav. art. L. 4132-5.

²²⁵⁸ En revanche, il est difficile de parler d'obligation d'alerte car, s'il semble obligatoire pour le représentant du personnel de consigner son alerte par écrit, celui-ci ne peut être sanctionné pour le non-respect de cette obligation : *Lamy santé sécurité au travail*, dir. F. RIGAUD, 2017, n° 310-86.

²²⁵⁹ La 71^e proposition du candidat François Mitterrand lors de l'élection présidentielle de 1981 prévoyait pourtant que « Le comité d'hygiène et de sécurité aura le pouvoir d'arrêter un atelier ou un chantier pour raisons de sécurité. » : J.-B. COTTIN, *art. préc.*, n° 239. Mais « ce pouvoir appartient en revanche à l'inspecteur du travail dans des cas limitativement énumérés par le Code du travail (ainsi en matière de risque d'ensevelissement sur les chantiers, en matière d'activités de désamiantage ou encore en cas de dépassement réitéré des valeurs limites d'exposition à des produits cancérigènes, mutagènes ou toxiques) » : P.-Y. VERKINDT, *Le rôle des instances de représentation du personnel en matière de sécurité*, Dr. soc. 2007, p. 697.

²²⁶⁰ « Attendu qu'après avoir relevé qu'un véhicule avait été refusé à M. X. pour se rendre sur le chantier où un danger imminent provenant d'un engin privé de freins hydrauliques lui avait été signalé, en condamnant la

sur le crédit d'heures²²⁶¹. Même s'il estime que le droit d'alerte n'est pas fondé, l'employeur doit appliquer la procédure en procédant immédiatement à une enquête avec le représentant du comité social et économique²²⁶² ou en examinant la situation avec celui-ci²²⁶³, et si l'établissement est classé comme à hauts risques industriels, en informant les autorités compétentes²²⁶⁴. En cas d'alerte pour un danger grave et imminent, s'il y a une divergence entre l'employeur et le représentant, le comité social et économique est réuni d'urgence²²⁶⁵, pour pallier l'inaction de l'employeur²²⁶⁶. À défaut donc d'accord entre l'employeur et la majorité du comité social et économique, l'inspecteur du travail est saisi immédiatement par l'employeur ou son représentant. Il peut dresser immédiatement procès-verbal²²⁶⁷ et mettre en œuvre, le cas échéant, soit une procédure de mise en demeure par le DIRECCTE, auquel il fait un rapport, soit une action devant le juge des référés²²⁶⁸. En cas d'alerte pour un risque grave sur la santé publique ou l'environnement, l'employeur doit réunir le comité social et économique²²⁶⁹. S'il y a divergence de points de vue ou si l'employeur refuse d'agir, le représentant du personnel a la possibilité de saisir le préfet²²⁷⁰, en informant le comité social et économique²²⁷¹. À la différence du travailleur qui peut saisir directement les media en cas de danger grave et imminent²²⁷², l'employeur a donc l'assurance que cette alerte

société Entreprise Jean Lefebvre à rembourser à ce salarié, qui avait dû utiliser son véhicule personnel, ses frais de déplacement, la cour d'appel a fait une juste application du texte précité » : Cass. soc., 10 octobre 1989, n° 86-44.112, Bull. civ. V, n° 580 ; RJS 11/89, n° 850.

²²⁶¹ Les conditions d'exercice du droit d'alerte constituent des circonstances qui permettent de dépasser le crédit d'heures légal : Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-41.783, inédit.

²²⁶² « *En cas de danger grave et imminent, tout membre du CHSCT dispose d'un droit d'alerte qui oblige le chef d'établissement à sortir immédiatement de son bureau et à l'accompagner sur les lieux pour procéder à une enquête* » : M. COHEN et L. MILLET, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, Lextenso éditions, 2017, n° 549, p. 273.

²²⁶³ C. trav. art. L. 4132-2 et L. 4133-2.

²²⁶⁴ C. trav. art. L. 4526-1 : « *En cas de danger grave et imminent, l'employeur informe, dès qu'il en a connaissance, l'agent de contrôle de l'inspection du travail mentionné à l'article L. 8112-1, le service de prévention des organismes de sécurité sociale et, selon le cas, l'Autorité de sûreté nucléaire, l'inspection des installations classées ou l'ingénieur chargé de l'exercice de la police des installations mentionnées à l'article L. 211-2 du code minier, de l'avis émis par le représentant du comité social et économique en application de l'article L. 4132-2. L'employeur précise à cette occasion les suites qu'il entend donner à cet avis.* ».

²²⁶⁵ C. trav. art. L. 4132-3.

²²⁶⁶ J.-B. COTTIN, *art. préc.*, n° 239.

²²⁶⁷ C. trav. art. L. 4721-5.

²²⁶⁸ C. trav. art. L. 4132-4.

²²⁶⁹ C. trav. art. L. 2315-27

²²⁷⁰ C. trav. art. L. 4133-3.

²²⁷¹ C. trav. art. L. 4133-4.

²²⁷² Article 8 de la loi dite « Sapin II » : « II. - *En cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles, le signalement peut être porté directement à la connaissance des organismes mentionnés au deuxième alinéa du I. Il peut être rendu public* » ; cf. *supra* n° 352.

institutionnelle respectera les deux premiers paliers que sont l'examen interne et la saisine de l'autorité administrative, avant d'être plus largement diffusée.

375. Les sanctions du non-respect de ce droit. Si un accident se produisait, l'employeur qui n'aurait pas pris au sérieux l'alerte relative à la santé de ses salariés se verrait imputer une faute inexcusable²²⁷³. En outre, l'employeur qui ne respecte pas la procédure peut être condamné pour délit d'entrave²²⁷⁴. Tel fut le cas de l'employeur qui n'avait pas associé les délégués du personnel ni le CHSCT à l'enquête sur des faits présumés de harcèlement moral, alors que ces deux institutions avaient donné l'alerte²²⁷⁵. En revanche, si le droit d'alerte est détourné par un représentant du personnel pour évoquer des sujets qui ne relèvent pas de cette procédure, la loi ne prévoit pas de sanction et la jurisprudence ne semble pas avoir eu l'occasion de se prononcer sur la question. Aussi, contrairement au salarié sans mandat qui doit être de bonne foi lorsqu'il lance l'alerte²²⁷⁶, la bonne foi du représentant du personnel ne semble pas entrer en ligne de compte. Selon certains auteurs, il y a fort à parier que le juge ne retiendra pas facilement le délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité à l'égard de l'un de ses membres²²⁷⁷. En revanche, la méconnaissance du droit d'alerte par un représentant du personnel négligent pourrait engager sa responsabilité, se muant alors en obligation²²⁷⁸.

II : Le droit d'alerte en cas d'atteinte à l'intégrité juridique des personnes

376. La genèse. Dans son Rapport de 1992, le Professeur Gérard Lyon-Caen s'est demandé si le droit d'alerte, que détenait déjà le CHSCT en matière de sécurité de la personne, était « *transposable au cas d'atteinte à une liberté individuelle d'une autre nature* ». L'auteur proposait que le salarié, en cas de « *graves lésions dans ses droits personnels* », puisse saisir le comité d'entreprise ou un délégué élu du personnel, et que l'un d'entre eux soit dénommé « *délégué aux libertés individuelles* »²²⁷⁹. Si cette dénomination n'a pas été retenue, un

²²⁷³ C. trav. art. L. 4131-4 : cf. *supra* note n° 1800.

²²⁷⁴ C. trav. art. L. 4742-1.

²²⁷⁵ TGI Paris, 21 janvier 2014, n° 10333090065 ; C. GUILLON et B. SEGUIER, *Délit d'entrave au droit d'expertise et d'enquête : une décision symbolique*, JSL 2014, n° 368.

²²⁷⁶ cf. *supra* n° 355 et s.

²²⁷⁷ J.-B. COTTIN, *art. préc.*, n° 239.

²²⁷⁸ B. TEYSSIE, *op. cit.*, n° 832, p. 456 ; B. TEYSSIE, *Les missions du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail*, JCP S 2007, 1441.

²²⁷⁹ G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Rapport au ministre du Travail, La Documentation française, 1992, n° 181 et 182, p. 166.

nouveau droit d'alerte²²⁸⁰, créé sur le modèle de celui du CHSCT²²⁸¹, a bien été attribué aux délégués du personnel²²⁸² qui, parmi les institutions représentatives du personnel, étaient considérées comme les plus proches des salariés²²⁸³. En effet, la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 a créé un nouveau type de droit d'alerte, au sein de l'ancien article L. 422-1-1. Ce droit est plus large que celui qui appartenait au CHSCT²²⁸⁴ et que celui proposé par la Rapport puisqu'il vise les cas d'« *atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles dans l'entreprise* », formule qui permet « *de mettre un terme à une situation illicite en faisant prévaloir des principes supérieurs d'ordre public sur la volonté particulière de l'employeur* »²²⁸⁵.

377. Les évolutions législatives. Ce droit d'alerte est limité dans le sens où il ne peut permettre le signalement que d'une atteinte « *qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché* ». En 1992, le législateur avait transposé au sein de l'ancien article L. 422-1-1, support de ce droit d'alerte, la rédaction de l'ancien article L. 120-2²²⁸⁶, inséré au même moment dans le Code du travail. En 2001²²⁸⁷, sans doute par souci de pédagogie, il a été ajouté au premier alinéa que « *cette atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles peut notamment résulter de toute mesure discriminatoire en matière d'embauche, de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de classification, de qualification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat, de sanction ou de licenciement* ». À l'occasion de la

²²⁸⁰ Ce droit d'alerte a pu aussi être qualifié de pouvoir de « *dénonciation* » : B. TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, LexisNexis, 2016, 10^{ème} éd., n° 396, p. 223.

²²⁸¹ « *Elle s'inspire du dispositif définissant le rôle du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en cas de danger grave et imminent pour la sécurité des personnes* » : Circ. DRT n° 93-10 du 15 mars 1993 relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles [BOMT n° 93/10, texte 412] ; annexée dans : J. GRINSNIR, *Les dispositions nouvelles relatives « au recrutement individuel et aux libertés individuelles » (Loi du 31 décembre 1992)*, Dr. ouvr. 1993, p. 237.

²²⁸² Avant la création du comité social et économique, le comité d'entreprise connaissait parfois indirectement de ces questions car il arrivait souvent que l'un de ses membres soit en même temps délégué du personnel. : M. COHEN et L. MILLET, *op. cit.*, n° 1642, p. 815.

²²⁸³ Y. CHAUVY, *Alerte aux droits fondamentaux : portée de la cessation de l'atteinte sur l'action du délégué du personnel*, concl. ss. Cass. soc., 10 décembre 1997, n° 95-42.661, Bull. civ. V, n° 434 ; LPA 1998, n° 40, p. 17. « *Le choix du Délégué du personnel est heureux : c'est dans de très nombreuses petites entreprises, le seul représentant du personnel ; c'est aussi « l'institution de proximité » tant célébrée (...) Le choix du Délégué est donc bien celui de l'efficacité* » : J. GRINSNIR, *art. préc.*, p. 237.

²²⁸⁴ P.-Y. VERKINDT, *art. préc.*, p. 697.

²²⁸⁵ B. BOSSU, *Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre*, Dr. soc. 1994, p. 747.

²²⁸⁶ « *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.* » : C. trav. art. L. 1121-1.

²²⁸⁷ Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

recodification, le droit d'alerte a été déplacé à l'article L. 2313-2 et, en 2012²²⁸⁸, les « *faits de harcèlement sexuel ou moral* »²²⁸⁹ ont été ajoutés à l'énumération non limitative des atteintes possibles²²⁹⁰. En 2017, avec la création du comité social et économique, ce droit a été déplacé à l'article L. 2312-59 qui dispose qu'il peut être exercé par un membre de la délégation du personnel. Mais ce déplacement au sein d'une section propre aux entreprises de plus de cinquante salariés a marqué – temporairement – la disparition de ce droit d'alerte dans les entreprises comptant entre onze et quarante-neuf salariés²²⁹¹, qui en bénéficiaient précédemment grâce à l'institution des délégués du personnel²²⁹². La loi de ratification a toutefois veillé à réinstaurer ce droit dans les entreprises de plus de dix salariés²²⁹³.

378. Les applications admises en jurisprudence. Depuis sa création, comme l'avait prédit le Professeur Jean-Emmanuel Ray et d'autres²²⁹⁴, le droit d'alerte a donné lieu à un contentieux mesuré²²⁹⁵ et à peu de débats doctrinaux²²⁹⁶. La jurisprudence de la Cour de

²²⁸⁸ Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

²²⁸⁹ Cet ajout laisse à penser que la jurisprudence qui s'est développée sur l'exigence de bonne foi en la matière s'appliquerait aux représentants du personnel et qu'ils pourraient être sanctionnés « *s'ils initiaient une procédure d'alerte de mauvaise foi à l'égard du présumé harceleur* » : M. MORAND et P.-Y. VERKINDT, *La diffusion à l'initiative des tiers, la protection des lanceurs d'alerte*, in *L'éthique de l'entreprise, Questions d'actualité*, dir. F. BUY et J. THÉRON, Actes du colloque du 21 novembre 2014 organisé par le Centre Michel de l'Hospital à l'École de droit de Clermont Ferrand, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 17, spéc. p. 23-24.

²²⁹⁰ Mais il n'a pas fallu attendre cet ajout de la loi pour que des juges du fond admettent la licéité d'alerte dans un contexte de harcèlement moral. La cour d'appel de Grenoble a reconnu le préjudice subi par une salariée victime de discrimination et de harcèlement commis pendant plusieurs années par sa supérieure hiérarchique et la carence de l'employeur dans le traitement de cette situation, alors qu'il avait été officiellement alerté par un délégué du personnel : CA Grenoble, 7 mars 2007, *Onet services c/ Boukadoum et UD GT* ; M. KELLER, « *La forme sœur jumelle des libertés* » dans *l'entreprise et devant le Conseil de prud'hommes*, Dr. ouvr. 2007, p. 399.

²²⁹¹ Feuillet Rapide Social 19/17, n° 17 et n° 25 (Réforme du Code du travail : paru le 10/10/17) ; J. DIRRINGER, *Ordonnances : le droit d'alerte sur les libertés individuelles disparaît dans les TPE*, Politis, 5 octobre 2017.

²²⁹² C. trav. anc. art. L. 2312-1 : « *Le personnel élit des délégués dans tous les établissements d'au moins onze salariés* ».

²²⁹³ L'article 6 de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 a en effet ajouté un alinéa sur le droit d'alerte à l'article L. 2312-5 du Code du travail, situé dans une section propre aux attributions du comité social et économique dans les entreprises d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés. Le gouvernement aurait revu sa copie à la suite des contentieux initiés par la CGT : Le pôle Droits, Libertés et Actions Juridiques de la CGT, Tribune « *Le jeu en vaut la chandelle* », Dr. soc. 2018, p. 309.

²²⁹⁴ J.-E. RAY, *Une loi macédonienne ? Étude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992, « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles*, Dr. soc. 1993, p. 103. La même année, un avocat écrivait au sujet de l'ancien article L. 422-1-1 du Code du travail : « *ces dispositions sont tellement novatrices qu'on peut craindre que, comme c'est souvent le cas devant une nouveauté trop décalée par rapport à la situation antérieure, elles reçoivent au total une faible application* » : J. GRINSNIR, *art. préc.*, p. 237. En 2010, soit dix-sept ans plus tard, le Professeur Jean-Emmanuel Ray a pu confirmer son point de vue : « *L. 2313-2 est l'un des articles les plus méconnus du Code du travail, y compris pour les délégués du personnel eux-mêmes, ignorant souvent que depuis 1992 ils ont été promus délégués aux libertés individuelles* » : J.-E. RAY, *Actualité des TIC*, Dr. soc. 2010, p. 267.

²²⁹⁵ A. RONZIER-JOLY, *La seconde vie de l'article L. 422-1-1 du code du travail*, JCP S 2006, 1664. Il est toutefois plus abondant que celui relatif au droit d'alerte sociale, relatif à l'usage des contrats de travail précaires.

cassation a néanmoins permis d'étendre l'exercice du droit d'alerte aux cas où les atteintes aux droits des personnes sont possibles au vu du contexte, même si elles ne sont pas avérées. Ainsi, le juge a pu valablement ordonner à l'employeur d'organiser une enquête avec les délégués du personnel sur les conditions dans lesquelles avaient été consultées et exploitées les messageries de plusieurs salariés car il était « possible » que, par le biais d'une récente enquête de sécurité de grande amplitude, l'employeur ait eu accès à des messages personnels²²⁹⁷. De même, la Cour de cassation a décidé que la saisine du juge est possible « à défaut de solution trouvée avec l'employeur, lorsqu'existent des divergences sur la réalité de l'atteinte aux droits des personnes »²²⁹⁸. Dès lors, l'existence d'une atteinte certaine n'est, heureusement, pas une condition *sine qua non* pour déclencher la procédure d'alerte et permettre le déroulement de l'enquête²²⁹⁹. L'objet de l'enquête peut être d'établir la réalité de l'atteinte. Le droit d'alerte peut être utilisé par le représentant du personnel, par exemple, pour demander le retrait d'éléments de preuve obtenus frauduleusement²³⁰⁰, pour faire écarter de

²²⁹⁶ « L'article L. 422-1-1 du Code du travail – depuis trop longtemps en sommeil – n'a pas fini de livrer tous ses secrets. Mais il ne les livrera que s'il est discuté, devant les juges, par la doctrine, et mobilisé par ceux et par celles qui, à différents niveaux et en différents lieux, luttent pour le respect des libertés et des droits fondamentaux dans l'entreprise » : P. ADAM, *Harcèlement moral : une affaire remarquable (ou l'occasion trop rare de mettre en lumière et en discussion l'article L. 422-1-1 du Code du travail)*, Dr. ouvr. 2006, p. 321. « Il est urgent enfin que le syndicat se saisisse d'un texte vieux de quinze ans dont il peine à découvrir les possibilités » : M. KELLER, « La forme sœur jumelle des libertés » dans *l'entreprise et devant le Conseil de prud'hommes*, Dr. ouvr. 2007, p. 399.

²²⁹⁷ Cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-40.274, Bull. civ. V, n° 153 ; L. MARINO, *La consultation des messages électroniques des salariés sous le feu d'une enquête demandée par le délégué du personnel : ombre et lumière de l'arrêt Sanofi*, RDT 2009, p. 591 ; *Chronique de droit du travail*, dir. P. ADAM, LPA 2010, n° 94, p. 6 ; J.-E. RAY, *Actualité des TIC*, art. préc., p. 267.

²²⁹⁸ Cass. soc. 28 mars 2006, n° 04-41.016, Bull. civ. V, n° 126 ; O. LECLERC, *Le droit d'alerte des délégués du personnel*, RDT 2006, p. 116 ; P.-Y. VERKINDT, *Mutation géographique et atteinte à la liberté fondamentale de choix du domicile*, JCP S 2006, 1381.

²²⁹⁹ P. ADAM, *Droit d'alerte et sanction disciplinaire : question(s) d'objet*, RDT 2016, 491.

²³⁰⁰ Cela fut le cas dans le premier contentieux relatif à ce droit d'alerte : Cass. soc., 10 décembre 1997, n° 95-42.661, Bull. civ. V, n° 434 ; B. BOSSU, *L'action du délégué du personnel pour la défense des droits fondamentaux des salariés*, Dr. soc. 1998, p. 127 ; G. COUTURIER, *Atteintes aux droits et libertés de la personne. Action en justice du délégué du personnel*, Dr. soc. 1998, p. 202 ; Dr. ouvr. 1998, p. 224, note F.S. Au préalable, les juges du fond avaient décidé que le délégué ne peut, sur le fondement de l'ancien article L. 422-1-1, demander l'annulation du licenciement prononcé à l'encontre de trois salariés, au motif que cette mesure était intervenue à la suite d'un enregistrement vidéo effectué à leur insu, car il n'agit pas alors pour assurer dans l'entreprise la protection des droits des personnes et des libertés individuelles et collectives, mais au titre d'une relation individuelle : CA Paris, 6 décembre 1994 ; B. BOSSU, *Le salarié, le délégué du personnel et la vidéo surveillance*, Dr. soc. 1995, p. 978 ; RJS 4/1995, n° 396.

ses fonctions un « *petit chef* » harceleur²³⁰¹ ou pour recevoir le paiement d'une prime dont il aurait été exclu en raison d'une discrimination antisyndicale à son égard²³⁰².

379. Les applications exclues en jurisprudence. La Cour de cassation a clairement énoncé que la procédure d'alerte ne concerne que « *les actions ayant pour objet de veiller à la protection des personnes et des libertés individuelles et collectives* »²³⁰³. Dès lors, le droit d'alerte ne peut être actionné par le représentant du personnel dans le cadre d'une demande de rappel de salaires le concernant²³⁰⁴, ni agir en nullité des sanctions et licenciements prononcés par l'employeur à la suite d'une atteinte – prétendue – aux droits des personnes ou aux libertés individuelles²³⁰⁵. C'est sur cette question que le contentieux paraît le plus abondant. Les juges du fond avaient d'abord justifié leur décision en arguant que le délégué du personnel n'a pas « *le droit d'agir au titre de la relation individuelle de travail* » et doit se contenter « *d'une mission préventive* »²³⁰⁶. Puis, la Cour de cassation a rappelé que seul le salarié concerné peut agir en ce sens auprès du conseil de prud'hommes, sur le fondement des articles L. 1333-1 et suivants du Code du travail²³⁰⁷. Le représentant du personnel ne peut donc interférer dans la relation entre l'employeur et le salarié²³⁰⁸. Une telle limitation des pouvoirs des représentants du personnel, et par ricochet du juge²³⁰⁹, semble critiquable. Certes, ces derniers ont le

²³⁰¹ CPH Créteil, 28 novembre 2003, *Goehrel et a. c/ Castorama France* ; note M. KELLER, Dr. ouvr. 2004, p. 292.

²³⁰² Le temps passé doit alors s'imputer sur ses heures de délégation : Cass. soc., 26 mai 1999, n° 97-40.966, Bull. civ. V, n° 238. À priori, le texte avait pourtant été rédigé pour que le délégué du personnel défende un autre salarié de l'entreprise et non lui-même, « *mais dans les entreprises où il n'existe qu'un seul délégué du personnel, il paraîtrait incongru d'interdire au salarié d'agir en justice* » : C. RADÉ, *Rémunération et discrimination syndicale : le droit du délégué du personnel à la légitime défense*, Dr. soc. 1999, p. 773. Certes, « *en admettant que, dans l'espèce présentée, l'intéressé ait été le seul représentant du personnel de l'entreprise, lui dénier ce droit équivaldrait à ne reconnaître aucune effectivité au droit d'alerte* » : C. PIZZIO-DELAPORTE, *Libertés fondamentales et droits du salarié le rôle du juge*, Dr. soc. 2001, p. 404.

²³⁰³ Cass. soc., 3 février 1998, n° 96-42.062, Bull. civ. V, n° 63.

²³⁰⁴ Cass. soc., 3 février 1998, *préc.*, cf. *supra* note n° 2303.

²³⁰⁵ Cass. soc., 10 décembre 1997, *préc.*, cf. *supra* note n° 2300. Cette position a été confirmée par la Cour de cassation à propos de demandes portant sur la rupture de période d'essai d'une salariée : Cass. soc., 3 novembre 2010, n° 09-42.360, inédit ; et à propos d'une demande d'annulation d'une sanction disciplinaire infligée à une déléguée syndicale : Cass. soc., 9 février 2016, n° 14-18.567, inédit ; P. ADAM, *Droit d'alerte et sanction disciplinaire : question(s) d'objet*, RDT 2016, 491.

²³⁰⁶ CA Paris, 6 décembre 1994, *préc.* ; B. BOSSU, art. *préc.*, p. 978.

²³⁰⁷ Cass. soc., 3 février 1998, *préc.*, cf. *supra* note n° 2303 ; Cass. soc., 10 décembre 1997, *préc.*, cf. *supra* note n° 2300.

²³⁰⁸ C. BEGUIN, *La licéité de la preuve en droit du travail : l'employeur peut-il produire en justice les éléments recueillis grâce à la cybersurveillance ?*, LPA 2004, n°115, p. 3.

²³⁰⁹ « *Encore, si le juge peut ordonner toute mesure destinée à faire cesser l'atteinte - en ordonnant par exemple qu'un autocommuteur n'enregistre pas les conversations privées, ou qu'un système de caméra audiovisuel soit retiré -, ne remplira-t-il son office que s'il a été amené à prendre cette atteinte dans toute sa dimension, à travers notamment le licenciement, qui en est l'illustration la plus marquante* » : Y. CHAUVY, *Alerte aux droits*

pouvoir d'alerter l'employeur puis de saisir le juge pour faire cesser une atteinte aux droits, mais sans pouvoir demander eux-mêmes de faire cesser les conséquences de cette atteinte²³¹⁰, à l'inverse de ce que peuvent faire les syndicats en matière de discrimination²³¹¹. Cette étanchéité des procédures est toujours strictement respectée, de sorte que, puisque la procédure d'alerte ne constitue pas un préalable de la procédure de licenciement du salarié fauteur de trouble, son éventuelle irrégularité ne saurait avoir pour conséquence de rendre le licenciement de ce dernier sans cause réelle et sérieuse²³¹².

380. La procédure interne. Les représentants du personnel ont besoin de la formation et des moyens nécessaires pour être efficaces dans la détection et le traitement des situations de souffrance²³¹³. Le législateur a prévu que l'employeur procède sans délai à une enquête avec le membre de la délégation du personnel du comité et prenne les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation. Mais le déroulement de la procédure d'enquête n'a cependant pas été encadré, si bien qu'il semble pouvoir se dérouler de manière informelle. Ainsi, il est permis de déduire du caractère lapidaire de l'article que le représentant du personnel n'a pas à avertir l'employeur par écrit au préalable ni à consigner son alerte dans un registre spécifique²³¹⁴, à l'inverse du droit d'alerte en cas de danger grave et imminent. En outre, il

fondamentaux : portée de la cessation de l'atteinte sur l'action du délégué du personnel, concl. ss Cass. soc., 10 décembre 1997, n° 95-42661, LPA 1998, n° 40, p. 17.

²³¹⁰ « La loi du 31 décembre 1992 vise à faire cesser les atteintes aux droits des personnes et aux libertés individuelles dans l'entreprise. Or celles-ci ne vont véritablement disparaître que si toutes les conséquences de l'acte illicite sont effacées » : B. BOSSU, *L'action du délégué du personnel pour la défense des droits fondamentaux des salariés*, Dr. soc. 1998, p. 127. « Exclure pour le délégué le droit de demander la réparation en nature de la violation des droits subjectifs des salariés, réduit l'article L. 120-2 à un « coup de chapeau » au principe des libertés des salariés dans l'entreprise. C'est en effet en cours d'exécution du contrat que ces libertés doivent être effectives » : M. KELLER, *art. préc.*, p. 399.

²³¹¹ C. trav. art. L. 1134-2 ; O. LECLERC, *Le droit d'alerte des délégués du personnel*, RDT 2006, p. 116.

²³¹² En l'espèce, le salarié licencié avait commis des actes de harcèlement sexuel et le mandat du délégué du personnel qui avait alerté avait expiré, mais cela ne pouvait pas avoir d'impact sur la validité du licenciement : CA Aix-en-Provence, 9 février 2018 n° 16/10659.

²³¹³ Selon Monsieur Bruno LEFEBVRE, psychologue clinicien et consultant, « sur le terrain, on observe souvent que le délégué du personnel sert de facto de médiateur entre un salarié et sa hiérarchie ou entre un salarié et ses collègues, particulièrement dans les cas d'isolement d'un collaborateur au sein d'une équipe. La question qui se pose est celle de la formation de ces délégués du personnel : celle-ci doit intégrer la posture d'empathie, le repérage de ses propres biais d'écoute, le repérage d'une situation de souffrance au travail, la capacité à penser globalement les problèmes et non uniquement en termes de maltraitance managériale ou de surcharge de travail » : M.-P. SCHRAMM et B. LEFEBVRE, *Qualité de vie au travail et prévention des risques psychosociaux. Dialogue entre un avocat et un psychologue*, Chronique, RJS 2014, p. 2.

²³¹⁴ La Cour de cassation a admis implicitement que les dispositions de l'ancien article L. 424-5 du Code du travail, devenu l'article L. 2315-22 concernant les entreprises de moins de 50 salariés (remise d'une note écrite à l'employeur avant la réunion et retranscriptions des demandes et réponses dans un registre spécial), ne trouvent pas à s'appliquer, l'alerte constituant une « circonstance exceptionnelle » : Cass. soc. 28 mars 2006, *préc.*

n'est pas tenu de révéler le nom du ou des salariés qui seraient éventuellement venus lui faire part de l'atteinte en question, si ces derniers souhaitent rester anonymes, à l'inverse de ce qui est prévu pour l'alerte en cas de danger grave et imminent et pour l'alerte issue la loi « *Sapin II* »²³¹⁵. L'objectif de l'enquête est non seulement, comme il a été vu plus haut, d'établir la réalité de l'atteinte mais aussi de trouver une solution pour y mettre fin. Comme dans le cas du droit d'alerte en cas de danger grave, les délégués du personnel ne disposent pas du pouvoir d'agir directement sur les conditions de travail, ni de celui de contraindre l'employeur²³¹⁶.

381. La saisine du juge. En cas de carence de l'employeur²³¹⁷ ou de divergence sur la réalité de l'atteinte, le salarié ou le représentant du personnel²³¹⁸, saisit le bureau de jugement du conseil de prud'hommes qui statue selon la forme des référés²³¹⁹. À ce sujet, la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité de l'ancien article L. 2313-2 du Code du travail – devenu l'article L. 2312-59 – en ce qu'il limiterait le recours au juge aux seuls salariés et représentants du personnel, puisque l'employeur peut contester devant la juridiction prud'homale l'exercice de la procédure d'alerte²³²⁰. Si le représentant du personnel agit à la place du salarié, il faut que ce dernier ne s'y soit pas opposé²³²¹. Cependant, ni le contenu de l'information donnée au

²³¹⁵ P. BOUAZIZ et A. SOUMEIRE, *Révéler les faits sur le terrain : le rôle des IRP*, Dr. ouvr. 2014, n° 788, p. 207 ; cf. *supra* n° 358 et note n° 2131.

²³¹⁶ M. GREVY, *Les procédures d'urgence*, Droit soc. 2011, p. 764.

²³¹⁷ Même si la légitimité de l'exercice du droit d'alerte n'y était pas reconnue car la demande des délégués du personnel avaient empiété sur les compétences des délégués syndicaux, il peut être déduit d'un arrêt de la Chambre criminelle que la carence de l'employeur, dans le cadre d'une alerte régulièrement exercée, pourrait être qualifiée de délit d'entrave : Cass. crim., 10 mai 2006, n° 05-83.835, inédit ; A. COEURET, *Délégués du personnel/délégués syndicaux Où est la frontière entre leurs attributions respectives ?*, SSL 2006, n° 1272.

²³¹⁸ Avant la loi de 1992, la notion de « *recours ouvrier* » existait déjà et recouvrait les procédures devant des instances internes et externes utilisées par les salariés pour la défense de leurs droits individuels : J.-P. BONAFE-SCHMITT, *L'action du délégué du personnel en matière de réclamations individuelles*, Dr. soc. 1981, p. 637.

²³¹⁹ « *Il a paru justifié d'éviter la phase de conciliation devant le conseil de prud'hommes, l'enquête menée dans l'entreprise ayant servi de phase de conciliation* » : Circ. DRT n° 93-10 du 15 mars 1993 *préc.*

²³²⁰ « *Mais attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors, d'une part, que la différence de traitement est en rapport direct avec l'objet de la loi et, d'autre part, que l'employeur peut contester devant la juridiction prud'homale l'exercice, par un salarié ou un délégué du personnel, de la procédure d'alerte* » : Cass. soc., QPC, 3 juillet 2014, n° 14-40.027.

²³²¹ Cass. soc., 24 septembre 2014, n° 13-14.970, inédit. Concernant les organisations syndicales, le Conseil constitutionnel a décidé que : « *24. Considérant ainsi que, s'il est loisible au législateur de permettre à des organisations syndicales représentatives d'introduire une action en justice à l'effet non seulement d'intervenir spontanément dans la défense d'un salarié mais aussi de promouvoir à travers un cas individuel, une action collective, c'est à la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action* » : Cons. const., 25 juillet 1989, n° 99-257 DC.

salarié, ni le délai imparti pour qu'il manifeste son désaccord ne sont précisés²³²². Une fois saisi, le juge peut alors ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte. Par exemple, il peut enjoindre à un employeur de retirer un système de caméra audiovisuel²³²³ ou de réviser l'évaluation de ses agents, lorsque la grille de notation mise en œuvre à leur égard contient des critères d'appréciation discriminatoires et contraires au statut²³²⁴. Il peut aussi ordonner l'ouverture d'une enquête et la production de tous les éléments nécessaires à l'établissement d'une comparaison objective de nature à révéler une éventuelle différence de traitement pour chacun des salariés concernés par rapport à d'autres salariés placés dans des situations analogues²³²⁵. L'enquête peut donc être un outil intéressant pour obtenir des éléments de preuve de l'existence d'une discrimination, permettant ainsi de contourner l'article L. 1134-1 au profit de l'article L. 2312-2²³²⁶. Mais il existe une difficulté car, en vertu du principe de la relativité de la chose jugée de l'article 1355 du Code civil²³²⁷, la décision ne bénéficie qu'au salarié pour le compte duquel agit le représentant du personnel, peu importe que l'atteinte soit susceptible de concerner d'autres salariés de l'entreprise²³²⁸.

²³²² Il faut sans doute se référer aux actions de substitution syndicales : « *En matière de substitution syndicale, plusieurs textes prévoient un délai de 15 jours v. les articles L. 123-6 et L. 321-15 du Code du travail*), ce qui pourrait fournir au juge une utile référence » : B. BOSSU, *art. préc.*, p. 978. En effet, « *il serait souhaitable que les règles applicables soient les mêmes dans tous les cas de substitution* » : A. SUPIOT, *Les juridictions du travail*, Traité Dalloz, 1987, n° 527, p. 489.

²³²³ A l'égard des candidats, il peut aussi « *ordonner le retrait des demandes contenues dans des questionnaires qui ne présenteraient pas de liens directs et nécessaires avec les emplois susceptibles d'être proposés dans l'entreprise* » : Circ. DRT n° 93-10 du 15 mars 1993 *préc.*

²³²⁴ « *Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel qui a constaté, d'une part, que les agents avaient été notés en fonction d'une grille de notation qui contenait des critères d'appréciation discriminatoires et contraires au statut, et d'autre part, qu'à la suite du retrait de cette grille de notation illicite, aucune nouvelle procédure de notation conforme au statut n'avait été mise en œuvre à l'égard des intéressés, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a ainsi violé les textes susvisés* » : Cass. soc., 9 mai 2006, n° 04-43.455, inédit. Cet arrêt a été rendu au visa, entre autres, de l'ancien article L. 422-1-1 du Code du travail et de certains articles du statut des relations collectives entre la SNCF et son personnel.

²³²⁵ « *Mais attendu que c'est dans l'exercice du pouvoir qu'elle tient de l'article L. 2313-2 du code du travail (...) que la cour d'appel a ordonné la mesure d'enquête prévue par ce texte, après avoir constaté que les délégués du personnel produisaient des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination liée à l'appartenance syndicale de salariés et que l'employeur ne justifiait pas que la différence de traitement en matière de rémunération et de déroulement de carrière reposait sur des éléments objectifs et étrangers à toute discrimination* » : Cass. soc., 19 mai 2010, n° 09-40.713, inédit. Sur les discriminations syndicales : *cf. supra* n° 151.

²³²⁶ A. RONZIER-JOLY, *art. préc.*, 1664. À ce titre, le droit d'alerte « *peut être un outil fort intéressant pour recueillir préalablement à l'exercice d'une action en justice les preuves qui sont si difficiles à obtenir notamment par ordonnance du juge au cours de l'instance* » : P. BOUAZIZ et A. SOUMEIRE, *art. préc.*, p. 207.

²³²⁷ « *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité* » : C. civ. art 1355.

²³²⁸ B. BOSSU, *art. préc.*, p. 978. Toutefois, comme en matière de substitution syndicale, la décision aura « *en fait, une portée générale, la solution du litige qu'elle retient ayant vocation à être transposée à tous les salariés*

§2 : Les droits d'alerte en cas de risque économique

382. La genèse. Le comité social et économique dispose de différents droits d'alerte en matière économique. Il peut alerter sur l'utilisation du CICE²³²⁹ et il dispose de ce qui est parfois appelé un « *mini droit d'alerte* », « *plus rapide que le droit d'alerte sur des faits préoccupants* »²³³⁰, qui lui permet de formuler des vœux à l'intention du conseil d'administration²³³¹, sans qu'aucun texte n'en limite l'objet²³³². Mais le droit d'alerte économique le plus emblématique ayant appartenu au comité d'entreprise²³³³, et appartenant désormais au comité social et économique²³³⁴ est celui portant sur des « *faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise* »²³³⁵, prévus par les articles L. 2312-63 et suivants du Code du travail. Il a été créé en 1984²³³⁶, soit presque dix

de l'entreprise se trouvant dans une situation juridique identique » : A. SUPIOT, *Les juridictions du travail*, Traité Dalloz, 1987, n° 532, p. 494.

²³²⁹ C. trav. art. L. 2323-26-2 et L. 2323-26-6 créés par loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi ; puis C. trav. art. L. 2323-56 et L. 2323-57 par la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 dite « *Rebsamen* » ; enfin C. trav. art. L. 2312-61 et L. 2312-62 avec l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017. Ce droit d'alerte pouvait être exercé par les délégués du personnel, dans les entreprises de moins de cinquante salariés (C. trav. anc. art. L. 2313-7-1) et dans les entreprises de cinquante salariés et plus, « *en l'absence de comité d'entreprise, par suite d'une carence constatée aux élections* » (par le renvoi prévu à C. trav. anc. art. L. 2313-13).

²³³⁰ M. COHEN et L. MILLET, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, Lextenso éditions, 2017, n° 1615, p. 801.

²³³¹ Mais, dans ce cadre, la loi exige seulement une réponse motivée de la part des organes dirigeants alors que, dans le cadre de l'alerte, elle exige une délibération pour élaborer la réponse motivée : M. COHEN et L. MILLET, *op. cit.*, n° 1630, p. 811.

²³³² « *Ils peuvent soumettre les vœux du comité au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, lequel doit donner un avis motivé sur ces vœux* » : fin de l'alinéa 2 de C. trav. art. L. 432-6 inséré par la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises ; puis C. trav. art. L. 2323-63 lors de la recodification ; enfin à C. trav. art. L. 2312-73 par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017.

²³³³ Avant la création du comité social et économique, à défaut de comité d'entreprise, en cas de carence ou de suppression, ce sont les délégués du personnel qui exerçaient ce droit : C. trav. art. L. 422-4 créé par la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984, devenu C. trav. art. L. 2313-14 lors de la recodification, en vigueur entre le 1^{er} mai 2008 et le 31 décembre 2017.

²³³⁴ Dans les entreprises à structure complexe, la Chambre sociale a clairement indiqué que seul le comité central était investi de cette prérogative : Cass. soc., 1^{er} mars 2005, n° 03-20.429, Bull. civ. V, n° 77 ; Cass. soc., 12 octobre 2005, n° 04-15.794, Bull. civ. V, n° 287. Ces solutions devraient toujours être valables à l'égard du comité social et économique central : C. trav. art. L. 2316-1 et s..

²³³⁵ Certains ont pu se demander si ce droit d'alerte pouvait être étendu à la sphère écologique, tout en reconnaissant que cela ne semble pas aussi indiscutable que pour le droit d'alerte en cas de danger grave et imminent : « *une interprétation plus extensive de cet article paraît possible puisque les implications financières d'atteintes portées à l'environnement écologique peuvent être particulièrement lourdes de conséquences pour l'entreprise* » : M.-P. BLIN-FRANCHOMME et I. DESBARATS, *Regards sur l'alerte écologique : le salarié et ses représentants sujets actifs de la sauvegarde de l'environnement ?*, Droit et ville 2009, p. 47.

²³³⁶ C. trav. art. L. 432-5 créé par la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 ; divisé et devenu C. trav. art. L. 2323-78 à L. 2323-81 lors de la recodification ; puis devenus C. trav. art. L. 2323-50 à L. 2323-54 modifiés par la loi n° 2015-

ans après la publication du Rapport Sudreau²³³⁷, qui préconisait déjà sa création mais ne fut pas suivi d'effet à l'époque. Il fallut attendre que la proposition soit à nouveau formulée dans le Rapport Auroux de 1981²³³⁸ et que le contexte soit ainsi rendu plus favorable au développement de la démocratie en entreprise. Défini comme « *une secousse contre l'inertie* »²³³⁹ ou un créateur de débat²³⁴⁰, ce droit a pour but de prévenir les difficultés économiques de l'entreprise. En effet, il s'agit de provoquer « *une prise de conscience précoce, par le chef d'entreprise, des difficultés internes* » en permettant aux salariés, par l'intermédiaire de leurs représentants, de s'exprimer car ils « *sont souvent mieux à même que quiconque de percevoir* » ces difficultés et que « *leur adhésion est indispensable au succès d'un plan de redressement* »²³⁴¹. Pour le Professeur Jean Savatier, cette procédure « *s'inscrit ainsi dans une évolution de la mission du comité d'entreprise vers un contrôle sur la gestion économique des dirigeants d'entreprise* »²³⁴². Cette vision est toujours d'actualité²³⁴³.

994 du 17 août 2015 ; enfin L. 2312-63 à L. 2312-66 créés par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017.

²³³⁷ Le rapport partait du constat que « *force est de constater cependant qu'il n'existe pas de dispositif cohérent permettant de prendre conscience progressivement des difficultés de l'entreprise et de faire face à temps aux erreurs de gestion* ». Dans le Chapitre 8 du rapport, intitulé « *Prévenir les difficultés et aider les entreprises à y faire face* », était proposée la création d'un droit d'alerte accordé aux actionnaires et associés, aux administrateurs minoritaires, aux créanciers, aux commissaires aux comptes et, enfin, au comité d'entreprise ou, à défaut, à une majorité qualifiée de délégués du personnel ou 10 % des salariés, mais pas aux délégués syndicaux : P. SUDREAU, *Rapport du comité d'étude pour la réforme de l'entreprise*, Rapport remis au président de la République et au Premier ministre le vendredi 7 février 1975, La Documentation française, 1975, p. 136. Cette proposition a été décrite comme l'un des points remarquables du rapport puisqu'elle intéressait à la fois les salariés et les actionnaires : J.-M. VERDIER, *Le Rapport Sudreau*, Revue internationale de droit comparé, 1976, n° 28-4, p. 777. Dans sa lettre de remerciements du 12 février 1975, le président de la République Valérie Giscard d'Estaing écrit à Pierre Sudreau : « *Il ne convient pas de se prononcer prématurément sur le fond de vos propositions. (...) Je souhaite que s'engage dans l'opinion un vaste débat, car la réforme de l'entreprise concerne la vie de tous les Français* ». Le rapport avait fait naître de très vives réactions mais Pierre Sudreau lui-même a reconnu que les résultats nés de son rapport furent bien maigres : A. CHATRIOT, *La réforme de l'entreprise, Du contrôle ouvrier à l'échec du projet modernisateur*, Vingtième Siècle, Revue d'histoire 2012/2, n° 114, p. 183-197.

²³³⁸ « *A cet effet, le comité d'entreprise doit disposer d'un droit d'alerte interne du chef d'entreprise et des principaux actionnaires. Ce droit pourra être utilisé dès que certains indicateurs s'allumeront (...). Le comité pourra alors (...) réaliser un bilan de la situation de l'entreprise tel qu'il la perçoit (...)* » : J. AUROUX, *Les droits des travailleurs*, Rapport remis au président de la République et au Premier ministre, Septembre 1981, La Documentation française, p. 22-23.

²³³⁹ M. COHEN et L. MILLET, *op. cit.*, n° 1618, p. 802.

²³⁴⁰ « *La finalité de la procédure d'alerte ne souffre aucune ambiguïté : il s'agit de créer les conditions d'un débat sollicité par le comité, assemblée délibérante et dans lequel doit intervenir l'employeur* » : *Le Lamy Droit des comités d'entreprise*, dir. M.-C. TUAL, 2016, n°603-14.

²³⁴¹ B. TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, LexisNexis, 2016, 10^{ème} éd., n° 691, p. 381.

²³⁴² J. SAVATIER, *Le comité d'entreprise et la prévention des difficultés des entreprises*, JCP E 1987, II, 15066.

²³⁴³ « *L'attribution du droit d'alerte au comité d'entreprise participe à la volonté d'associer plus étroitement les institutions représentatives du personnel à la surveillance du fonctionnement des entreprises* » : E. BLEDNIAK, E. CHRETIENNOT et F. PETIT, *Comité d'entreprise, Institutions voisines*, Éditions Delmas, 2015, n° 121.18, p. 327.

383. La première phase. Dans un premier temps, après avoir pris conscience des faits préoccupants²³⁴⁴, il s'agit pour les représentants du personnel de demander des explications à l'employeur, « *ce qui leur confère finalement un rôle de véritable censeur de cette gestion* »²³⁴⁵. Ensuite, si le comité social et économique n'a pas obtenu de réponse suffisante ou si la réponse confirme le caractère préoccupant, il établit, lui-même ou via sa commission économique si elle existe, un rapport spécial au terme duquel il émet un avis sur l'opportunité de saisir les organes dirigeants de l'entreprise. De manière indéniable, plusieurs réunions du comité sont nécessaires, non seulement avant qu'il ne puisse saisir les organes dirigeants de la société, mais aussi après cette saisine, pour examiner la réponse apportée. Enfin, si ces organes sont saisis²³⁴⁶, ils doivent se réunir pour apporter une réponse motivée au comité social et économique. Comme l'ont souligné certains auteurs, il y a donc une inévitable « *lourdeur de la procédure* »²³⁴⁷, qui pourrait avoir pour conséquence soit que « *la situation qui semblait préoccupante au comité lors de sa première réunion risquerait d'avoir évolué vers la cessation de paiements* », soit que l'intervention des représentants du personnel se bornerait à signaler des faits dont les organes dirigeants auraient déjà conscience depuis un certain temps²³⁴⁸. D'autres considèrent, au contraire que, c'est dans cette pesanteur « *que peut résider l'efficacité de l'alerte* »²³⁴⁹.

384. La seconde phase. Il convient de constater que, à la lecture du Code du travail, mise à part l'éventuelle intervention d'un expert-comptable étudiée ci-après, cette procédure est donc strictement interne à l'entreprise, à l'instar de la première phase de la procédure liée au droit d'alerte des travailleurs. Le Rapport Sudreau avait déjà mis l'accent sur l'importance de cette caractéristique de la procédure « *de façon à ne pas compromettre son crédit ni l'autorité de ses dirigeants* », en parlant de l'entreprise. Il prévoyait néanmoins deux paliers dans la

²³⁴⁴ « *L'aboutissement de la procédure sera finalement la prise de conscience des difficultés de l'entreprise* » : M. MORAND, *Les représentants du personnel et le déroulement de la procédure d'alerte interne*, JCP E 1988, II, 15357. Néanmoins, il y a nécessairement aussi une prise de conscience au début de la procédure, même si elle n'est alors que partielle.

²³⁴⁵ M. MORAND, *art. préc.*, 15357.

²³⁴⁶ Le droit d'alerte permettrait ainsi « *d'alerter certains dirigeants qui ne sont pas tous au courant de la gestion du P-DG, voire de profiter de la rivalité existant parfois entre administrateurs pour défendre les intérêts du personnel* » : M. COHEN et L. MILLET, *op. cit.*, n° 1618, p. 802-803.

²³⁴⁷ M. MORAND, *art. préc.*, 15357.

²³⁴⁸ J. SAVATIER, *art. préc.*, 15066.

²³⁴⁹ « *Car le but de l'alerte est de sensibiliser les dirigeants à des risques économiques (...) Or, qui ne voit que cette sensibilisation, si on lui attache une valeur, a d'autant plus de chances de se réaliser qu'elle opère par mises en garde réitérées qui se parent chacune d'une certaine solennité dans les formes qu'elles empruntent* » : A. COEURET, *La représentation du personnel et l'entreprise en difficulté*, Dr. soc. 1986, p. 651.

procédure d'alerte proposée puisque, « à défaut de réponse, ou à la suite d'une réponse jugée insuffisante, un recours pourra être formé auprès du tribunal de commerce compétent »²³⁵⁰. En réalité, ce second palier existe, à condition d'aborder le droit d'alerte à la lumière du Code de commerce. En effet, il est prévu que les représentants du personnel « peuvent communiquer au président du tribunal ou au ministère public tout fait révélant la cessation des paiements du débiteur », de manière à ouvrir une procédure de redressement²³⁵¹ ou de liquidation judiciaire²³⁵². Cette alerte des autorités judiciaires en vue d'un redressement judiciaire avait d'ailleurs vu le jour avec la loi du 25 janvier 1985²³⁵³, qui avait suivi de quelques mois la loi du 1^{er} mars 1984²³⁵⁴. Par ailleurs, en général, un tel événement ne tarde pas à être relayé par la presse spécialisée.

385. Le champ d'application. Comme pour l'alerte en cas de danger grave et imminent, le législateur n'a pas défini les faits préoccupants²³⁵⁵. La formule aurait pu être rapprochée du droit des commissaires aux comptes d'alerter les dirigeants quand ils relèvent un fait « de nature à compromettre la continuité de l'exploitation »²³⁵⁶. Mais la jurisprudence a démontré que les représentants du personnel peuvent actionner leur droit d'alerte plus tôt que les commissaires aux comptes et pour des raisons relevant d'un champ plus large²³⁵⁷, puisqu'ils sont en charge de défendre les intérêts des salariés²³⁵⁸. La Cour de cassation a ainsi jugé que, si le droit d'alerte peut évidemment être actionné dans les cas où la survie de l'entreprise est

²³⁵⁰ P. SUDREAU, *Rapport préc.*, p. 139.

²³⁵¹ C. com. art. L. 631-6.

²³⁵² C. com. art. L. 640-6.

²³⁵³ Loi n° 85-98 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises article 4 al. 3.

²³⁵⁴ M. JEANTIN, *La loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises*, Dr. soc. 1984, 599.

²³⁵⁵ Huit exemples figuraient néanmoins dans le projet de loi, à savoir : le défaut de paiement de créances, le retard de paiement des salaires, le refus d'approbation des comptes par l'assemblée générale ou de leur certification par le commissaire aux comptes, le non-respect des dates légales de tenue des assemblées générales, les pertes financières importantes et la non-reconstitution du capital social : E. BLEDNIAK, E. CHRETIENNOT et F. PETIT, *Comité d'entreprise, Institutions voisines*, Éditions Delmas, 2015, n° 121.18, p. 327. « Cette liste indicative a finalement été supprimée dans le texte définitivement adopté probablement pour ne pas enfermer le comité d'entreprise dans une procédure trop restrictive » : M. MORAND, *art. préc.*, 15357.

²³⁵⁶ C. com. art. L. 234-1.

²³⁵⁷ « La différence ainsi constatée est justifiée par la signification comptable du critère d'intervention du commissaire aux comptes, plus étroite que les préoccupations que peut éprouver le comité » : B. TEYSSIE, *op. cit.*, n° 693, p. 382.

²³⁵⁸ Par exemple, sur la légitimité du droit d'alerte pour connaître le lien entre de nombreuses démissions de salariés et la situation économique de l'entreprise : « Considérant que le champ d'application de la procédure d'alerte pour le comité d'entreprise n'étant pas limitée aux résultats comptables et financiers, (...) » : CA Paris, 7 mai 2003, Juris-Data n° 2003-257483 ; note de M. CARLES, Dr. ouvr. 2004, p. 422.

en cause²³⁵⁹, l'existence d'un projet de restructuration ne saurait, en revanche, justifier à elle seule le déclenchement de la procédure d'alerte²³⁶⁰. Il apparaît cependant que dès lors que le projet de restructuration est d'une certaine ampleur et suscite de « *légitimes* » interrogations sur le devenir et les performances des structures envisagées²³⁶¹, ou quand les réponses de l'employeur ne sont pas satisfaisantes²³⁶², l'exercice du droit d'alerte sera considéré comme fondé. En tout état de cause, le comité social et économique n'aurait pas à démontrer à l'employeur qu'il a raison d'être préoccupé car il est « *seul maître de la qualification des faits* »²³⁶³. Par conséquent, les représentants du personnel n'ont pas à obtenir l'accord de l'employeur pour déclencher la procédure d'alerte, qu'elle soit ou non inscrite à l'ordre du jour de la réunion. Un refus de vote de la résolution, d'inscription de son audition à l'ordre du jour de la séance suivante ou de réponse de la part de l'employeur peut être qualifié de délit d'entrave²³⁶⁴. Même si l'employeur considère que la situation n'est pas préoccupante, il doit répondre au comité social et économique, qui est aussi « *seul juge du caractère suffisant ou non des explications de l'employeur* »²³⁶⁵.

²³⁵⁹ « *Mais attendu (...) qu'ayant relevé que l'exercice du droit d'alerte par le comité d'entreprise avait pour motif la fermeture du laboratoire de prothèses dentaires en tant qu'elle entraînait des suppressions d'emploi et remettait en cause les objectifs et missions traditionnels de la CRAMIF, la cour d'appel, qui a ainsi constaté que le comité d'entreprise invoquait des faits qu'il estimait être de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'organisme a, sans encourir le grief du deuxième moyen, légalement justifié sa décision* » : Cass. soc., 19 février 2002, n° 00-14.776, Bull. civ. V, n° 70.

²³⁶⁰ L'intervention du comité d'entreprise qui a « *pour motif exclusif l'annonce d'un projet de fusion* » se situe dans le cadre de l'information-consultation sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, qui ne lui permet pas d'être assisté par un expert-comptable, et non dans celui du droit d'alerte : Cass. soc., 30 juin 1993, n° 90-20.158, Bull. civ. V, n° 190.

²³⁶¹ À cet égard, la dimension internationale d'un projet de restructuration et l'insuffisance des informations transmises lors de la procédure de consultation ont pu permettre de caractériser une situation préoccupante, fondant le déclenchement d'un droit d'alerte : CA Versailles, 2 octobre 1997, Juris-Data n° 1997-047381.

²³⁶² « *Attendu que la cour d'appel a retenu, d'une part, que la réorganisation de l'entreprise, qui concernait son activité ingénierie au niveau mondial, était de nature à affecter la situation de l'entreprise et a estimé, d'autre part, après avoir relevé que les réponses de la direction aux questions du comité étaient contradictoires, insuffisantes ou incohérentes, que le comité avait décidé sans abus d'exercer son droit d'alerte ; Que le moyen n'est pas fondé* » : Cass. soc., 18 janvier 2011, n° 10-30.126, Bull. civ. V, n° 26 ; RJS 4/11, n° 344.

²³⁶³ La Cour de cassation l'aurait démontré en utilisant le verbe « *estimer* » : « *Attendu que, pour dire que l'engagement par le comité d'entreprise de la procédure d'alerte constituait un trouble manifestement illicite (...) alors qu'elle a constaté que l'employeur avait refusé de fournir des explications au comité d'entreprise, qui invoquait des faits qu'il estimait être de nature à affecter de manière préoccupante la situation de l'entreprise* » : Cass. soc., 8 mars 1995, n° 91-16.002, Bull. civ. V, n° 81 ; obs. de M. COHEN, Dr. soc. 1995, p. 393 ; Cass. soc., 19 février 2002, *préc.*, cf. *supra* note n° 2359. Elle a ensuite utilisé le verbe « *se saisir* » : « *attendu ensuite que l'appréciation du caractère préoccupant de la situation dont se saisit le comité d'entreprise qui exerce le droit d'alerte relève du pouvoir souverain des juges du fond et échappe au contrôle de la cour de cassation* » : Cass. soc., 11 mars 2003, n° 01-13.434, Bull. civ. V, n° 92 ; RJS 05/03, n° 628 ; M. COHEN et L. MILLET, *op. cit.*, n° 1621, p. 805-806. Le comité social et économique dispose d'ailleurs de la même latitude dans le cadre de son droit d'alerte sociale : cf. *supra* note n° 2093.

²³⁶⁴ En outre, cela « *accroîtrait les inquiétudes du comité et du personnel en dépit des éventuelles dénégations du chef d'entreprise* » : M. COHEN et L. MILLET, *op. cit.*, n° 1625, p. 809.

²³⁶⁵ M. COHEN et L. MILLET, *op. cit.*, n° 1625, p. 809.

386. L'assistance d'un expert. Pour établir son rapport sur l'alerte et l'opportunité de saisir les organes dirigeants, le comité social et économique peut être assisté par un expert-comptable rémunéré par l'employeur, en vertu de l'article L. 2312-64 du Code du travail. Ce dernier ne peut en aucun cas s'opposer à la décision du comité d'être assisté par un expert, qui est prise par un vote majoritaire. Dès lors, ne peut être licencié pour faute lourde le directeur général qui refuse d'obéir à l'ordre de sa hiérarchie de ne pas donner suite à la mesure d'expertise dans ce cadre²³⁶⁶. Puisque « *la procédure d'alerte interne permet d'obtenir une prestation supplémentaire de l'expert-comptable aux frais de l'entreprise* »²³⁶⁷, il peut être tentant pour les représentants du personnel d'« *instrumentaliser* » le droit d'alerte. Certes, il pourrait être dévoyé pour obtenir l'aide de l'expert dans le cadre des consultations sur les projets de réorganisation économique, qui ne donnent pas accès à cette assistance rémunérée par l'entreprise²³⁶⁸. Au-delà de l'intérêt financier, il faut noter que l'expert-comptable dispose d'un large droit d'accès qui inclut les comptes des personnes ou des entités qui contrôlent l'entreprise²³⁶⁹ et, le cas échéant, ceux des autres sociétés détenues par ceux-ci²³⁷⁰. Aussi, la procédure d'alerte permet de récupérer certaines informations et documents susceptibles de permettre de « *préparer des initiatives judiciaires ultérieures du comité* »²³⁷¹. Mais la Cour de cassation et la plupart des juridictions du fond veillent à ce que la procédure d'alerte ne soit pas détournée à cette fin²³⁷². Par ailleurs, le recours à l'expertise n'est pas sans borne puisqu'il

²³⁶⁶ La Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel qui avait retenu la faute lourde du dirigeant alors que « *le président du comité central d'entreprise n'avait pas le pouvoir de s'opposer à la décision du comité de désigner un expert* » : Cass. soc., 12 mars 1991, n° 89-41.941, Bull. civ. V, n° 129 ; Dr. ouvr. 1992, p. 38, note M. COHEN. Cet arrêt a déjà été cité dans la partie relative à l'objection de conscience : cf. *supra* note n° 693.

²³⁶⁷ M. COHEN et L. MILLET, *op. cit.*, n° 1618, p. 802-803.

²³⁶⁸ Il arrive que le déclenchement du droit d'alerte soit parfois « *instrumentalisé, en ce sens que c'est le moyen d'obtenir un financement de l'expert-comptable dans le cadre du Livre IV* ». « *Si tel est le cas, même en l'absence d'un accord de méthode, le financement par l'entreprise d'un expert aux titres des deux livres et ce, dès l'engagement de la procédure, est très souvent de nature à résoudre la difficulté de devoir gérer un droit d'alerte en parallèle de la consultation.* » : S. PELICIER-LOEVENBRUCK et P.-Y. VERKINDT, *Loi Borloo Vade-mecum des incidents de procédure (partie 1)*, SSL 2006, n° 1276.

²³⁶⁹ « *Il appartient au seul expert-comptable désigné par le comité d'entreprise par application des articles L. 2323-78 et L. 2325-35 du code du travail de déterminer les documents utiles à l'exercice de sa mission* » : Cass. soc., 21 septembre 2016, n° 15-17.658.

²³⁷⁰ Une cour d'appel ne peut pas rejeter la demande de l'expert-comptable désigné par le comité d'entreprise visant à ce que celui-ci ait accès à la stratégie du groupe et aux comptes d'une société sœur, « *alors qu'il résultait de ses constatations qu'une seule personne contrôlait, au sens de l'article L 233-3 du Code de commerce, plusieurs sociétés* » dont l'entreprise objet du droit d'alerte économique : Cass. soc., 25 octobre 2017, n° 16-10.278, inédit.

²³⁷¹ M. COHEN et L. MILLET, *op. cit.*, n° 1630, p. 812.

²³⁷² En ce sens : Cass. soc., 30 juin 1993, n° 90-20.158, *préc* ; cf. *supra* note n° 2360 ; TGI Créteil, ord. réf., 1^{er} sept. 2005 ; cités par : P. MORVAN, *Le détournement de l'expert légal du CE dans les restructurations*, SSL 2006, n° 1271. Pour un cas où la concomitance des procédures a été admise : TGI Nanterre, ord. réf., 10 septembre 2004, n° 04/2484, *Chaffoteaux et Maury* ; M. COHEN, *Les délocalisations et les comités d'entreprise*, SSL 2004, n° 1194.

n'est de droit que dans la limite d'une alerte par exercice, en vertu de l'article L. 2312-64²³⁷³. En outre, l'employeur peut toujours agir en annulation de la procédure d'alerte dans le cadre d'une procédure de référé. Il faut alors démontrer un abus de la part des représentants du personnel, en prouvant que l'usage du droit d'alerte constitue un trouble manifestement illicite ou expose l'entreprise à un dommage imminent²³⁷⁴.

387. Conclusion de section. Pour contrebalancer les pouvoirs de l'employeur, le législateur a multiplié les contre-pouvoirs des représentants du personnel, que sont leurs droits d'alerte. Si le domaine de chacun d'entre eux s'est progressivement étendu, il ne s'agit pas d'en abuser. Quel que soit le droit d'alerte concerné, les représentants du personnel doivent avoir conscience qu'un « *engagement intempestif de la procédure d'alerte* » est « *de nature à porter atteinte à la réputation de l'entreprise* ». L'employeur a donc intérêt à répondre à cette prise de conscience pour « *éviter que le risque ne devienne sinistre* » car il peut en résulter « *une forte altération de « l'image » de l'entreprise qui peut se révéler, commercialement, extrêmement fâcheuse* »²³⁷⁵. Mais, dans ces cas, où est la frontière entre la conscience et la volonté de sauver seulement les apparences ?

388. Conclusion de chapitre. Pour les représentants du personnel d'abord, puis pour les travailleurs, se sont construits de véritables droits à la prise de conscience. Additionnés les uns aux autres, ces droits embrassent tous les domaines dans lesquels l'activité de l'entreprise est susceptible d'avoir un impact : social, sanitaire, écologique ou économique. Les différents collectifs de travail doivent donc agir de concert pour que les mécanismes d'alerte ne soient pas dévoyés mais permettent, au contraire, de dégager une ligne de conduite éthique au sein de l'entreprise.

²³⁷³ M. COHEN et L. MILLET, *op. cit.*, n° 1627, p. 810. La mission de l'expert peut toutefois être étendue à des événements survenus postérieurement à sa désignation, alors même qu'il n'avait pas rendu son rapport terminal : Cass. soc., 29 septembre 2009, n° 08-15.035, Bull. civ. V, n° 209 ; note de P.-Y. VERKINDT, *Le droit d'alerte économique du CE et l'étendue de la mission de l'expert désigné*, Bull. Joly Sociétés 2010, p. 16.

²³⁷⁴ CA Paris, 7 mai 2003, *préc.* ; cf. *supra* note n° 2358 ; Cass. soc., 18 janvier 2011, *préc.*, cf. *supra* n° 2362 ; La notion d'abus « *confère au droit d'alerte une sorte de présomption de régularité qu'il appartiendra à l'employeur de combattre le cas échéant* » : RJS 4/11, n° 344.

²³⁷⁵ B. TEYSSIÉ, *L'alerte en matière de santé publique et d'environnement*, JCP S 2015, 1370.

Conclusion du Titre I

389. Des consciences des collectifs... L'employeur doit empêcher la réalisation de situations dangereuses en prenant les mesures adéquates pour les travailleurs, voire parfois pour les tiers à l'entreprise, appartenant néanmoins au cercle des « *parties prenantes* »²³⁷⁶. Cela suppose, au préalable, qu'il ait conscience des dangers et que, même s'il s'agit d'une obligation, il choisisse en conscience de prévenir leur apparition. De son côté, le travailleur qui découvre une situation à risque – soit pour la collectivité de travail à laquelle il appartient, soit pour un pan plus large de la société – peut aussi décider en conscience d'actionner son droit d'alerte. Enfin, les représentants du personnel peuvent également chercher à mieux appréhender la situation de l'entreprise, parce qu'ils ont intérêt à sa survie et au bien-être professionnel des individus de la part desquels ils ont reçu mandat.

390. ...à la conscience de la collectivité. Ces cas de figure, qui mêlent conscience psychologique et morale, mettent en scène des groupes relativement homogènes, en raison de leurs statuts et des intérêts immédiats de leur « *collectif* », au sein de l'entreprise. Ils démontrent néanmoins que ces groupes de personnes n'agissent pas que dans leurs propres intérêts mais prennent aussi leurs décisions en vue d'un intérêt distinct, peut être supérieur, en définitive orienté vers la survie de l'entreprise voire, parfois, vers la protection de la société humaine et de son environnement. Pour cela, il faut donc dépasser les intérêts antagonistes de départ. Serait-il possible alors d'en appeler à une conscience collective de la collectivité de travail dans son ensemble, encadrée certes, mais surtout favorisée par le droit social ?

²³⁷⁶ Sur la définition des parties prenantes : cf. *infra* n° 431 (fin du §).

Titre II : La conscience de la collectivité de travail

391. Une conscience non traduisible en tendance. Face au constat d'exploitation abusive de la main d'œuvre d'autrefois et du « *cerveau d'œuvre* »²³⁷⁷ d'aujourd'hui, l'éthique de l'entreprise s'est développée. Selon le Professeur Pierre Delvolvé, « *la morale lui est inhérente* » et si « *les conceptions religieuses peuvent l'étayer* », « *tout autant des conceptions laïques, fondées sur la seule considération de l'homme et de sa dignité, peuvent y contribuer* »²³⁷⁸. En effet, selon certains, « *la démarche qui associe éthique et entreprise doit puiser ses ressources dans une quête spirituelle* »²³⁷⁹. La place prépondérante donnée à l'éthique dans une entreprise devrait-elle alors être assimilée à une tendance ? Rien n'est moins sûr car la tendance présente un caractère incontestablement spécial et s'adresse à un public particulier, ce qui tend à séparer des autres entreprises celle qui s'en réclame.

392. Une conscience pour rassembler. L'éthique, à l'inverse de la tendance, se caractérise par la promotion de valeurs universelles, fondées sur les bienfaits réciproques que le monde économique et la société peuvent s'apporter²³⁸⁰. *A fortiori*, cette universalité doit d'abord se retrouver au sein de l'entreprise. Comment réussir à revendiquer en dehors de l'entreprise des valeurs qui ne seraient pas partagées en interne ? Il ne peut plus s'agir de collectifs de travail étudiés séparément mais d'une « *collectivité de travail* » formant, à cette occasion, un tout. Dans son rapport de 1981, Monsieur Jean Auroux, alors ministre du Travail, a évoqué à plusieurs reprises cette notion, synonyme d'entreprise²³⁸¹, qu'il est important de

²³⁷⁷ L'expression est de : M. VOLLE, *Anatomie de l'entreprise. Pathologies et diagnostic*, in P. MUSSO (dir.), *L'Entreprise contre l'État*, Manucius, 2017 ; cité par : A. SUPLOT, *Pour une réforme digne de ce nom, Et si l'on refondait le droit du travail*, Le Monde diplomatique, octobre 2017, p. 1, 22 et 23.

²³⁷⁸ P. DELVOLVÉ, *Entreprise privée, laïcité, liberté religieuse. L'affaire Baby Loup*, RFDA 2014, p. 954.

²³⁷⁹ J.-F. CLAUDE, *L'éthique au service du management*, Éditions Liaisons, 2^e éd., 2002, p. 57.

²³⁸⁰ Selon Alexandre Barège, l'éthique « *connaît de multiples définitions (...) : il s'agit principalement d'un ensemble de références, de valeurs, de croyances, de symboles, de pratiques propres à l'entreprise (...) en affirmant sa propre culture, l'entreprise propose des valeurs, répondant ainsi au besoin croissant d'une référence culturelle commune. Beaucoup d'employeurs croient, à juste titre selon nous, en l'influence des valeurs pour promouvoir un comportement éthique (...) En tant que référence sociale commune, la culture d'entreprise assure une certaine stabilité sociale, faisant de l'entreprise un modèle de stabilité pour la société* ». Il ajoute que « *le mouvement conduisant au développement d'une éthique citoyenne de l'entreprise a conduit les employeurs à prendre conscience de l'importance du rôle de l'entreprise dans la société actuelle. (...) les employeurs ont pris conscience de l'importance de l'état de la société pour la survie de leurs entreprises (...)* » : A. BARÈGE, *L'éthique et le rapport de travail*, LGDJ, 2008, p. 95 et 110.

²³⁸¹ « *En effet, l'entreprise, collectivité de travail, est une composante essentielle de la cité et de la nation* » : J. AUROUX, *Les droits des travailleurs*, Rapport remis au président de la République et au Premier ministre, Septembre 1981, La Documentation française, p. 4.

reconstituer²³⁸², car « *ce n'est qu'à l'intérieur d'une communauté de travail reconstituée que les travailleurs pourront devenir des acteurs dans l'entreprise et intervenir dans les domaines qui les intéressent directement* »²³⁸³.

393. Une conscience d'intensité variable. Cette volonté d'avoir une action bénéfique pour la société prise dans son ensemble connaît des intensités variées. Avec ses militants et ses causes de prédilection, l'« *entreprise sociale* »²³⁸⁴ se distingue clairement de l'entreprise classique par la priorité qu'elle accorde à l'humain par rapport au capital. L'origine de cette distinction se trouve dans la possibilité – renforcée – qui est donnée à ses membres de débattre collectivement et démocratiquement de l'activité économique, de sorte que cela fasse partie intégrante de leur activité professionnelle²³⁸⁵. Dans l'exposé des motifs du projet de loi sur l'économie sociale et solidaire, cette dernière est d'ailleurs présentée comme réconciliant « *l'économique avec le sens commun des « bénéfiques » c'est-à-dire des bienfaits* », en remplaçant « *l'intérêt général et le progrès collectif parmi les finalités premières de l'activité économique* »²³⁸⁶. Les membres de l'entreprise sociale semblent ainsi partager une conscience commune des problèmes auxquels il faudrait remédier et des valeurs à mettre en application pour y parvenir, qui fondent ce type d'entreprise (**Chapitre I**). Sans aller aussi loin, car son objet social demeure – pour l'instant – celui de faire des profits, l'entreprise classique peut néanmoins choisir de prendre un virage éthique. Il reste alors à déterminer si elle le fait en conscience ou par intérêt (**Chapitre II**).

²³⁸² La « *reconstitution de la collectivité de travail* » est l'objet d'une subdivision du rapport : J. AUROUX, *rapport préc.*, p. 11.

²³⁸³ J. AUROUX, *rapport préc.*, p. 14.

²³⁸⁴ Sur la définition de cette expression dans cette étude : cf. *infra* n° 395 (fin du §).

²³⁸⁵ Pour certains, « *ce débat favorise l'accomplissement et la valorisation des individus, alors que les résultats ou performances recherchés dans la production n'y suffisent pas* » : P. BRACONNIER, *Le sens du travail en économie sociale et solidaire. Apports d'Hannah Arendt et d'Amartya Sen pour une économie démocratique*, in *L'économie sociale et solidaire et le travail*, dir. P. BRACONNIER et G. CAIRE, L'Harmattan, 2013, p. 70.

²³⁸⁶ Ce projet a débouché sur la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, étudiée ci-dessous : cf. *infra* n° 402 et s.

Chapitre 1 : La conscience, fondement de l'entreprise sociale

394. Les origines. Si les associations populaires et les coopératives sont apparues dès le Moyen-Âge²³⁸⁷, le mouvement coopératif et les sociétés de secours mutuels ont connu leur véritable essor au 19^{ème} siècle²³⁸⁸. Dans la tourmente de la révolution industrielle, « *la question de la solidarité apparaît comme essentielle* », au point de braver la prohibition des organisations ouvrières²³⁸⁹. Oubliée pendant un temps en raison de sa fragmentation²³⁹⁰, la question de l'économie sociale est réapparue dans la seconde partie du 20^{ème} siècle, aux États-Unis et en Europe²³⁹¹, complétée par le concept d'économie solidaire²³⁹². Une charte de l'économie sociale a été publiée en 1980 par le Comité national de liaison des activités mutualistes, coopératives et associatives, déclarant notamment que tous les sociétaires, qui sont « *au même titre propriétaires des moyens de production* », sont « *solidaires et égaux en devoirs et en droits* »²³⁹³. Dès l'année suivante, le décret n° 81-1125 du 15 décembre 1981 a

²³⁸⁷ Les fruitières du Jura et de la Franche-Comté constituent les premières expériences de coopératives : G. LACROIX et R. SLITINE, *L'économie sociale et solidaire*, PUF, Que-sais-je ?, 2016, p. 5.

²³⁸⁸ En 1871, la première Union départementale de mutuelles est créée à Lyon. En 1898, la Charte de la mutualité leur reconnaît un rôle d'intérêt général et les autorise à s'unir en fédération nationale. La Fédération nationale de la mutualité française est créée en 1902 : G. LACROIX et R. SLITINE, *op. cit.*, p. 6.

²³⁸⁹ G. LACROIX et R. SLITINE, *op. cit.*, p. 6.

²³⁹⁰ À partir des années 1960, certaines coopératives ont été victimes de la montée en puissance de la grande distribution, prenant elles-mêmes parfois la forme de coopératives de commerçants, comme les centres Leclerc ou Système U. Quant à celles du secteur bancaire ou agricole, elles se sont éloignées de leurs objectifs d'origine. La mutualité a dû s'adapter en devenant le complément de la Sécurité sociale et les mutualités d'assurance se sont développées avec la croissance de l'industrie automobile : G. LACROIX et R. SLITINE, *op. cit.*, p. 9-10.

²³⁹¹ En France, l'économie sociale n'est « *redécouverte qu'à la fin des années 1970 sous l'impulsion de Michel Rocard* », qui cherche « *une forme de production de richesses se distinguant à la fois du modèle capitaliste et du modèle de la planification communiste* ». Plus largement, en Europe, il faut aussi reconnaître le rôle joué par la doctrine sociale de l'Église catholique, à travers laquelle il s'agit surtout « *de conduire une réflexion continue sur la place de l'homme dans la société* », en étudiant les différents systèmes économiques, dont le capitalisme. Aux États-Unis, il est question d'un « *third sector* », qui apparaît dans les années 1960-1970 à partir des notions de « *charity* » et de participation volontaire. Il constitue probablement « *le premier employeur aux États-Unis* ». : D. HURSTEL, *La nouvelle économie sociale, Pour réformer le capitalisme*, Odile Jacob, 2009, p. 23-29.

²³⁹² Le « *Labo de l'ESS* », un think thank spécialiste du sujet de l'entreprise sociale, présente des définitions distinctes de ces deux économies. L'économie sociale « *se définit par les statuts des structures qui la composent : associations, coopératives, mutuelles et fondations. Elles défendent la priorité de l'homme sur le capital et impliquent une gestion collective des organisations* ». A côté de celle-ci, l'économie solidaire « *assemble les organisations dont l'objectif premier est l'utilité sociale. Elle naît dans les années 1970 pour répondre aux nouveaux besoins des populations, touchées notamment par le chômage et l'exclusion sociale* ». Ainsi, « *ces deux mouvements sont complémentaires, l'économie solidaire a revitalisé les valeurs défendues par l'économie sociale : une économie au service de l'homme et non au service du profit* » : <http://www.lalabo-ess.org/+ess+.html> (site consulté le 10 septembre 2018).

²³⁹³ Selon le Professeur Michel Borgetto, il convient de ne pas s'attarder sur la charte de 1980 car elle est dépourvue de valeur normative, donc d'une faible portée juridique, et n'émane ni du législateur, ni de l'Administration mais de simples organisations regroupées au sein dudit Comité : M. BORGETTO, *L'économie*

créé une délégation à l'économie sociale auprès du Premier ministre²³⁹⁴. L'article 3 de ce texte incluait dans ce domaine les mutuelles, les coopératives et les associations.

395. Les formes juridiques. Il est utile de rappeler que les mutuelles sont orientées vers la protection de leurs membres en les couvrant contre certains risques²³⁹⁵, que les coopératives sont créées pour éliminer le profit capitaliste et assurer une solidarité entre leurs membres²³⁹⁶, tandis que les associations permettent la mise en commun de connaissances et d'activités dans une optique autre que le partage des bénéfices²³⁹⁷. La forme juridique de ces trois types de groupements a donc été historiquement considérée comme étant adaptée à l'économie sociale²³⁹⁸. Par extension, les fondations²³⁹⁹ et les fonds de dotation²⁴⁰⁰ les ont rejoints. Ces

sociale et solidaire : quelle place pour le droit ?, in *Les dynamiques de l'économie sociale et solidaire*, dir. J.-N. CHOPART, G. NERET et D. RAULT, Éditions La Découverte, 2006, p. 218.

²³⁹⁴ Plusieurs éléments de cet aperçu historique sont tirés de : M.-P. BLIN-FRANCHOMME, *L'entreprise de l'économie sociale et solidaire : un nouveau « sujet de droit naissant »*, RLDA 2013, n° 88.

²³⁹⁵ L'article L. 111-1 du Code de la mutualité dispose que les mutuelles « mènent, notamment au moyen des cotisations versées par leurs membres, et dans l'intérêt de ces derniers et de leurs ayants droit, une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide, dans les conditions prévues par leurs statuts, afin de contribuer au développement culturel, moral, intellectuel et physique de leurs membres et à l'amélioration de leurs conditions de vie ». Concernant leur objet, « comme l'évoque l'action de prévoyance, de solidarité et d'entraide, les mutuelles dépassent le seul intérêt de leurs membres pour remplir une mission d'intérêt général. » : D. HIEZ, *Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix*, Revue des sociétés 2012, p. 671.

²³⁹⁶ L'article 1^{er} de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, tel que modifié par la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014, définit la coopérative comme « une société constituée par plusieurs personnes volontairement réunies en vue de satisfaire à leurs besoins économiques ou sociaux par leur effort commun et la mise en place des moyens nécessaires ». S'il s'agit d'une société de personnes, la coopérative n'est cependant ni une société capitaliste à but exclusivement lucratif, ni une association à but non lucratif. « Elle se situe à la croisée des chemins » : C. SERLOOTEN, *Coopérative et entreprise sociale et solidaire*, RLDA 2013, n° 88. Ainsi, cet objet spécifique donne « aux coopératives une place très originale au sein des sociétés puisqu'elles ne se caractérisent pas par la recherche de bénéfices mais par la recherche de services pour ses membres, à tel point que la qualification de société n'a rien d'une évidence et continue de susciter des hésitations. » : D. HIEZ, *art. préc.*, p.671.

²³⁹⁷ En vertu de l'article 1-II-1° de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, ces associations peuvent être « régies par la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association ou, le cas échéant, par le code civil local applicable aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle ». Selon la première phrase de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901, « l'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices ».

²³⁹⁸ « La première définition pour l'économie sociale est d'ordre juridique. On regroupe généralement sous l'appellation d'économie sociale les associations, les mutuelles et les coopératives » : H. GOUIL, *Entreprendre en économie sociale, Sens des affaires ou affaires de sens ?*, Éditions Liaisons, 1999, p. 27. Cela confirme la définition du Labo de l'ESS ci-dessus ; cf. *supra* note n° 2392.

²³⁹⁹ L'alinéa premier de l'article 18 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat dispose que « la fondation est l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif ». Mais elles ne partagent pas toutes les caractéristiques de l'économie sociale et solidaire : G. LACROIX et R. SLITINE, *op. cit.*, p. 10-11. Aussi, « leur mise sur un même plan que les trois groupements (...) est débattue »

structures, qui peuvent éventuellement développer une activité économique²⁴⁰¹, constituent l'« *économie sociale historique* »²⁴⁰². Dans les années 1990, la notion d'économie sociale s'est élargie à toutes les pratiques qui ont pour but de renforcer le lien social. Ce fut le cas, par exemple, dans le secteur des services à la personne, du commerce équitable ou encore de la protection de l'environnement²⁴⁰³. Est ainsi apparue une « *nouvelle économie sociale* »²⁴⁰⁴, composée non seulement de sociétés commerciales « *classiques* », répondant à certaines conditions²⁴⁰⁵, mais aussi d'associations et de coopératives aux statuts régénérés et de dimension plus réduite. Ces structures juridiques, variées et susceptibles d'intervenir dans tous les secteurs d'activité²⁴⁰⁶, sont placées sous l'étendard de l'« *entreprise sociale* » en raison de leur objet²⁴⁰⁷, qui ne peut être tourné uniquement vers le partage des bénéfices puisqu'il doit comprendre permettre la recherche d'une utilité pour la société humaine et son environnement.

car « *il s'agit donc d'une affectation de biens à une œuvre, tandis que l'association, la coopérative et la mutuelle sont toutes trois la réalisation collective d'un projet commun.* » : D. HIEZ, *art. préc.*, p. 671.

²⁴⁰⁰ Créé par l'article 140-I de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, « *le fonds a donc pour vocation de recueillir des fonds et de les utiliser pour réaliser un but d'intérêt général ou de permettre à une ou plusieurs autres personnes morales (par exemple une association) de le réaliser. Ses modalités de création et de fonctionnement en font une sorte de mixte entre la fondation et l'association* » : D. HIEZ, *art. préc.*, p. 671. L'un des premiers fonds de dotation a été créé par le groupe Danone, avec pour objectif de financer « *des initiatives diverses identifiées par les filiales du groupe dans les territoires où elles opèrent* », comme des « *programmes d'insertion par l'emploi autour des usines du groupe* » : D. HURSTEL, *op. cit.*, p. 74.

²⁴⁰¹ Le Conseil constitutionnel a précisé que l'interdiction faite aux associations n'est pas de réaliser des bénéfices mais de les partager : Cons. const., 25 juillet 1984, n° 84-176 DC. L'année suivante, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi relevé l'objet économique d'une association gérant une maison de retraite : Cass. com., 18 juin 1985, n° 84-12.021, Bull. civ. IV, n° 192. La Chambre sociale a repris à son compte ces principes : « *Attendu, d'autre part, qu'aucune disposition légale n'interdisant à une association qui a une activité économique de faire des bénéfices, dès lors que ces bénéfices ne sont pas répartis entre les sociétaires* » : Cass. soc., 4 mars 1992, n° 88-41.014, Bull. civ. V, n° 152. Pour la CJUE, l'activité économique peut être exercée par une entité sans but lucratif, qui doit alors être qualifiée d'entreprise, ce qui est le cas d'une association à but non lucratif qui organise des compétitions et conclut des contrats avec des partenaires, tels que des assureurs ou des sponsors (CJCE, 1^e juillet 2008, aff. C-49/07, *Motosykletiski Omospondia Ellados NPID*).

²⁴⁰² Cette expression est issue de : P. GIANFALDONI, *Les enjeux identitaires des entreprises sociales françaises*, Entreprendre & Innover, décembre 2015, p. 51.

²⁴⁰³ G. LACROIX et R. SLITINE, *L'économie sociale et solidaire*, PUF, Que-sais-je ?, 2016, p. 13.

²⁴⁰⁴ Cette expression est également issue de : P. GIANFALDONI, *op. cit.*, p. 51.

²⁴⁰⁵ Article 1-II-2° de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014.

²⁴⁰⁶ En 2006, le Professeur Michel Borgetto avait fait le constat suivant « *« on est en présence ni d'un droit d'une activité, ni d'un droit des acteurs puisque les mécanismes et institutions juridiques qui permettent la mise en œuvre de l'ESS ne lui sont nullement spécifiques* », dès lors ni l'approche par les statuts, ni l'approche par l'activité ne fonctionnait : M. BORGETTO, *art. préc.*, p. 208-210.

²⁴⁰⁷ L'expression est donc ici utilisée de façon plus large que les usages qui ont pu déjà en être faits. Ce ne sont donc pas uniquement les entreprises d'insertion par l'activité économique ni celles qui mettent l'efficacité des outils et de l'organisation capitaliste au service de finalités sociales. Ces définitions possibles, qui ne sont pas retenues ici, sont appelées dans : D. HIEZ, *art. préc.*, p. 671.

396. L'objet social. En effet, depuis leur apparition, les entreprises sociales ont pour but d'améliorer les conditions de travail et de vie, non seulement des individus qui y travaillent, mais également des individus auxquels ce travail est destiné²⁴⁰⁸. Cette volonté d'émanciper les individus, ajoutée à celle d'évincer le seul profit individuel, permet d'entrepercevoir l'importance de la dimension « collective » de l'entreprise sociale²⁴⁰⁹. Sans aller jusqu'à parler d'utopie²⁴¹⁰, il s'agit pour l'entreprise sociale de suivre « *des règles qui permettent un fonctionnement meilleur de l'économie et de l'entreprise* », à travers « *une recherche théorique et pratique du sens de la vie en société* » en « *respectant les mêmes valeurs que la société civile et politique, c'est-à-dire les valeurs démocratiques* »²⁴¹¹. Le caractère indispensable de la dimension collective du travail au sein de l'entreprise sociale a d'ailleurs été mis en évidence par le « *Labo de l'ESS*²⁴¹² », un think thank créé en 2010, dans son rapport de 2017²⁴¹³. Les individus qui y travaillent ou qui souhaitent y travailler²⁴¹⁴ devraient

²⁴⁰⁸ « C'est l'un des rares secteurs où la « matière première » est la personne humaine » : F. MANANGA, *La pratique du droit social au sein des entreprises de l'économie sociale et solidaire*, JCP S 2013, p. 1483.

²⁴⁰⁹ « La gestion collective n'est pas dans la tradition française une modalité, mais la substance de l'entreprise sociale. Cette dimension est en effet le gage de l'émancipation collective des individus » : D. HIEZ, *Le cadre juridique de l'entreprise non capitaliste, clef de distinction entre l'entreprise sociale et l'entreprise d'économie sociale et solidaire ?*, *Revue internationale de l'économie sociale* 2013, n° 327, p. 95 ; « Il va de soi cependant que ni l'économie sociale ni l'économie solidaire n'ont d'intérêt à s'affaiblir réciproquement. Leurs forces respectives sont trop précieuses pour ne pas être consacrées à ce qui motive leur existence commune, l'émancipation de la personne humaine » : J.-F. DRAPERI, *Au bénéfice de la crise ? Pour un projet d'économie sociale et solidaire*, *Revue internationale de l'économie sociale* 2009, n°313, p. 20 ; Aussi, la « promesse relayée par l'économie sociale et solidaire » a pu être résumée comme suit : « une vision différente et spécifique du travail comme un facteur d'émancipation des individus, comme une réponse collective à une certaine quête de sens » : P. FRANCOUAL, *Le dialogue social au service de l'entreprise sociale et solidaire*, RLDA 2013, n° 88.

²⁴¹⁰ L'économie sociale et solidaire revendique néanmoins des liens avec la pensée utopique, qui interroge l'appartenance de chacun à l'œuvre collective et pour laquelle « le travail est rédempteur et salutaire ». Aussi, « en restant dans la lignée des utopistes pragmatiques, ils cherchent à adapter le travail à des formes spécifiques », à « réenchanter le travail en le réenchâssant dans la société. Les acteurs de l'ESS inscrivent leur paradigme dans l'ambition de faire du travail un facteur d'accomplissement de soi » : A. NDIAYE et N. FERREIRA, *Le travail et l'utopie, Analyse du travail dans les théories de Sismondi, Fourier, Proudhon, Marx, Engels, Godin et Lafargue*, in *L'économie sociale et solidaire et le travail*, dir. P. BRACONNIER et G. CAIRE, L'Harmattan, 2013, p. 207-209.

²⁴¹¹ Dès lors, « une philosophie de l'économie sociale sera de plus en plus nécessaire dans les années à venir, pour accompagner le renouveau du mouvement » : J.-F. DRAPERI, *Comprendre l'économie sociale, Fondements et enjeux*, Dunod, 2^e éd., 2014, p. 146-147.

²⁴¹² L'abréviation « l'ESS » désigne l'économie sociale et solidaire et apparaît dans plusieurs notes de bas de page de cette section.

²⁴¹³ « La dimension collective du travail, peu reconnue, est indispensable sous ses deux dimensions : collectif de travail (celui avec lequel on échange, coopère, crée des liens) et collectif de négociation (celui avec lequel on défend ses intérêts et améliore son emploi). (...) L'ESS a toujours misé sur l'intelligence collective et souhaité faire essaimer cette façon d'envisager la relation de travail. Quels seront les collectifs de demain dans une entreprise de plus en plus dispersée géographiquement ? Quels nouveaux collectifs de travail construisent et construiront les indépendants ? Que peuvent apporter les expérimentations de l'ESS ? Quid des collectifs de négociation ? » : Labo de l'ESS, *Transformer l'emploi, redonner du sens au travail*, 2017, p. 21.

²⁴¹⁴ Un individu peut aussi être amené à se réorienter vers ce secteur « en espérant y trouver la satisfaction qu'il recherche dans sa vie professionnelle, par différence avec le secteur dans lequel il exerçait auparavant ».

donc nécessairement être habités par certaines convictions et vouloir respecter certaines valeurs²⁴¹⁵, en lien avec les aspirations de la structure à laquelle ils appartiennent. Il n'existe cependant aucune règle spécifique à ce type d'entreprise²⁴¹⁶, le droit du travail n'y étant pas différent de celui des entreprises classiques²⁴¹⁷, comme l'avait rappelé le Rapport sur les associations, présenté par Monsieur Pierre Morange, alors député, en 2008²⁴¹⁸. En effet, même si les trois quarts des établissements employeurs de l'économie sociale sont de taille très modeste²⁴¹⁹, avec moins de 10 salariés à leur effectif²⁴²⁰ et donc pas de représentation du

« Cette forme identitaire subjective est une composante de la transaction identitaire vécue par la personne, une représentation intime élaborée par l'individu pour donner sens à son parcours ». Le projet de reconversion est souvent déclenché par un événement professionnel – un licenciement brutal, une situation de harcèlement – ou personnel – un décès ou une prise de conscience lors d'un voyage dans un pays en développement – entraînant une volonté de rompre avec le passé : C. DE CALAN et J. GUICHARD, *Frontières entre choix professionnels et militants. Qu'attendent de l'ESS les personnes qui souhaitent s'y reconverter ?*, in *L'économie sociale et solidaire et le travail*, dir. P. BRACONNIER et G. CAIRE, L'Harmattan, 2013, p. 149.

²⁴¹⁵ « Les valeurs sont fréquemment avancées comme un moteur de la reconversion. (...) Schwartz [psychologue social israélien] définit en 1992 les valeurs comme des concepts ou des croyances, qui se rapportent à des fins ou des comportements désirables, pour soi mais aussi en référence au groupe social ». Parmi les personnes souhaitant se reconverter dans l'économie sociale et solidaire, les valeurs considérées comme les plus importantes sont la stimulation, la bienveillance et l'autonomie : C. DE CALAN et J. GUICHARD, *art. préc.*, p. 159-161.

²⁴¹⁶ Il faut néanmoins rappeler que la loi n° 2006-586 du 23 mai 2006, relative au volontariat associatif et à l'engagement éducatif, avait créé le contrat de volontaire associatif, qui n'est pas un contrat de travail, comme l'indique le site Service Public : <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F13273>. Les articles de cette loi propres au volontariat ont depuis été abrogés et il faut désormais se référer au Code du service national qui encadre le service civique et les autres formes de volontariat, créés par la loi n° 2010-241 du 10 mars 2010 relative au service civique. Mais, selon certains auteurs, en envisageant « de cumuler les dérogations au droit commun du travail », il serait alors question de se placer « dans la tradition française de surréglementation » : D. HURSTEL, *La nouvelle économie sociale, Pour réformer le capitalisme*, Odile Jacob, 2009, p. 164.

²⁴¹⁷ V. BONNIN, *Évaluer juridiquement le contrat de travail en ESS*, in *L'économie sociale et solidaire et le travail*, dir. P. BRACONNIER et G. CAIRE, L'Harmattan, 2013, p. 70.

²⁴¹⁸ Le Rapport sur la gouvernance et le financement des structures associatives, dit « Morange », procédait au constat suivant : « Si la relation employeur-salarié n'a pas de spécificité du fait du caractère associatif de la structure, il n'en demeure pas moins que les employeurs associatifs se sentent investis d'obligations particulières. Pour certains, la cohérence avec le projet associatif doit se traduire par un accompagnement fort des salariés, par une meilleure prise en compte de leurs besoins, notamment en termes de formation. De ce point de vue, les employeurs du secteur associatif se sentent insuffisamment reconnus dans la spécificité de leur action. Ce constat est particulièrement valable pour les employeurs de personnes en « contrats aidés », dispositif particulièrement répandu au sein des associations ». Ce rapport est disponible sur le site de l'Assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i1134.asp>

²⁴¹⁹ Depuis 2013, le secteur dispose d'une représentation patronale à travers l'Union des employeurs de l'économie sociale et solidaire (UDES), à laquelle sont rattachées 65.000 entreprises employant plus d'un million de salariés sur le territoire national. L'UDES manie à la fois la « soft law » (chartes, déclarations et des remises de prix pour valoriser des bonnes pratiques en matière de RSE) et le « droit dur », en signant des conventions collectives et des accords : F. DARBUS, *Main d'œuvre et gestion des ressources humaines, Chapitre 8*, in *Économie sociale et solidaire*, dir. R. HOLCMAN, Dunod, 2015, p. 245.

²⁴²⁰ Conseil national des Chambres régionales de l'économie sociale et solidaire (CNCRESS), *Panorama de l'économie sociale et solidaire en France*, édition 2015, p. 4. La taille moyenne des organisations varie fortement selon la catégorie juridique, allant de 10 salariés en moyenne dans les associations à 55 dans les fondations, avec 10,7 salariés en moyenne générale. Il faut cependant rappeler qu'en France les organisations

personnel, le droit du travail, ses réformes et les stratégies « *organisationnelles* » qui en découlent s’y appliquent²⁴²¹. Par ailleurs, à quelques exceptions près²⁴²², les juristes se sont peu penchés sur le sujet de l’entreprise sociale, préférant se concentrer sur le régime applicable à chaque type de structure plutôt que d’essayer d’en avoir une vue d’ensemble.

397. Du cas général au cas particulier. À partir de ces constats, il s’agit d’examiner si le droit du travail « *commun* » peut se saisir de la conscience qui caractérise l’entreprise sociale et s’il est permis de l’envisager sous l’angle d’une conscience collective, dans le cadre général des entreprises sociales, toutes formes confondues (**Section 1**), et dans celui, plus spécifique, des entreprises coopératives, créées et détenues par les travailleurs (**Section 2**).

Section 1 : La conscience de l’entreprise sociale

398. Garantir l’authenticité de la conscience. Le succès de l’entreprise sociale peut, sans doute, s’expliquer par le comportement des consommateurs qui « *estiment les organisations non lucratives plus dignes de confiance que les entreprises privées car elles seraient moins incitées à privilégier les profits au détriment de la qualité* ». Or, pour maintenir cette confiance, ces entreprises doivent « *veiller à recruter des salariés davantage motivés par la qualité du service rendu que par la rémunération qu’ils perçoivent* ». En outre,

employeuses sont majoritairement des micro-entreprises (moins de 10 salariés) : *Atlas commenté de l’économie sociale et solidaire*, édition 2017, Observatoire nationale de l’ESS – CNCRESS, Dalloz, 2017, p. 43 et s.

²⁴²¹ Toutefois, cela n’est pas ressenti comme un manque dans la mesure où, dans ce type de petites structures, les rapports sont plus horizontaux : « *La taille modeste des entreprises, mais également les valeurs « participatives » prônées par l’économie sociale et solidaire, entraînent ces organisations sur le chemin d’un fonctionnement très horizontal, dans lequel les échanges ont lieu relativement fréquemment et quasiment d’égal à égal avec la personne disposant de la qualité d’employeur. Dès lors, la mise en place d’une institution représentative du personnel – si le seuil la rendant obligatoire n’est pas atteint – peut ressembler à un formalisme rendu inutile par sa lourdeur* » : P. FRANCOUAL, *Le dialogue social au service de l’entreprise sociale et solidaire*, RLDA 2013, n° 88.

²⁴²² Par exemple : M. BORGETTO, *L’économie sociale et solidaire : quelle place pour le droit ?*, in *Les dynamiques de l’économie sociale et solidaire*, dir. J.-N. CHOPART, G. NERET et D. RAULT, Éditions La Découverte, 2006, p. 205 ; D. HIEZ, *Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l’heure des choix*, *Revue des sociétés* 2012, p. 671 ; P. FRANCOUAL, *art. préc.*, n° 88. Ce dernier auteur a soutenu sa thèse de doctorat en droit privé sur « *L’entreprise sociale* » en décembre 2017 à l’Université Toulouse 1. Il existe également un Réseau interuniversitaire d’économie sociale et solidaire (RIUESS) depuis 2000, qui s’est constitué autour des Universités de Lyon 2, de la Méditerranée, de Valenciennes, de Toulouse 2 et du CRIDA à Paris. Il intègre vingt-deux universités et établissements d’enseignement supérieur français et deux universités étrangères. Il organise chaque année des rencontres de l’économie sociale. La consultation de l’annuaire des enseignants-chercheurs révèle une minorité de juristes par rapport aux économistes et sociologues : <https://riuess.org/>

elles visent à « *promouvoir les valeurs idéologiques et morales de leurs fondateurs* »²⁴²³ et « *souhaitent s'entourer de salariés partageant leurs valeurs* »²⁴²⁴. Il convient de s'intéresser aux mécanismes permettant de garantir la sincérité de la conscience des entreprises sociales et de conférer une cohérence à leur ensemble, que ces mécanismes soient strictement juridiques (§1), ou davantage liés au déroulement des relations sociales au sein de ce type d'entreprise (§2).

§ 1 : Les garanties juridiques de la conscience

399. Le regroupement des différents types d'entreprises prônant une économie solidaire et sociale sous un même étendard a été réalisé progressivement, à partir de la fin des années 1990 et jusqu'au vote de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014, dite loi « *Hamon* » (I), qui a désigné expressément les critères ouvrant droit à la qualification d'entreprise sociale (II).

I : La création de la catégorie des entreprises sociales

400. L'approche initiale par la forme juridique. L'idée de relier davantage les entreprises sociales entre elles est apparue avec la loi du 29 juillet 1998 qui disposait que « *l'ensemble des acteurs de l'économie solidaire et de l'économie sociale concourent à la réalisation* » des objectifs en matière de lutte contre les exclusions, en citant au préalable « *les groupements régis par le code de la mutualité, les associations qui œuvrent notamment dans le domaine de l'insertion et de la lutte contre l'exclusion* »²⁴²⁵. Cette idée s'est poursuivie avec la loi du 19 février 2001 qui a défini plus précisément les « *entreprises solidaires* » à travers des principes obligatoires de fonctionnement, tels que l'emploi d'un public protégé de salariés

²⁴²³ À propos des valeurs : « *Les recherches sur la GRH dans les organisations de l'économie sociale et solidaire partent généralement de l'importance particulière que ces organisations accordent aux valeurs. Les projets qui inspirent leur stratégie en sont imprégnés : lutter contre les inégalités, aider les plus démunis, etc. (...) Ces valeurs forgent les intentions des associations à l'égard des bénéficiaires, elles inspirent aussi leurs façons de faire. Leur gestion se doit d'être éthique* » : C. EVERAERE et P. VALEAU, *La GRH dans les organisations de l'économie sociale et solidaire, chapitre 6*, in *Management des entreprises de l'économie sociale et solidaire, Identités plurielles et spécificités*, dir. E. BAYLE et J.-C. DUPUIS, De Boeck, 2012, p. 110.

²⁴²⁴ J. LANFRANCHI, M. LARGUEM et M. NARCY, *Satisfaction dans l'emploi des salariés du secteur sans but lucratif en Europe*, in *Économie sociale et droit, Économie et droit du travail*, Tome 1, dir. C. BOURREAU-DUBOIS et B. JEANDIDIER, XXVI^e Journées de l'Association d'Économie Sociale à Nancy les 7 et 8 septembre 2006, L'Harmattan, 2006, p. 307, spéc. p. 307-308.

²⁴²⁵ L'article 1^{er} de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions a été codifié par l'ordonnance n° 2000-1249 du 21 décembre 2000 à l'ancien article 115-2 du CASF. Il a ensuite été transféré à l'article 115-1 par la loi n° 2008-1249 du 1^{er} décembre 2008, toujours en vigueur, qui a ajouté la lutte contre la pauvreté à côté de celle contre les exclusions.

ou le plafonnement des rémunérations, en citant cette fois les entreprises « *constituées sous forme d'associations, de coopératives, de mutuelles, d'institutions de prévoyance* »²⁴²⁶. Auparavant, une circulaire du 5 septembre 2000, relative à la place de l'économie sociale et solidaire dans les processus de contractualisation territoriale²⁴²⁷, bien que sans valeur normative, avait déjà mis en valeur le « *cœur d'activité* »²⁴²⁸ de l'économie sociale et solidaire, en rappelant que qu'elle « *s'appuie tout particulièrement sur les mouvements mutualistes, coopératifs et associatifs* »²⁴²⁹.

401. Des incitations à adopter une approche extensive. Deux mois plus tôt, en septembre 2000, le rapport de l'économiste Alain Lipietz sur « *L'opportunité d'un nouveau type de société à vocation sociale* » avait été remis au Premier ministre et à la ministre de l'Emploi et des Solidarités. L'auteur y expliquait que « *le mieux est de définir le contour du tiers secteur par un label d'économie sociale et solidaire, fondé sur deux types de critères, à inscrire dans sa charte : quant aux buts (ce qui le rattache à l'économie solidaire) et quant aux modes d'organisation interne (notamment la lucrativité limitée, le caractère démocratique et multipartenarial de sa direction), ce qui le rattache à l'économie sociale, étant bien entendu qu'une entreprise privée peut faire le choix de solliciter ce label, à condition d'accepter ce cahier de charges* »²⁴³⁰. L'idée de créer des labels – un pour « *l'entrepreneuriat social* » et un autre à « *finalité sociale et solidaire* » – a été confirmée par le Rapport sur l'économie sociale

²⁴²⁶ L'article 19 de la loi n° 2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale a créé l'ancien article L. 443-3-1 dans le Code du travail, devenu depuis l'article L. 3332-17-1, et complété l'ancien article L. 214-39 du Code monétaire et financier, dont le contenu sur les fonds solidaires a depuis été transféré l'article L. 214-164 de ce code.

²⁴²⁷ La circulaire du 5 septembre 2000 n'est pas parue au *Journal officiel* mais au Bulletin Officiel du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle, n° 2001/1 du samedi 20 janvier 2001, NOR MESC0011490C.

²⁴²⁸ L'expression est de : M. BORGETTO, *art. préc.*, p. 216.

²⁴²⁹ Cette circulaire a défini l'économie sociale et solidaire comme « *une approche et une pratique de l'économie différentes, fondées sur l'initiative citoyenne et sur la mise en œuvre de principes de solidarité dans quatre dimensions principales* ». Il est expliqué qu'il s'agit plus précisément de la solidarité entre les générations actuelles, de la solidarité de production et de redistribution, de la solidarité entre territoires et, enfin, de la solidarité avec les générations futures. Elle précise aussi que les dispositifs ainsi gérés « *s'inscrivent avant tout dans une démarche économique fondée sur des principes éthiques de solidarité, de responsabilité, d'autonomie, d'utilité collective et de plus-value sociale* ». Ces développements figurent dans la partie « *I. - L'économie sociale et solidaire : Définition, champs et fonctions* » de la circulaire.

²⁴³⁰ A. LIPIETZ, *L'opportunité d'un nouveau type de société à vocation sociale*, rapport relatif à la lettre de mission du 17 septembre 1998 adressée par Madame Martine Aubry, alors ministre de l'Emploi et de la Solidarité, La Documentation française, 2000, p. 32. Pour le Professeur Michel Borgetto, cette conception permet de rassembler l'économie sociale et l'économie solidaire, mais en plus « *la combinaison d'un critère interne (mode de fonctionnement) et d'un critère externe (nature et finalité de l'activité) étant de nature non seulement à rendre compte de l'ensemble des entreprises pouvant être considérées comme œuvrant dans le secteur de l'ESS mais aussi et surtout faciliter son encadrement par le droit* » : M. BORGETTO, *art. préc.*, p. 230.

et solidaire de 2010, afin de dépasser la seule approche statutaire et de mieux reconnaître l'appartenance à l'économie sociale²⁴³¹.

402. La consécration de la vision extensive du secteur par le législateur. Mais il fallut encore attendre quatorze ans pour que le secteur de l'économie sociale et solidaire²⁴³² bénéficie d'un véritable entérinement législatif, avec la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, dite loi « *Hamon* »²⁴³³. Son article premier a solennellement réaffirmé que « *le but poursuivi* » par ces « *personnes morales de droit privé* » doit être « *autre que le seul partage des bénéficiaires* ». En d'autres termes, il s'agit pour l'entreprise sociale de quitter les rives de l'économie et de la finance pures pour privilégier des objectifs sincèrement sociaux²⁴³⁴, ses statuts étant censé faire « *le plus souvent référence à l'aide, à la solidarité, à l'intégration, au partage, ou d'une manière plus développée, à une vision d'une société donnée et à un type d'échange souhaité entre les hommes* »²⁴³⁵. Ainsi, il devient permis « *d'inclure la dimension sociale dans la raison d'être de l'entreprise* »²⁴³⁶. L'économie sociale et solidaire constitue dès lors une troisième voie entre l'économie purement marchande et l'économie publique. Les entreprises sociales ne sont pas sans profit, ce qui leur permet de ne pas être dépendantes des financements publics mais les obligent, en

²⁴³¹ « Proposition n° 5 : Engager une démarche de création de labels qui dépasse la seule approche statutaire pour mieux reconnaître l'appartenance à l'économie sociale » : F. VERCAMER, *L'Économie Sociale et Solidaire, entreprendre autrement pour la croissance et l'emploi*, Rapport remis au Premier ministre en avril 2010, La Documentation française, p. 69-70.

²⁴³² Dans son ouvrage sur l'émergence de l'économie sociale et solidaire, qui constitue la version remaniée de sa thèse d'histoire moderne et contemporaine, soutenue à l'Université de Bordeaux 3 le 16 juin 2015, sous la direction du Professeur Christine Bouneau, Timothée Duverger intitule l'un de ses développements « *la conscience d'un nouveau secteur* » : T. DUVERGER, *L'économie sociale et solidaire, Une histoire de la société civile en France et en Europe de 1968 à nos jours*, préf. B. HAMON, Le Bord de l'eau, Lormont, 2016, p. 204.

²⁴³³ Il convient de noter que cette loi a été adoptée sans opposition ni saisine ultérieure du Conseil constitutionnel, ce qui a permis sa rapide promulgation, preuve sans doute de la « *reconnaissance générale des élus à l'égard de cette autre façon d'entreprendre* » : D. HIEZ, *La richesse de la loi Économie sociale et solidaire*, Revue des sociétés 2015, p. 147.

²⁴³⁴ L'entreprise sociale « *fait référence à des unités organisationnelles dont l'objet social est défini par la promotion d'objectifs sociaux* » : F. BERROD, F. LARONZE et E. SCHWALLER, *art. préc.*, p. 217-218.

²⁴³⁵ H. GOUIL, *Entreprendre en économie sociale, Sens des affaires ou affaires de sens ?*, Éditions Liaisons, 1999, p. 30. Plus loin, l'auteur ajoute que « *c'est comme s'il y avait dans le refus de l'exclusion, (...) la promesse d'un travail productif entre logique de survie et recherche de plus en plus de sens pour vivre davantage. (...) Parmi les motivations des entrepreneurs de l'économie sociale, il semble qu'on trouve davantage l'envie d'apporter une aide au « perdant » que le désir de s'opposer à la suprématie de la compétition. Cela suppose sans doute une capacité affective à déceler la souffrance de l'autre. C'est cette sensibilité ou proximité affective, au sens où le précise Christophe Dejours dans son ouvrage *Souffrance en France, qui pousse certains à l'action en faveur d'autrui, en réduisant ainsi leur propre tension ou souffrance* » : H. GOUIL, *op. cit.*, p. 71. Cet ouvrage du Professeur Christophe Dejours est ici cité sur d'autres sujets : cf. *supra* notes n° 1262, 1327 et 1336.*

²⁴³⁶ F. BERROD, F. LARONZE et E. SCHWALLER, *art. préc.*, p. 211.

même temps, à se plier aux règles du jeu de la concurrence²⁴³⁷. En 2011²⁴³⁸, la Commission européenne définissait déjà l'entreprise sociale comme un « *acteur de l'économie sociale* », « *une entreprise dont le principal objectif est d'avoir une incidence sociale plutôt que de générer du profit pour ses propriétaires ou ses partenaires* »²⁴³⁹.

II : L'accès à la qualification d'entreprise sociale

403. Une démarche inclusive mais des critères stricts. En 2014, face à la volonté d'essor de l'économie sociale, le législateur a répondu à la question suivante : « *comment le droit pouvait-il alors accompagner cette croissance, tout en prévenant le risque qu'elle soit captée par des entreprises du secteur privé promptes à endosser l'habit d'entreprise « sociale et solidaire » ?* »²⁴⁴⁰. À l'instauration d'une structure juridique unique choisie dans d'autres pays²⁴⁴¹, la loi du 31 juillet 2014 a préféré une démarche inclusive, de façon à prendre en

²⁴³⁷ P. GIANFALDONI, *Les enjeux identitaires des entreprises sociales françaises*, Entreprendre & Innover, décembre 2015, p. 51.

²⁴³⁸ L'Union européenne s'est intéressée au sujet avant cette date, la société coopérative européenne ayant été créée par le règlement CE n° 1435-2003 du Conseil du 22 juillet 2003, complété par la directive 2003/72/CE du Conseil du 22 juillet 2003. En 2004, la Commission adressait une communication au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur la promotion des sociétés coopératives en Europe (COM/2004/0018 final). Le Parlement a aussi manifesté son intérêt pour le sujet à travers sa résolution du 19 février 2009 sur l'économie sociale (2008/2250/INI) et sa déclaration du 10 mars 2011 visant l'instauration de statuts européens pour les mutuelles, les associations et les fondations. L'Acte pour le marché unique de la Commission d'avril 2011 évoque également la création d'une fondation européenne. Elle a déjà fait une proposition de règlement sur la fondation européenne en 2012 (Communication n° 2012/35) : D. HIEZ, *Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix*, Revue des sociétés 2012, p. 671.

²⁴³⁹ Elle précise que l'entreprise sociale « *opère sur le marché en fournissant des biens et des services de façon entrepreneuriale et innovante et elle utilise ses excédents principalement à des fins sociales. Elle est soumise à une gestion responsable et transparente, notamment en associant ses employés, ses clients et les parties prenantes concernées par ses activités économiques* » : Communication n° 2011/682 de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Initiative pour l'entrepreneuriat social, Construire un écosystème pour promouvoir les entreprises sociales au cœur de l'économie et de l'innovation sociales*, 25 octobre 2011.

²⁴⁴⁰ M.-P. BLIN-FRANCHOMME, *L'entreprise de l'économie sociale et solidaire : un nouveau « sujet de droit naissant »*, RLDA 2013, n° 88.

²⁴⁴¹ Ont ainsi été créées la société à finalité sociale en Belgique et la coopérative sociale en Italie. Si la première est un « *quasi-échec* », sans doute en raison de l'absence d'attractivité en termes d'avantages fiscaux, la seconde a rencontré un franc succès car il existe en Italie une « *culture sociale favorable* » et car la structure prend en compte « *l'autonomie des collectivités locales italiennes* » : M. BORGETTO, *L'économie sociale et solidaire : quelle place pour le droit ?*, in *Les dynamiques de l'économie sociale et solidaire*, dir. J.-N. CHOPART, G. NERET et D. RAULT, Éditions La Découverte, 2006, p. 225. La loi italienne n° 381-91 du 18 novembre 1991 définit les coopératives sociales comme des sujets de droit avec des techniques entrepreneuriales mais sans but lucratif, qui réinvestissent leurs profits dans des buts sociaux et pour la communauté. « *Ces coopératives sociales ont acquis la force d'un modèle en raison de leur succès* ». En vertu de l'article 661 du Code belge des sociétés, « *sont qualifiées de société à finalité sociale les sociétés (...) qui ne poursuivent pas l'enrichissement des associés et dont les statuts prévoient certaines particularités* ». Elles « *n'ont pas rencontré le succès des coopératives sociales italiennes, pour partie en raison de trop faibles incitations des pouvoirs publics, est-il allégué* ». Il est aussi permis de citer l'exemple de la « *community interest company* », « *une société de droit*

compte la diversité des acteurs²⁴⁴². Le caractère capitaliste d'une société non-coopérative peut pourtant paraître *a priori* antinomique avec l'inscription dans l'économie sociale et solidaire. Mais, les entrepreneurs qui réalisent ce choix sont persuadés, au contraire, qu'il leur permet de bénéficier d'une indépendance financière venant en soutien des convictions portées par leur activité²⁴⁴³. Pour éviter néanmoins les risques d'usurpation du titre d'entreprise sociale par des sociétés sans projet de conscience véritable, des conditions strictes ont été posées²⁴⁴⁴. En plus de l'objet social qui ne peut être le profit à tout prix, s'ajoutent d'autres principes essentiels auxquels doivent répondre les entreprises sociales, rappelés par l'article premier, à savoir : une gouvernance démocratique définie par les statuts²⁴⁴⁵, des bénéfices majoritairement consacrés au maintien ou au développement de l'activité, l'impossibilité de distribuer les réserves obligatoires en raison de leur impartageabilité²⁴⁴⁶ et, enfin, la

britannique créée en 2004 », et la « *sociedad laboral* », créée en Espagne en 1986, qui rencontrent un franc succès : D. HIEZ, *art. préc.*, p. 671.

²⁴⁴² Dans la préface de la thèse précitée de Timothée Duverger, Monsieur Benoît Hamon définit ainsi l'objectif de la loi : « *Considérant que l'économie sociale et solidaire se définit d'abord comme une certaine manière d'entreprendre, plus que comme un statut ou secteur d'activité donné, il s'agissait d'élargir le champ de l'économie sociale et solidaire, au-delà de ses acteurs traditionnels (...). L'article premier de la loi intègre donc des sociétés qui partagent et inscrivent dans leurs statuts les grands principes du secteur (...). A travers cette définition, l'objectif est de polliniser l'économie classique plutôt que d'emprisonner l'économie sociale et solidaire dans des frontières trop étroites. C'est grâce à ce nouveau paradigme que nous ferons changer d'échelle le secteur de l'économie sociale et solidaire.* » : T. DUVERGER, *op. cit.*, p. 9.

²⁴⁴³ Observatoire national de l'ESS - CNCRESS, *Les sociétés commerciales de l'économie sociale et solidaire : premiers éléments d'analyse*, CNCRESS, 2017, p. 7.

²⁴⁴⁴ Lors de son audition au Sénat en 2014, Monsieur Benoit Hamon, alors ministre délégué chargé de l'économie sociale et solidaire, expliquait la volonté du Gouvernement, « *conscient de la potentielle dérive de social-washing* », d'imposer des conditions fermes : « *Accompagner ce mouvement en autorisant des entreprises classiques à basculer dans l'ESS dans des conditions strictement contrôlées, tel est le choix politique du Gouvernement. Certains considéreront que nous souillons là un champ qui était protégé par des statuts historiques. En refusant les barbelés, je crois que nous avons fait le pari courageux, ambitieux et optimiste de la pollinisation de ce modèle.* » : M.-P. BLIN-FRANCHOMME, *art. préc.*, n° 88. « *La question est donc de savoir si l'ouverture faite aux sociétés commerciales suscitera un grand intérêt. Outre certaines exceptions de taille très réduite, qui ne méritaient pas le coût de la mise en place d'une telle innovation, il est permis de douter du succès : les conditions exigées pour la qualification sont très lourdes (beaucoup plus sévères que certains statuts de l'ESS), et les avantages retirés, malheureusement à la hauteur (réduite) de l'investissement public en faveur de l'ESS. On ne peut que se féliciter de cette innovation sur le plan théorique, que ni la loi espagnole ni la loi québécoise n'ont adoptée, tout en restant sceptique quant à son utilité pratique* » : D. HIEZ, *La loi sur l'économie sociale et solidaire : un regard juridique bienveillant*, *Revue internationale de l'économie sociale* 2014, n° 334, p. 47.

²⁴⁴⁵ Une telle gouvernance implique « *l'information et la participation des associés, des salariés et des parties prenantes aux réalisations de l'entreprise, et cette participation ne doit pas seulement être liée aux apports en capital de ces acteurs* » : J. DEFOURNY, *L'économie sociale*, in *Économie sociale et solidaire, Socioéconomie du 3^e secteur*, dir. J. DEFOURNY et M. NYSENS, Pays-Bas, Deboeck Supérieur, 2017, p. 61.

²⁴⁴⁶ Ces réserves relèvent ainsi du « *principe de la propriété collective* » : P. BRACONNIER, *Le sens du travail en économie sociale et solidaire. Apports d'Hannah Arendt et d'Amartya Sen pour une économie démocratique*, in *L'économie sociale et solidaire et le travail*, dir. P. BRACONNIER et G. CAIRE, L'Harmattan, 2013, p. 71.

distribution du *boni* à une autre entreprise de la même orientation, en cas de liquidation ou de dissolution.

404. La preuve de la qualité. Les structures juridiques des acteurs historiques du mouvement bénéficient d'une présomption quant à leur caractère social²⁴⁴⁷. En revanche, les sociétés commerciales classiques doivent, quant à elles, prouver qu'elles méritent la qualité d'entreprise sociale à travers la conformité, « *au moins formelle* »²⁴⁴⁸, de leurs statuts. Dans une note juridique complète, le Conseil national des Chambres régionales de l'économie sociale et solidaire (appelé le « *CNCRESS* ») a explicité les mentions, prévues par le législateur²⁴⁴⁹ et précisées par le pouvoir réglementaire²⁴⁵⁰, que doivent contenir les statuts d'une société commerciale souhaitant obtenir la qualité d'entreprise de l'économie sociale et solidaire²⁴⁵¹. Parmi ces mentions, figurent notamment l'objet social, qui doit être défini autour de la recherche d'une « *utilité sociale* »²⁴⁵², et la gouvernance démocratique²⁴⁵³. En pratique, si les conditions ne sont pas remplies, le greffier du tribunal de commerce peut refuser l'immatriculation d'une société au registre du commerce et des sociétés avec la mention de la qualité d'entreprise de l'économie sociale et solidaire. Ce test de conformité ne s'apparente

²⁴⁴⁷ Certains auteurs font état d'« *une sorte de présomption* » : J.-J. BARBIERI, *Observations sur la loi relative à l'économie sociale et solidaire*, RLDA 2014, n° 98. Il faut d'ailleurs espérer que la présomption est irréfragable. En effet, à titre d'exemple, les coopératives les plus nombreuses sont les établissements de crédit, proches des entreprises capitalistes. S'il s'agit certes « *toujours d'obtenir un service de crédit de bonne qualité à moindre coût, le secteur dans lequel évolue la coopérative lui donne une connotation monétaire, une parenté avec un secteur fortement libéral et concurrentiel* » : C. SERLOOTEN, *Coopérative et entreprise sociale et solidaire*, RLDA 2013, n° 88.

²⁴⁴⁸ J.-J. BARBIERI, *art. préc.*, n° 98.

²⁴⁴⁹ Il s'agit plus précisément du point II-2° de l'article 1^{er} de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014.

²⁴⁵⁰ Article 1^{er} du décret n° 2015-858 du 13 juillet 2015 relatif aux statuts des sociétés commerciales ayant la qualité d'entreprises de l'économie sociale et solidaire.

²⁴⁵¹ CNCRESS, *Note juridique et réglementaire, Sociétés commerciales de l'économie sociale et solidaire*, 8 septembre 2016.

²⁴⁵² Cette notion, qui apparaît comme « *un intérêt général désétatisé* », « *a vu le jour à la suite d'une exonération d'impôt, formulée dans le cadre de la jurisprudence du Conseil d'État à travers l'arrêt du 30 novembre 1973, en faveur de l'association Saint-Luc exploitant la clinique du Sacré Cœur* » et a été défini par le Code général des impôts, à travers l'indice de la « *satisfaction de besoins peu ou pas pris en compte* » : M. LOISON-LERUSTE et M. HÉLY, *Des entreprises associatives en concurrence : le cas de la lutte contre l'exclusion*, in *Le travail associatif*, dir. M. HÉLY et M. SIMONET, Presses universitaires de Paris Ouest, 2013, p. 191.

²⁴⁵³ Ni la loi ni le décret n'ont défini de modalités de gouvernance démocratiques propres aux sociétés commerciales. « *C'est donc à chaque structure d'imaginer son propre modèle* ». Est alors cité l'exemple d'une société ayant fait le choix de « *la création d'un comité stratégique, composé des fondateurs, des partenaires importants et d'un représentant des salariés* », auquel a été confiée une mission fondamentale sur l'orientation de l'activité, « *au travers de la fixation des modalités de sélection des projets sur notre plateforme et de nos principaux partenaires* » : CNCRESS, *Note préc.*, p. 2.

donc pas à une procédure de labellisation²⁴⁵⁴, à l'instar de ce qui existe pour les entreprises du commerce équitable²⁴⁵⁵ ou de ce qui avait été préconisé dans les rapports d'Alain Lipietz et de Francis Vercamer. Un contrôle *a posteriori* existe néanmoins puisque les chambres régionales de l'économie sociale et solidaire peuvent agir en justice pour faire respecter l'application effective des conditions de l'entreprise sociale²⁴⁵⁶. Par ailleurs, chaque chambre régionale met à jour et publie, selon une fréquence au moins annuelle, la liste des entreprises de l'économie sociale et solidaire de son ressort²⁴⁵⁷. La liste a ainsi pu être consolidée au niveau national à la fin de l'année 2016²⁴⁵⁸. En avril 2017, l'INSEE a recensé 236 sociétés commerciales de l'ESS²⁴⁵⁹, qui sont présentes dans presque toutes les régions métropolitaines.

405. L'agrément supplémentaire d' « entreprise solidaire d'utilité sociale ». Il apparaît que les sociétés commerciales demandent souvent cet agrément, créé par l'article 11 de la loi « Hamon »²⁴⁶⁰. Cette dénomination, plus restrictive, permet d'identifier les entreprises sociales « répondant à des besoins sociaux spécifiques »²⁴⁶¹. Pour obtenir l'agrément, les entreprises doivent donc rechercher une utilité sociale à titre principal – en soutenant des personnes fragiles ou en luttant contre les inégalités sanitaires, entre autres – et avoir une politique de rémunération encadrée, la moyenne des cinq salaires les plus élevées ne pouvant être supérieure à sept fois le salaire minimum de croissance ou « SMIC ». Les entreprises d'insertion par l'activité économique et du travail protégés sont agréées de droit, à condition de respecter les critères des entreprises de l'économie sociale et solidaire susmentionnés²⁴⁶².

²⁴⁵⁴ Pourtant lors des débats au Parlement, un amendement avait proposé que les entreprises souhaitant obtenir la qualité d'entreprise sociale fassent une déclaration de principe, en manifestant leur libre adhésion à un texte éthique qu'aurait rédigé le Conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire. Cet amendement a été rejeté, comme celui visant à instaurer un contrôle par les Chambres régionales de l'économie sociale et solidaire et celui visant à étendre la procédure de révision des coopératives : M.-P. BLIN-FRANCHOMME, *art. préc.*, n° 88.

²⁴⁵⁵ Dans le cadre de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 dite « Macron », le décret n° 2015-1311 du 19 octobre 2015 crée la commission de concertation du commerce et la charge de reconnaître les systèmes de garantie et les labels de commerce équitable.

²⁴⁵⁶ Article 6 de la loi du 31 juillet 2014. Mais « conformément à la vérité, la fonction de la Cress en cette matière ne pourra consister en pratique qu'à solliciter la suppression de la mention ESS du RCS pour les entreprises contrevenantes » : D. HIEZ, *Le coopérateur ouvrier ou la signification du principe de double qualité dans les SCOP*, Revue internationale de l'économie sociale 2006, n° 299, p. 48.

²⁴⁵⁷ Article 1^{er} du décret n° 2015-1732 du 22 décembre 2015.

²⁴⁵⁸ <https://liste-entreprises.cncress.org/ile-de-france>

²⁴⁵⁹ Fichier SIRENE INSEE avril 2017, cité par : Observatoire national de l'ESS - CNCRESS, *Les sociétés commerciales de l'économie sociale et solidaire : premiers éléments d'analyse*, CNCRESS, 2017, p. 3 et 9.

²⁴⁶⁰ C. trav. art. L. 3332-17-1. Avant la loi « Hamon », cet article, créé par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, définissait déjà la notion d' « entreprise solidaire », qui est devenue celle d' « entreprise solidaire d'utilité sociale ».

²⁴⁶¹ J. DEFOURNY, *L'économie sociale*, in *op. cit.*, p. 62.

²⁴⁶² cf. *supra* n° 403 et 404.

Cet agrément est délivré par le préfet²⁴⁶³, après vérification, notamment, des statuts et des comptes annuels²⁴⁶⁴. L'agrément permet aux entreprises d'être éligibles aux financements de la BPI, « *d'orienter vers ces structures certains dispositifs de soutien et de financement, dont l'épargne solidaire* »²⁴⁶⁵, d'accéder à des marchés publics réservés²⁴⁶⁶ et à des dispositifs fiscaux favorables²⁴⁶⁷. Le projet de loi « *Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises* » ou « *PACTE* », présenté en Conseil des ministres le 18 juin 2018, prévoit de préciser la notion d'utilité sociale pour mieux affirmer l'éligibilité à l'agrément « *ESUS* », notamment pour les entreprises ayant des activités liées à la transition écologique, à la promotion culturelle ou à la solidarité internationale²⁴⁶⁸.

406. La place de l'éthique dans le fonctionnement de la structure. Les caractéristiques de l'entreprise sociale précédemment présentées, telles que la gouvernance collective²⁴⁶⁹ ou l'ancrage local, sont censées être des facteurs facilitant l'introduction et l'application de l'éthique et de la responsabilité sociale et environnementale (ci-après « *RSE* ») en leur sein²⁴⁷⁰. La « *RSE* » peut ainsi constituer « *un levier de différenciation d'autant plus fort que*

²⁴⁶³ C. trav. art. R. 3332-21-3.

²⁴⁶⁴ Art. 1^{er} de l'arrêté du 5 août 2015 fixant la composition du dossier de demande d'agrément « *entreprise solidaire d'utilité sociale* ». En outre, les entreprises solidaires d'utilité sociale indiquent dans l'annexe de leurs comptes annuels les informations qui attestent qu'elles respectent les conditions pour être ainsi dénommées (C. trav. art. R. 3332-21-5).

²⁴⁶⁵ J. DEFOURNY, *L'économie sociale*, in *op. cit.*, p. 62. En effet, selon les articles L. 3332-17 du Code du travail, pour le plan d'épargne d'entreprise, et L. 3334-13 du même code pour le plan d'épargne pour la retraite collective, le règlement de ces dispositifs prévoit qu'une partie des sommes recueillies peut être affectée à l'acquisition de parts de fonds investis dans les « *entreprises solidaires au sens de l'article L. 3332-17-1 du présent code* », soit celles ayant obtenu l'agrément.

²⁴⁶⁶ G. LACROIX et R. SLITINE, *L'économie sociale et solidaire*, PUF, Que-sais-je ?, 2016, p. 21.

²⁴⁶⁷ J.-B. PERRIER, G. FRANCOIS et al., *Chroniques Éthique de l'entreprise (novembre 2013 - mars 2015) (1^{ère} partie)*, LPA 2015, n° 168, p. 4.

²⁴⁶⁸ *Le Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises*, juin 2018, p. 45, brochure disponible sur le site du ministère de l'Économie. Dans une tribune au « *Monde* », les principaux acteurs de l'économie sociale et solidaire (dont le président du Labo de l'ESS) ont fait savoir que la simplification de l'agrément « *doit permettre de continuer à financer les jeunes pousses de l'économie solidaire, plus nombreuses que jamais grâce la montée en puissance rapide de l'entrepreneuriat social dans notre pays* ». Cette mesure ainsi que les autres proposées doivent permettre d'apporter à l'économie sociale et solidaire des moyens supplémentaires pour changer d'échelle : Collectif, *Loi Pacte et finance solidaire, « un rendez-vous à ne pas manquer »*, Le Monde, 10 septembre 2018.

²⁴⁶⁹ En effet, la gouvernance de la structure figure parmi les 7 questions centrales de la norme ISO 26000 relative à la Responsabilité sociétale des entreprises (cf. *supra* n° 331 et cf. *infra* n° 432, note n° 2687) : <https://www.iso.org/fr/publication/PUB100259.html>

²⁴⁷⁰ S. MAÏSANO, *La RSE dans l'ESS*, in *L'économie sociale et solidaire face aux enjeux du management*, dir. J.-M. HUET et S. ROQUES, Pearson France, Montreuil, 2017, p. 47. L'entreprise sociale « *créé un terrain particulièrement fécond pour développer l'effet contraignant de la RSE* » : F. BERROD, F. LARONZE et E. SCHWALLER, *L'entreprise sociale comme modèle d'entreprise RSE*, in *La RSE saisie par le droit, Perspectives internes et internationales*, dir. R. de QUENAUDON et K. MARTIN-CHENUT, Éditions A. Pedone, 2016, p. 215. « *Les rapports de l'ESS avec la RSE dépendent très largement du modèle économique*

l'organisation sera dans un engagement cohérent et qu'elle saura communiquer dessus ». En effet, pour une entreprise sociale, le risque d'usage dévoyé de la « RSE » paraît plus éloigné, bien qu'il faille avoir à l'esprit qu'elle peut aussi lui permettre de « *mieux se positionner commercialement et de remporter plus facilement des appels d'offres* »²⁴⁷¹. Le CNCRESS n'est pas dupe de ce double enjeu lorsqu'il précise dans sa note juridique à destination des sociétés commerciales que « *faire valoir ses principes éthiques* » est l'un des avantages liés à l'appartenance à l'économie sociale et solidaire²⁴⁷². Conformément à l'article 3 de la loi « *Hamon* »²⁴⁷³, le Conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire a publié, en 2016, un guide définissant les conditions d'amélioration continue des bonnes pratiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire, qualifié en son sein de guide « *de convictions* »²⁴⁷⁴. La Fiche 8 du Livret 2 concerne l'éthique et la déontologie et rappelle que si « *l'articulation entre éthique, déontologie et économie sociale apparaît souvent naturelle voire consubstantielle aux statuts voire à l'objet des entreprises de l'économie sociale et solidaire* », « *ces concepts ne peuvent résulter que d'une démarche réfléchie et organisée* »²⁴⁷⁵. En effet, comme pour toute entreprise, il ne suffit pas de formuler de grands principes mais il faut réussir à créer un climat propre à les faire respecter par chaque individu²⁴⁷⁶.

*que les acteurs de l'ESS adoptent et construisent de manière dynamique. Lorsque le modèle est celui de l'idéal-type ESS, les acteurs ne développent pas de stratégie RSE (Crédit coopératif en France) (...). Lorsque les acteurs sont plus proches de l'idéal-type ES (pour économie sociale) que de l'idéal-type ESS, la RSE peut devenir un moyen pour eux de développer une stratégie pluricentrée, d'autant plus qu'ils se trouvent en concurrence avec des acteurs issus du modèle RSE (c'est-à-dire de la gouvernance capitaliste) (Crédit Mutuel) » : N. BOUDJEMAI et H. DEFALVARD, *Économie sociale et solidaire*, in *Dictionnaire critique de la RSE*, dir. N. POSTEL et R. SOBEL, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 141 et s.*

²⁴⁷¹ S. MAÏSANO, *art. préc.*, p. 54.

²⁴⁷² Il est précisé : « *Le fait d'appartenir à un mode d'entreprendre différent et de le revendiquer publiquement peut également être une opportunité en termes d'image et de communication, à l'externe comme en interne. Cela peut également favoriser le référencement de la société comme fournisseur dans le cadre de schémas d'achats responsables, publics comme privés* » : CNCRESS, *Note préc.*, p. 3.

²⁴⁷³ Il s'agit de la « *mesure phare* » dans la « *volonté d'approfondissement des principes de l'ESS* » : D. HIEZ, *La loi sur l'économie sociale et solidaire : un regard juridique bienveillant*, *Revue internationale de l'économie sociale* 2014, n° 334, p. 52.

²⁴⁷⁴ Livret 1 : https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/2017/guide_bonnes_pratiques_ess.pdf

²⁴⁷⁵ Livret 2 : https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/2017/notice_guide_bonnes_pratiques_ess.pdf

²⁴⁷⁶ « *L'erreur est parfois également de croire qu'il suffit d'énoncer un certain nombre de valeurs, de les inscrire dans une charte ou dans les statuts pour qu'elles régissent le comportement des individus et servent de régulation dans leur management. (...) Cela demande donc un travail important de l'ordre éthique à partager au quotidien dans l'entreprise, sans oublier que l'engagement moral dépend d'abord de la conscience personnelle et que la vie en communauté nécessite de travailler sur les règles et de les faire respecter* ». En effet, « *le sens moral reste d'abord un positionnement individuel, une conscience elle-même influencée par un rapport fondamental aux autres et portés dans le meilleur des cas par le sentiment d'amour et la capacité à faire confiance à l'autre. Ainsi, pour reprendre l'exemple des coopératives de production, la gestion coopérative n'est*

§ 2 : Les garanties sociales de la conscience

407. Un succès social. En 2012, la Commission européenne insistait sur le succès des entreprises sociales qui, rassemblaient alors onze millions de salariés européens, représentant ainsi 6 % des emplois dans l'Union européenne²⁴⁷⁷. En 2016²⁴⁷⁸, en France, l'économie sociale et solidaire représentait 2,4 millions de salariés, soit 12,8 % de l'emploi privé²⁴⁷⁹. Les entreprises sociales rassemblent donc de nombreux salariés, désireux en principe de réaliser un travail répondant aux aspirations de leur conscience. Afin de mieux cerner l'entreprise sociale en tant que collectivité de travail, il convient de s'interroger d'abord sur l'existence de la notion de travailleur de l'entreprise sociale (I), puis sur celles de relations sociales propres à ces entreprises (II).

I : La qualité de travailleur de l'entreprise sociale

408. La distinction avec les travailleurs sociaux et les travailleurs aidés. Travailler dans une entreprise sociale ne signifie pas nécessairement se voir octroyer le titre de « *travailleur social* ». Celui-ci correspond à une famille de métiers ayant pour traits communs la « *mission d'apporter des remèdes à des situations de crise ou à des difficultés matérielles, relationnelles ou psychologiques vécues par des individus ou des groupes* » et une « *fonction de médiation* » qui les situent « *à mi-chemin entre la profession libérale et le salarié et qui fait de lui bien plus qu'un simple exécutant* »²⁴⁸⁰. S'il est vrai que certains

pas l'exercice de la décision collective. C'est une forme d'exercice de la délégation dans l'entreprise caractérisée par la croyance que les personnes les plus importantes pour l'avenir de l'entreprise sont celles qui y travaillent » : H. GOUIL, *Entreprendre en économie sociale, Sens des affaires ou affaires de sens ?*, Éditions Liaisons, 1999, p. 118 et 122.

²⁴⁷⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Initiative pour l'entrepreneuriat social, Construire un écosystème pour promouvoir les entreprises sociales au cœur de l'économie et de l'innovation sociales*, 25 octobre 2011, COM (2011) 682

²⁴⁷⁸ En 2014, l'économie sociale et solidaire représente 10,5 % de l'emploi en France, avec un effectif total de 3 372 812 emplois, et 13,9 % de l'emploi privé (hors secteur public) : *Atlas commenté de l'économie sociale et solidaire*, édition 2017, Observatoire nationale de l'ESS – CNCRESS, Dalloz, 2017, p. 43 et s.

²⁴⁷⁹ Recherches & Solidarités, *Économie sociale : Bilan de l'emploi en 2016*, en coopération avec l'ACOSS-URSSAF et la CCMSA juin 2017 ; cité par le portail du ministère de l'Économie.

²⁴⁸⁰ M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, 9^{ème} éd., n° 130, p. 174-175. Les travailleurs sociaux représentent « *une catégorie professionnelle définie par la finalité de leur activité : apporter des remèdes aux difficultés matérielles, sociales ou morales dont souffrent les particuliers ou leur famille* ». Le travail social « *se définit essentiellement comme une prestation de services, se situant dans le secteur de l'action sociale au sens large, et exercée auprès des particuliers et de leurs familles* ».

travailleurs sociaux appartiennent à une entreprise sociale, d'autres – comme les assistants sociaux – peuvent néanmoins opter pour un exercice libéral, « *sans limite préalable à l'enrichissement* »²⁴⁸¹. Inversement, il existe, au sein des entreprises sociales, des métiers assez éloignés de celui de travailleur social, à l'image du directeur de la communication d'une association. Il faut toutefois se garder des préjugés car il existe aussi des métiers ambivalents, relevant de secteurs d'activité communs aux entreprises classiques mais qui, pratiqués dans une entreprise sociale, révèlent leur facette de travail social. Tel est le cas du directeur d'un service de microcrédit au sein d'un groupe bancaire coopératif, dont l'activité tournée vers l'octroi de crédit aux plus pauvres présente une double dimension financière et d'accompagnement²⁴⁸². À côté de cette première distinction, figure le cas des travailleurs « *aidés* ». Il s'agit de personnes qui occupent des emplois « *dont la caractéristique première est l'utilité sociale pour ceux qui les occupent, plutôt que pour les destinataires du travail effectué* »²⁴⁸³, à travers un contrat de travail spécifique²⁴⁸⁴ ou un lieu de travail adapté à un certain public²⁴⁸⁵. Or, ces dernières peuvent être accueillies aussi bien dans des entreprises sociales que dans des entreprises classiques.

L'expression de « *travail social* » évoque un métier laborieux or il indéniable que « *cette fonction privilégiée a un redoutable revers : gérer, au quotidien, le mal-être de notre société* ». En réalité, sous une même expression, existent des professions très diverses : « *Les statuts des travailleurs sociaux ne sont pourtant guère adaptés à cette évolution. Ils se caractérisent par leur hétérogénéité : diversité des régimes de travail applicables dans le secteur privé, éclatement entre la fonction publique d'État et surtout la fonction publique territoriale, avec des difficultés au passage de l'un à l'autre* ». Au sein de cette catégorie, se trouvent par exemple les conseillers en économie sociale et familiale, les assistants de service social, les éducateurs spécialisés ou les animateurs socio-culturels : A. ÉLIE et F. PINTIAU, *Le travailleur social : identité et avenir*, RDSS 1993, p. 605.

²⁴⁸¹ V. BONNIN, *Evaluer juridiquement le contrat de travail en ESS*, in *L'économie sociale et solidaire et le travail*, dir. P. BRACONNIER et G. CAIRE, L'Harmattan, 2013, p. 105.

²⁴⁸² P. MOULEVRIER, *Les « banquiers solidaires » : pour une économie de la rupture ?*, in *Le travail associatif*, dir. M. HÉLY et M. SIMONET, Presses universitaires de Paris Ouest, 2013, p. 113.

²⁴⁸³ V. BONNIN, *art. préc.*, p. 106.

²⁴⁸⁴ Le contrat d'accompagnement dans l'emploi est la déclinaison du contrat unique d'insertion pour le secteur non marchand (réservé, notamment, aux organismes de droit privé à but non lucratif comme les associations, les mutuelles, les comités d'entreprise ou les fondations) qui facilite, grâce à une aide financière pour l'employeur, l'accès durable à l'emploi des personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles d'insertion : <http://travail-emploi.gouv.fr/emploi/insertion-dans-l-emploi/parcours-emploi-competences/cui-cae>.

²⁴⁸⁵ Les entreprises adaptées constituent une autre illustration de cette situation puisqu'elles emploient 80% de personnes en situation de handicap et ont pour but d'accompagner l'émergence et la consolidation du projet professionnel de ce personnel particulier, « *en vue de sa valorisation, sa promotion et sa mobilité au sein de la structure elle-même ou vers les autres entreprises* » : <https://www.unea.fr/quest-ce-que-une-entreprise-adaptee>.

409. La distinction avec les bénévoles. Il faut distinguer les travailleurs de l'entreprise sociale des bénévoles de l'entreprise sociale, étant précisé que ces derniers peuvent être présents dans toutes les formes d'entreprise sociale²⁴⁸⁶. Contrairement à certaines idées reçues, la tendance est à la professionnalisation du secteur de l'économie sociale et solidaire²⁴⁸⁷. L'entreprise sociale passe « d'une logique de l'engagement quasi « vocationnel » à celle de la recherche de compétences voire de performances individuelles »²⁴⁸⁸. Le bénévolat et le salariat sont *a priori* opposés, car « le salarié se soumet quand le bénévole se voue »²⁴⁸⁹, comme l'ont affirmé les arrêts « Emmaüs » et « Croix Rouge »²⁴⁹⁰. Cependant, ils peuvent également se confondre, à tel point que peut apparaître un phénomène de « dénégoation » de qualification professionnelle pour les salariés. Ce risque, qui va d'ailleurs de pair avec celui de se voir attribuer une rémunération peu élevée²⁴⁹¹, est d'autant plus regrettable que de nouveaux métiers émergent dans le giron de l'entreprise sociale²⁴⁹². Par exemple, dans le secteur des services à la personne, la fonction de « responsable de

²⁴⁸⁶ En effet, s'il paraît plus évident de mentionner les bénévoles des associations ou des mutuelles, les coopératives peuvent aussi compter sur l'aide de bénévoles. Ainsi, l'article 19 septies de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 dispose que peut être associé d'une SCIC « toute personne physique souhaitant participer bénévolement à son activité ». L'article 6 de la même loi dispose par ailleurs que, dans les coopératives, « les fonctions de membre du conseil d'administration ou de membre du conseil de surveillance sont gratuites ». Enfin, l'article L. 6313-13 du Code du travail énonce que « les formations destinées à permettre aux bénévoles du mouvement coopératif, associatif ou mutualiste et aux volontaires en service civique d'acquérir les compétences nécessaires à l'exercice de leurs missions sont considérées comme des actions de formation » : D. HIEZ, *Droit coopératif*, JCP E 2015, 1607.

²⁴⁸⁷ « La professionnalisation est un processus de construction sociale de reconnaissance accordée à un groupe, qui devient par là même « professionnel ». Elle est achevée lorsque l'ensemble social concède à ce groupe une « licence » ou un « mandat » » : A. DUSSUET et E. FLAHAULT, *Entre professionnalisation et salarisation, quelle reconnaissance du travail dans le monde associatif*, in *L'économie sociale et solidaire, Nouvelles pratiques et dynamiques territoriales*, dir. E. FLAHAUT, H. NOGUÈS et N. SCHIEB-BIENFAIT, Presses universitaires de Rennes, 2011, p. 150.

²⁴⁸⁸ F. MANANGA, *La pratique du droit social au sein des entreprises de l'économie sociale et solidaire*, JCP S 2013, p. 1483.

²⁴⁸⁹ V. BONNIN, *art. préc.*, p. 101-102.

²⁴⁹⁰ cf. *supra* section relative aux entreprises de tendance : cf. *supra* n° 61, notes n° 283 et 285.

²⁴⁹¹ « La coexistence du salariat et du bénévolat, (...), offre un contexte propice à un mélange des genres ne facilitant pas la reconnaissance d'une relation salariale de droit commun ». Concernant l'intensité du recours au bénévolat, « notre hypothèse était que les salaires dans les associations sont d'autant plus susceptibles d'être inférieurs à ceux du reste du privé que le recours au bénévolat y est important (...). Les résultats confirment notre hypothèse en montrant que c'est dans les domaines du sport et du spectacle vivant, qui mobilisent de nombreux bénévoles et dont la professionnalisation est récente, que l'écart des rémunérations au détriment des salariés associatifs est le plus net » : L. NIRELLO et L. PROUTEAU, *Des salariés associatifs moins bien payés ?*, Travail et Emploi, n° 148, octobre-décembre 2016, La Documentation française, 2017, p. 36 et 52.

²⁴⁹² « La professionnalisation a pour conséquence de faire émerger de nouveaux métiers, de nouvelles méthodes d'organisation et de constituer des identités professionnelles intra-sectorielles ». Par exemple, « les démarches de certification de l'accompagnement (surtout dans les associations intermédiaires et les entreprises d'insertion) participent, sous couvert d'amélioration de la qualité de l'insertion des salariés en parcours, à la standardisation des pratiques d'accompagnement et de la production » : P. GIANFALDONI, *Les enjeux identitaires des entreprises sociales françaises*, *Entreprendre & Innover*, décembre 2015, p. 51.

secteur », chargé de l'organisation des plannings et de l'encadrement de proximité des intervenantes à domicile, a longtemps été exercée par des bénévoles mais est à présent exercée majoritairement par des salariés. Or, ceux-ci peinent à se voir reconnaître une qualification digne de ce nom, qui serait utilisable hors de l'entreprise sociale²⁴⁹³.

410. Le cas particulier de la fraude à l'assurance chômage. La confusion qui peut exister entre salariat et bénévolat est aussi à l'origine d'un risque de fraude aux allocations versées par les organismes de l'assurance chômage, qui redoublent de vigilance sur le sujet. Est emblématique de ce risque le cas d'une bénévole des « *Restos du cœur* », en situation de chômage de longue durée, qui fut embauchée pendant quelques mois sous contrats emploi-solidarité²⁴⁹⁴. Redevenue demandeuse d'emploi à l'issue desdits contrats mais ayant poursuivi son activité en qualité de bénévole²⁴⁹⁵, le versement de ses allocations de chômage fut suspendu, l'ASSEDIC – l'un des ancêtres de Pôle Emploi – ayant cru à une fraude visant à lui faire financer l'aide que la bénévole apportait à cette œuvre²⁴⁹⁶. Saisi par cette dernière, le juge des référés l'a déboutée en 1994 de sa demande de rétablissement dans ses droits²⁴⁹⁷. En 1996, dans une autre affaire, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a donné raison aux juges du fond d'avoir reconnu coupable de fraude le demandeur d'emploi exerçant une activité bénévole à temps plein au sein d'une association, celle-ci ne lui permettant pas d'accomplir des actes positifs de recherche d'emploi²⁴⁹⁸. À peine quelques jours plus tard, la directive n° 13-96 de l'UNEDIC du 1^{er} mars 1996 a subordonné la compatibilité entre une activité de bénévolat et le bénéfice des allocations de chômage, non seulement à une absence

²⁴⁹³ A. DUSSUET et E. FLAHAULT, *art. préc.*, 2011, p. 155.

²⁴⁹⁴ Ces contrats lui auraient été proposés pour remédier temporairement à la précarité de sa situation : B. PEUCHAMIEL, *Privée des ASSEDIC pour cause de Restos du cœur*, L'Humanité, 26 février 1994. Il paraîtrait que la bénévole, « après avoir plaidé la bonne foi avec succès, avait été rétabli dans ses droits » : M. HAUTEFORT, *Chômage et bénévolat: attention aux ambiguïtés*, Les Echos, 9 avril 1996.

²⁴⁹⁵ V. BONNIN, *art. préc.*, p. 101-102.

²⁴⁹⁶ « Cela avait fait scandale à juste titre. Un chômeur ne doit pas être dissuadé, mais au contraire encouragé, si, au lieu de rester inactif, il se livre à une activité altruiste lui permettant de conserver sa dignité et une insertion sociale qui ne peut être que bénéfique pour son reclassement professionnel. » : J. SAVATIER, *Activités bénévoles et statut de chômeur*, Dr. soc. 1996, p. 593. Sur la place de la dignité en cas de chômage : cf. *supra* n° 222 et s.

²⁴⁹⁷ TGI Nanterre, ord. réf., 24 janvier 1994 ; JCP G 1994, II, n° 22343, note de F. TAQUET.

²⁴⁹⁸ Cependant, il ne s'agissait pas d'une association humanitaire mais d'une association de modélisme, au sein de laquelle l'intéressé s'occupait du service de restauration : Cass. crim., 27 février 1996, n° 93-85.619, Bull. crim. n° 95 ; J. SAVATIER, *art. préc.*, p. 593.

de rémunération, mais aussi à la faible importance du temps consacré à ladite activité²⁴⁹⁹. En 1998, le législateur a clairement interdit une telle substitution d'emploi²⁵⁰⁰.

411. Les qualités requises de la part de ces travailleurs. Si les travailleurs de l'entreprise sociale peuvent être confondus avec les travailleurs sociaux et les bénévoles, c'est peut-être en raison de leur point commun qu'est le militantisme inhérent à la bonne marche de leur activité²⁵⁰¹. Il apparaît ainsi qu'en pratique, « *le professionnalisme n'empêche pas le sens de l'engagement* » et « *n'est pas nécessairement incompatible avec le don de soi, l'altruisme, l'humanisme ou la solidarité* »²⁵⁰². L'entreprise sociale doit permettre à l'individu qui y travaille de voir se rejoindre les aspirations de sa conscience personnelle et de sa conscience professionnelle, en sachant que ses valeurs de prédilection seront – en principe – partagées par la collectivité à laquelle il appartient. À titre d'illustration, dans les organisations du secteur de l'environnement, la professionnalisation a eu lieu lorsque les objecteurs de conscience²⁵⁰³ ont été mis à leur disposition, en devenant pour elle les premiers salariés permanents²⁵⁰⁴. Ainsi, ce secteur attire « *des travailleurs dotés d'une vision du monde et d'un rapport à leur*

²⁴⁹⁹ F. PINTIAU et S. HENNION-MOREAU, *Les professions sociales, actualité juridique*, RDSS 1997, p. 627. Cette directive exclut le maintien des prestations de chômage pour les personnes inscrites comme demandeurs d'emploi qui exercent une activité professionnelle et précise que cette dernière « *est définie par l'exercice habituel d'une activité en vue de se procurer les ressources nécessaires à son existence* ». Avant ce texte, une réponse ministérielle du 30 octobre 1995 (JOAN, Rép. min. 19 février 1996, n° 31.336) s'était référée à la définition du Professeur Georges Ripert pour définir l'activité professionnelle interdite : « *exercer une profession, c'est consacrer de façon principale et habituelle son activité à l'accomplissement d'une certaine tâche dans le dessein d'en tirer profit* » : J. SAVATIER, *art. préc.*, p. 594.

²⁵⁰⁰ Le deuxième alinéa de l'article L. 5425-8 du Code du travail, introduit à l'origine par la loi n°98-657 du 29 juillet 1998 au sein de l'ancien article L. 351-17-1, précise en effet à propos de l'activité bénévole du chômeur qu'elle « *ne peut s'accomplir chez un précédent employeur, ni se substituer à un emploi salarié, et doit rester compatible avec l'obligation de recherche d'emploi* ».

²⁵⁰¹ « *Plus diffus aujourd'hui, ce militantisme n'a pas disparu, et c'est heureux, car c'est bien grâce à l'engagement des travailleurs sociaux que le « social » survit. Mais ce militantisme n'a rien à voir avec la présence ou l'absence d'une rémunération, et on le trouve également chez les bénévoles. Il faudrait d'ailleurs que le niveau des rémunérations soit sérieusement relevé pour que celles-ci puissent devenir la seule motivation des travailleurs sociaux. On peut considérer que, même salariés, ils continuent à s'impliquer au-delà de ce qui est demandé par l'employeur (ce dernier ne le leur reproche-t-il par parfois ?) et que bien des tâches supplémentaires sont accomplies à titre bénévole* » : A. ÉLIE et F. PINTIAU, *Le travailleur social : identité et avenir*, RDSS 1993, p. 605.

²⁵⁰² F. MANANGA, *art. préc.*, p. 1483.

²⁵⁰³ Sur l'objection de conscience au service militaire : *cf. supra* n° 136.

²⁵⁰⁴ « *Cette entrée par la petite porte, sous une forme proche du travail imposé, le service national, résulte de la rencontre des besoins des associations militantes, des idéaux et valeurs des militants objecteurs et de l'opportunité pour les pouvoirs publics de « financer » des postes qui ne leur coûtent rien* » : A. DUSSUET et E. FLAHAULT, *Entre professionnalisation et salarisation, quelle reconnaissance du travail dans le monde associatif*, in *op. cit.*, p. 152-153.

activité qui est proche, sinon identique, à une éthique du service public »²⁵⁰⁵. Une étude menée en 2009 auprès des adhérents d'un site Internet dédié à l'emploi dans le secteur de l'économie sociale et solidaire avait d'ailleurs révélé que le profil type du candidat recherchant un emploi dans le monde associatif n'est pas le cadre supérieur du secteur capitaliste en quête de sens mais plutôt la jeune femme fortement diplômée à qui ses parents fonctionnaires ont transmis leur éthique du service public²⁵⁰⁶. Il est indéniable que le service public et l'économie sociale et solidaire partagent des valeurs communes²⁵⁰⁷, si bien qu'il est permis de se demander s'il faut « *parler d'un ethos du service public pour caractériser l'adhésion aux valeurs de solidarité et d'égalité, longtemps incarnées par les institutions républicaines* »²⁵⁰⁸.

²⁵⁰⁵ F. DARBUS, *Main d'œuvre et gestion des ressources humaines, Chapitre 8*, in *Économie sociale et solidaire*, dir. R. HOLCMAN, Dunod, 2015, p. 245.

²⁵⁰⁶ L'enquête a été menée en adressant un questionnaire par voie électronique aux adhérents du site Ressources solidaires (www.ressources-solidaires.org) dont la principale fonction est de diffuser des annonces d'emploi (dont la quasi-totalité concerne le monde associatif) : « *Une seule diffusion du lien Internet a été réalisée par un message collectif envoyé par le délégué général de Ressources solidaires à environ 4 000 adhérents ou anciens adhérents de l'association. Mi-décembre 2009, au terme d'un mois de collecte, 242 personnes avaient répondu au questionnaire. Le nombre de questionnaires entièrement exploitables (renseignés de façon exhaustive) s'élève à 184. (...) Nous ne prétendons donc pas à une quelconque conformité de notre échantillon avec une population des individus « aspirant à travailler dans l'ESS.* » : F. DARBUS et M. HÉLY, *Travailler dans l'économie sociale et solidaire : représentations, aspirations et conditions*, Revue internationale de l'économie sociale 2010, n°317, p. 68-69. L'éthique du service public est peut-être à rapprocher du respect des valeurs républicaines, composant de l'éthique syndical : cf. *supra* note n° 760.

²⁵⁰⁷ « *L'originalité de l'économie sociale vient du fait qu'elle partage le même socle de valeurs que la république : liberté, égalité, fraternité, solidarité. Sans en avoir l'exclusivité, elle a historiquement, et partiellement juridiquement, porté l'intérêt général dans son rôle d'intermédiation et d'éducation populaire. Elle est en capacité de lier intérêt des membres, intérêt collectif et intérêt général* » : D. HIEZ et R. LAURENT, *La nouvelle frontière de l'économie sociale et solidaire : l'intérêt général ?*, Revue internationale de l'économie sociale 2011, n°319, p. 54.

²⁵⁰⁸ « *Face au déclin de la légitimité des services publics, soumis aux dogmes du « new public management » et à la diminution importante des effectifs de personnel de la fonction publique, les organisations de l'économie sociale et solidaire apparaissent en effet comme des acteurs de plus en plus essentiels dans la mise en œuvre de l'action et des politiques publiques. (...) L'ethos entrepreneurial, acquis par la fréquentation des écoles de commerce, caractérise également une part importante des répondants. Il faut donc se garder d'une radicalisation de la thèse qui consisterait à dénoncer une privatisation masquée de l'emploi public au nom de la promotion de l'ESS. Les trajectoires individuelles et la diversité des expériences vécues ne permettent pas de tenir telle analyse* » : F. DARBUS et M. HÉLY, *art. préc.*, p. 79-80.

II : La qualité des relations sociales

412. Le recrutement et l'évaluation. Il ne peut donc qu'être conseillé « à ceux qui veulent s'investir professionnellement dans l'économie sociale » d'« être en accord avec un certain nombre de valeurs humanistes et les avoir quelque peu méditées »²⁵⁰⁹. En effet, si certaines professions exigent en outre la possession d'un diplôme précis²⁵¹⁰, la sélection à l'embauche a tendance à s'opérer en priorité sur l'adhésion du candidat à la mission, et donc aux valeurs, de l'entreprise sociale. Cette adéquation est généralement appréciée au cours de présélection sur la base de candidatures²⁵¹¹ puis d'entretiens d'embauche²⁵¹², au cours desquels ont parfois lieu des tests de personnalité²⁵¹³. Les compétences professionnelles n'entrent en ligne de compte que dans un second temps, lorsqu'il s'agit de professionnaliser la structure, en affectant plus précisément un candidat à un poste²⁵¹⁴, et d'évaluer les salariés, si des

²⁵⁰⁹ H. GOUIL, *Entreprendre en économie sociale, Sens des affaires ou affaires de sens ?*, Éditions Liaisons, 1999, p. 186.

²⁵¹⁰ Par exemple, tel est le cas des puéricultrices de la crèche Baby-Loup, qui doivent impérativement être titulaires d'un diplôme d'État de puériculture. Pour obtenir ce dernier, il faut posséder le diplôme d'État d'infirmier ou de sage-femme et réussir un concours d'admission dans une école de puériculture, qui comprend notamment des tests psychotechniques. Quant à la crèche Baby-Loup elle-même, elle constitue bien une entreprise sociale figurant sur la liste du CNCRSS. Cela se justifie par sa forme (une association de la loi de 1901) mais aussi par son objet social : il s'agit d'une crèche qui accueille les enfants 24h/24 tous les jours de la semaine afin de gérer les situations atypiques et de venir en aide aux publics vulnérables.

²⁵¹¹ Par exemple : « *Coopérer, c'est d'abord se rencontrer et une bonne rencontre respecte toujours les deux parties : un collectif de salariés qui a déjà délibéré ; un individu, qui souhaite apporter quelque chose au groupe et ce quelque chose doit forcément répondre aux besoins du collectif. C'est ici que, comme dans une entreprise classique, la lettre de motivation et le curriculum vitae prennent leur importance. Le curriculum vitae ne doit guère changer de ce qu'il serait pour une entreprise classique. En revanche, il convient de mettre à profit votre lettre de motivation pour signaler que vous avez remarqué que l'entreprise est une Scop ou une Scic : c'est un point positif pour vous, car vous souhaitez vous impliquer et être impliqué dans votre travail* » : B. BORRITS et A. SINGER, *Travailler autrement : Les Coopératives*, Éditions du Détour, 2017, p. 141.

²⁵¹² « *Si l'association a le champ libre pour le choix des salariés, il est de son intérêt d'adopter une méthode de recrutement et de sélection analogue à celle des autres secteurs d'activités. (...) Il paraît normal de ne pas négliger le vivier des bénévoles : certains d'entre eux sont peut-être intéressés* » : F. BONNET et O. DEGRYSE, *Le management associatif*, De Boeck, 1997, p. 440.

²⁵¹³ « *Certaines ONG comme MSF s'en tiennent à des entretiens, assumant une certaine subjectivité, revendiquant un principe de cooptation. (...) Les premières missions font office de période d'essai. Certaines comme l'AFVP s'adjoignent les services de psychologues et soumettent les volontaires à des tests de personnalité. D'autres, comme la SCD, multiplient les entretiens* » : C. EVERAERE et P. VALEAU, *La GRH dans les organisations de l'économie sociale et solidaire, chapitre 6*, in *Management des entreprises de l'économie sociale et solidaire, Identités plurielles et spécificités*, dir. E. BAYLE et J.-C. DUPUIS, De Boeck, 2012, p. 133 ; citant : P. VALEAU, *La GRH dans les ONG*, in *La gestion des ONG*, dir. IGALENS et QUEINNEC, Vuibert, p. 236.

²⁵¹⁴ « *Les associations sélectionnent au départ sur un principe d'adhésion aux buts de l'organisation. L'un des enjeux du développement des associations devient ensuite la professionnalisation (...) dans le but de recruter des personnes présentant les compétences requises pour mener à bien les différents postes créés* » : C. EVERAERE et P. VALEAU, *art. préc.*, p. 133. À propos d'une association humanitaire comptant 200 membres : « *tout volontaire qui désire rejoindre Notre Monde a une entrevue avec Paul (le secrétaire général rémunéré), au cours de laquelle celui-ci cherche à apprécier dans quelle mesure le candidat adhère aux objectifs de*

procédures formelles d'évaluation existent²⁵¹⁵. Or, à l'instar de la conscience professionnelle et de la conscience personnelle du salarié, la qualité de son travail et ses qualités humaines risquent de se confondre lors de l'évaluation²⁵¹⁶. En tout état de cause, il y a de fortes probabilités que l'évaluation révèle « *une implication très forte de la personne du salarié* »²⁵¹⁷, à laquelle conduit la conviction d'être socialement utile par son activité professionnelle, conviction partagée par sa structure d'appartenance.

413. Les conditions de travail. Un travail de recherche sur la qualité de l'emploi dans les entreprises de l'économie sociale et solidaire, effectué en 2010²⁵¹⁸, a démontré que la satisfaction globale au travail y apparaît plus importante que dans les entreprises du secteur lucratif. Ce constat a été confirmé par l'enquête « *Conditions de travail* » menée par la DARES en 2016²⁵¹⁹. Pourtant, les critères objectifs de la qualité des conditions de travail y sont peu performants, avec des rémunérations généralement inférieures à celles du reste du secteur privé²⁵²⁰ et, dans certaines entreprises sociales, des dérogations en matière de temps de

l'organisation ». Ainsi, « *les valeurs liées à la mission de l'organisation jouent ici aussi un rôle central. La sélection s'opère en effet sur la base de l'adhésion du candidat à cette mission, plus que sur d'autres caractéristiques, d'où la grande disparité des membres (...). Les compétences n'interviennent pas à titre principal, même si elles sont par ailleurs appréciées et si on en tient compte lorsqu'il s'agit d'affecter le candidat à tel ou tel poste* » : F. PICHULT et J. NIZET, *Les pratiques de gestion des ressources humaines, approches contingentes et politiques*, Éditions du Seuil, 2^{ème} éd., 2013, p. 90 et p. 92.

²⁵¹⁵ Pour le cas de l'association Notre Monde : « *C'est à l'occasion de crises ou de conflits, que le travail de l'un ou l'autre peut se voir remis en question. L'évaluation se fait alors par le jeu des bruits de couloir à propos des permanents rémunérés qui font « juste leurs heures » et « ont une mentalité de fonctionnaire ». À l'inverse, les personnes « dévouées » sont congratulées lors des fêtes ou sont prises en exemple dans le journal. C'est d'ailleurs sur son dévouement à l'organisation que le membre sera jugé, plus que sur l'efficacité de son travail. (...) On est en présence de pratiques largement informelles, au moins pour ce qui concerne l'évaluation et la gestion du temps de travail.* » : F. PICHULT et J. NIZET, *op. cit.*, p. 94-95.

²⁵¹⁶ Pourtant, il ne faut pas basculer vers une appréciation de qualités soi-disant « *naturelles* », qui seraient prétendument liées au sexe ou à l'origine ethnique de la personne : S. BRISSY et N. FARVAQUE, *L'implication des salariés dans son travail : économie sociale, droit social et utilité sociale*, in *Économie sociale et droit, Économie et droit du travail*, Tome 1, dir. C. BOURREAU-DUBOIS et B. JEANDIDIER, XXVI^e Journées de l'Association d'Économie Sociale à Nancy les 7 et 8 septembre 2006, L'Harmattan, 2006, p. 140.

²⁵¹⁷ S. BRISSY et N. FARVAQUE, *art. préc.*, p. 132.

²⁵¹⁸ N. RICHELZ-BATTESTI, F. PETRELLA, J. MAISONNASSE et E. MELNIK, *Quelle qualité de l'emploi dans l'ESS, une perspective plurielle*, Rapport de recherche, LEST-CNRS, Essqual, 2010. Ce travail a été financé par la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, la Caisse des Dépôts et des Consignations ainsi que son Institut de Recherche.

²⁵¹⁹ O. BROLIS et F.-X. DEVETTER, *Les salariés du secteur associatif : des conditions de travail à la satisfaction au travail*, Enquête Conditions de travail, DARES, 2016. Le support du colloque « *Éclairages sur la qualité du travail : Recherches issues de l'enquête Conditions de travail* » organisé par la DARES le 22 novembre 2016 est consultable en ligne sur le site du ministère du Travail.

²⁵²⁰ « *Dans les secteurs de la santé, des Ephaad ainsi que de l'aide à domicile, les salaires horaires dans les associations sont d'un niveau à peu près équivalent à ceux du reste du secteur privé et les rémunérations annuelles y sont plus élevées du fait de temps de travail plus importants.* » : L. NIRELLO et L. PROUTEAU,

repos, allongeant par conséquent le temps de travail²⁵²¹. Dès lors, un tel résultat laisse « *supposer l'existence de motivations intrinsèques²⁵²² chez les salariés de l'ESS qui expliqueraient leur satisfaction au travail plus grande* »²⁵²³. En contrepartie de cet engagement renforcé du personnel, il est attendu de l'employer qu'il ait autant d'égards envers ses salariés qu'il en a envers les usagers²⁵²⁴. Autrement dit, il convient de ne tirer profit ni de la bonne volonté ni de la conscience des travailleurs pour empiéter sur leurs droits en termes de conditions de travail²⁵²⁵. Comme l'explique l'ANACT, « *la non lucrativité et les valeurs partagées sont des incontestables atouts en matière de conditions de travail, en renforçant le sentiment d'utilité social et la cohérence avec l'éthique des salariés concernés. Néanmoins, ces valeurs peuvent également être génératrices de risques.* ». Parmi ces risques, il y a celui du « *mal-être* » au travail, qui se produit lorsque le travailleur se retrouve dans l'incapacité de faire un « *travail de qualité* », et celui de « *l'auto-intensification du travail* »,

Des salariés associatifs moins bien payés ?, Travail et Emploi, n°148, octobre-décembre 2016, La Documentation française, 2017, p. 50.

²⁵²¹ Par exemple, il peut être dérogé, sous certaines conditions, à la période minimale de onze heures de repos quotidien pour les salariés exerçant des activités de garde, de surveillance et de permanence (C. trav. D. 3131-4).

²⁵²² Pour une définition : « *des salariés sont intrinsèquement motivés s'ils travaillent pour leur seul désir de travailler. Des salariés intrinsèquement motivés seraient donc davantage attirés par la qualité et/ou la quantité des services qu'ils fournissent que par la rémunération qu'ils perçoivent* » : M. NARCY, *La discrimination salariale au sein des secteurs associatifs et privé français*, in *Économie sociale et droit, Économie et droit du travail*, op. cit., p. 323, spéc. p. 324. Mais « *le test de la motivation intrinsèque des salariés du secteur associatif reposant sur l'estimation d'un différentiel de salaire est toutefois incomplet. En effet, la théorie du « don du travail » néglige un élément important dans la fonction d'utilité des travailleurs : le niveau d'effort qu'ils fournissent dans leur travail. Par conséquent, le fait que les salariés du secteur associatif acceptent des salaires plus faibles que ceux qu'ils auraient pu percevoir au sein du secteur privé suffit à révéler leur motivation intrinsèque à condition que ces salaires plus faibles ne soient pas compensés par un effort au travail également plus faible.* » : M. NARCY, *Le travail associatif : des salariés intrinsèquement motivés*, in *Le travail associatif*, dir. M. HÉLY et M. SIMONET, Presses universitaires de Paris Ouest, 2013, p. 23.

²⁵²³ N. RICHEL-BATTESTI, F. PETRELLA, J. MAISONNASSE et E. MELNIK, *L'évaluation de la qualité de l'emploi au sein de l'ESS abordée par un faisceau d'indices*, in *L'économie sociale et solidaire et le travail*, dir. P. BRACONNIER et G. CAIRE, L'Harmattan, 2013, p. 79. Cet article est basé sur le rapport de recherche des mêmes auteurs : *Quelle qualité de l'emploi dans l'ESS, une perspective plurielle*, Rapport de recherche, LEST-CNRS, Essqual, 2010 ; J. LANFRANCHI, M. LARGUEM et M. NARCY, *Satisfaction dans l'emploi des salariés du secteur sans but lucratif en Europe*, in *Économie sociale et droit, Économie et droit du travail*, op. cit., p. 307, spéc. p. 307-308. Une autre étude comparative menée en 2011 entre une société coopérative de production et une entreprise classique a contribué à montrer que les principes soutenus par les entreprises sociales ont un effet positif sur la satisfaction au travail, qui « *réside dans l'adhésion des salariés à ces principes* » : D. CASTEL, C. LEMOINE et A. DURAND-DELVIGNE, *Travailler en coopérative et dans l'économie sociale, effets sur la satisfaction et le sens du travail*, Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé 2011, mis en ligne le 1^{er} novembre 2011, consulté le 23 mai 2018.

²⁵²⁴ F. MANANGA, *La pratique du droit social au sein des entreprises de l'économie sociale et solidaire*, JCP S 2013, p. 1483.

²⁵²⁵ « *Les rémunérations, les conditions de travail, les possibilités de promotion ne sont pas toujours aussi attractives que celles offertes par d'autres types d'organisation mais l'engagement dans le travail associatif résulte souvent d'un choix délibéré. Cet argument ne doit cependant pas justifier des abus.* » : F. BONNET et O. DEGRYSE, *Le management associatif*, De Boeck, 1997, p. 44.

quand les salariés pallient eux-mêmes les insuffisances de moyens, mettant leur santé en danger²⁵²⁶. C'est d'ailleurs pour dénoncer le chantage à l'engagement militant que l'Action des salariés du secteur associatif (appelée « Asso ») a été créée en 2010²⁵²⁷. Ce syndicat, membre de l'union syndicale Solidaires, critique les évolutions récentes des conditions de travail dans le secteur associatif, mettant en cause les politiques publiques qui tendent à transformer le secteur en « *sous fonction publique* »²⁵²⁸. Car, si globalement la qualité de vie au travail reste meilleure dans les entreprises sociales que dans le reste des entreprises, il existe néanmoins une tendance à la dégradation²⁵²⁹. Certes, la fameuse « *éthique du désintéressement ne manque pas d'affronter les nouvelles logiques managériales que le secteur déploie* », avec l'arrivée de nouveaux profils de dirigeants²⁵³⁰, si bien que « *la conviction de faire vivre une autre économie* » s'étiole²⁵³¹.

²⁵²⁶ ANACT, *Économie sociale et solidaire : les enjeux*, disponible sur : <https://www.anact.fr/economie-sociale-et-solidaire-les-enjeux>

²⁵²⁷ F. DARBUS, *Main d'œuvre et gestion des ressources humaines, Chapitre 8*, in *Économie sociale et solidaire*, dir. R. HOLCMAN, Dunod, 2015, p. 245.

²⁵²⁸ B. BORRITS et A. SINGER, *Travailler autrement : Les Coopératives*, Éditions du Détour, 2017, p. 110.

²⁵²⁹ Ce constat réalisé entre 2013 et 2015 démontre que, malgré leurs différences, les entreprises sociales n'échappent pas au contexte global défavorable, entraînant une baisse de la satisfaction des salariés : *Atlas commenté de l'économie sociale et solidaire*, édition 2017, Observatoire nationale de l'ESS – CNCRESS, Dalloz, 2017, p. 92. Selon des études récentes, « *dans l'ensemble de l'ESS, la qualité de vie au travail semble légèrement meilleure qu'au niveau national. Dans le secteur associatif, qui croît fortement en nombre d'emplois depuis une vingtaine d'années, les rémunérations sont plus faibles et les contrats de travail plus courts que dans l'ensemble des emplois de l'économie nationale. Cependant, le travail y est moins intense et plus conciliable avec la vie privée, hormis pour ses dirigeants. L'autonomie ainsi que la satisfaction au travail sont en moyenne plus élevées que dans les autres emplois, du fait notamment du sens que les salariés trouvent à leur travail. (...) D'après des données de 2013, la grande majorité des salariés déclarent vouloir rester travailler dans l'ESS. Mais près de la moitié ressentent toutefois une dégradation de leurs conditions de travail.* » : B. BORRITS et A. SINGER, *op. cit.*, p. 109-110.

²⁵³⁰ Ce phénomène provient de la transformation des modes de financement public (l'appel d'offre remplace les subventions) et de la montée en puissance des procédures d'évaluation des projets imposés par les commanditaires. Ainsi, « *les attentes des salariés occupant des fonctions au cœur des valeurs de l'économie sociale et solidaire, tendant à être mises au second plan derrière celles édictées par les salariés occupant des fonctions support et de direction* ». « *Depuis quelques années, on assiste à l'arrivée de nouveaux profils de dirigeants à la tête des organismes de l'économie sociale et solidaire. Dans le secteur de l'insertion par l'économique, ceux-ci tendent à être plus des « cadres-gestionnaires » que des « cadres-militants* ». (...) *De manière plus générale, le pari des organisations de l'économie sociale et solidaire consiste à recruter des individus capables de résoudre à court et moyen terme les problèmes de manque de financements qu'affrontent les structures. À tort ou à raison, sont de plus en plus recherchés des cadres aptes à lever des fonds, à développer des partenariats et du mécénat, ou encore à mettre en place une gestion prévisionnelle des budgets. Ce mouvement se traduit par deux phénomènes (qui ne sont pas exclusifs l'un de l'autre) : le recrutement de diplômés d'école de commerce en lieu et place de diplômés de sciences humaines et sociales et le recrutement d'anciens salariés issus de grandes entreprises capitalistes classiques souhaitant (re)donner du sens à leur travail* » : F. DARBUS, *Main d'œuvre et gestion des ressources humaines*, in *op. cit.*, p. 241.

²⁵³¹ « *Le consentement au travail peu ou pas rémunéré au nom d'un engagement militant s'explique par la conviction de faire vivre une « autre économie ». Or cette croyance s'avère de moins en moins fondée. De nombreuses enquêtes font ainsi apparaître l'importance des pratiques du management privé dans l'ESS* » : F. DARBUS et M. HÉLY, *Les contradictions du monde associatif, Justes causes et bas salaires*, Le Monde diplomatique, avril 2014, p. 22-23.

414. Les conflits sociaux. Dans le cadre de l'entreprise sociale, il convient de se demander jusqu'où peut aller le conflit social et s'il y a « *moralement* » un « *droit de faire grève alors que sont accompagnées des personnes « vulnérables* » (ce qui renvoie à la question du devenir des valeurs portées par ce secteur : *humanisme, altruisme, solidarité, voire vocation*) ? »²⁵³². Les entreprises sociales ne sont pourtant pas épargnées par les conflits sociaux, comme l'ont illustré la grève des téléconseillers de la mutuelle MGEN en 2009²⁵³³, la grève au sein d'Emmaüs en 2010²⁵³⁴, la crise de 2011 au sein de WWF²⁵³⁵, la grève des salariés de l'association Aide à domicile en milieu rural du Finistère en 2012, qui a précédé sa liquidation judiciaire²⁵³⁶, l'alerte et le retrait exercés par les salariés de l'association SolliCités en 2013 pour dénoncer la situation de souffrance au travail²⁵³⁷, la grève ayant suivi l'annonce du plan de sauvegarde de l'emploi au sein de l'association AIDES en 2014²⁵³⁸, ou la grève au sein des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes en 2018²⁵³⁹. En

²⁵³² F. MANANGA, *art. préc.*, p. 1483. La question se pose aussi pour les coopératives, en d'autres termes : « *Se pose également la question de l'exercice du droit de grève. Aucune différence de principe n'est à relever, mais on a pu se demander si l'exercice de ce droit était compatible avec le fait que les coopérateurs prennent eux-mêmes les décisions concernant l'entreprise: l'exercice du droit de grève est-il recevable alors qu'il n'y a pas d'opposition d'intérêts ?* » : D. HIEZ, *Le coopérateur ouvrier ou la signification du principe de double qualité dans les SCOP*, Revue internationale de l'économie sociale 2006, n°299, p. 43.

²⁵³³ « *Les 70 téléconseillers du centre d'appel de Rennes comme ceux de Bordeaux, Lyon et Paris ont fait grève le 25 novembre et pour la 2e fois en 10 jours. Ils exigent un travail digne et des salaires décents. Le 18 novembre la grève était suivie par plus de 64 % du personnel. (...) Ils ne disposent entre 2 appels que de 20 secondes, pour résumer l'intervention et la faire passer à un conseiller... Ils réclament également le respect de leurs droits, de leur convention collective et la fin du travail le samedi.* » : <http://www.cgt35.fr/MGEN-Les-teleconseillers-se.html>

²⁵³⁴ Il s'agissait de la première grève au sein de l'association depuis sa fondation. La direction avait alors fait appel au cabinet Accenture, qui travaille habituellement pour des entreprises du CAC-40. Cette intervention a été suivie quelques semaines plus tard par un conflit social entre la direction et les salariés encadrant des compagnons et des personnes en grandes difficultés, qui estimaient que la philosophie humaniste prônée par l'Abbé Pierre n'était plus respectée : F. DARBUS, *Mains d'œuvre et gestion des ressources humaines*, in *Économie sociale et solidaire*, dir. R. HOLCMAN Dunod, 2015, p. 242.

²⁵³⁵ Sur 90 salariés, 57 ont envoyé un courrier demandant au conseil d'administration la démission du patron en raison du turnover de 25 % par an, preuve du malaise régnant dans la structure. Les salariés estimaient que les valeurs qui auraient dû être défendues étaient bafouées par la direction : F. DARBUS, *art. préc.*, p. 242.

²⁵³⁶ F. DARBUS et M. HÉLY, *art. préc.*, p. 22-23 ; S. DE GUERNY, *Finistère : l'ADMR 29 met la clef sous la porte*, Les Échos, 11 mai 2012.

²⁵³⁷ « *Mais le motif du retrait n'a pas été retenu par l'inspection du travail et, en mars 2013, six des onze salariés ont été licenciés pour faute grave – en l'occurrence « abandon de poste » – par le conseil d'administration de l'association. La procédure aux prud'hommes est toujours en cours* » : F. DARBUS et M. HÉLY, *art. préc.*, p. 22-23 ; *Six salariés de l'association SolliCités aux prud'hommes*, Le Parisien, 13 mars 2013.

²⁵³⁸ LCI, *AIDES en grève : une association pire qu'une société du CAC 40*, 16 janvier 2014, article consulté sur <https://www.lci.fr/societe/aides-en-greve-une-association-pire-quune-societe-du-cac-40-1540833.html> le 24 mai 2018.

²⁵³⁹ Le 30 janvier et le 15 mars 2018, les EHPAD ont lancé des mouvements de grève au niveau national, réunissant à la fois les membres du personnel et les directeurs, pour protester contre le manque d'effectifs qui mène, dans le pire des cas, à des situations de maltraitance des usagers : V. EHKIRCH, *Ehpad : « Quand une personne nous dit qu'on lui fait mal pendant la toilette on n'y peut rien, on doit aller vite »*, Le Monde, 15 mars 2018.

réalité, dès que la structure grandit, le risque de distorsion avec les valeurs fondatrices augmente lui aussi²⁵⁴⁰, comme le révèlent certains des exemples précédents²⁵⁴¹.

415. Des motifs particuliers de rupture de la relation de travail. Malgré ce partage de convictions et cette forte implication, la question de l'adéquation aux valeurs peut se reposer au cours de la relation de travail, comme dans les entreprises de tendance, dont certaines sont d'ailleurs aussi des entreprises sociales²⁵⁴². Il arrive que des salariés « *ne les comprennent pas tout à fait* », que certains ne soient « *pas toujours capables de les mettre en œuvre* », que d'autres « *s'y opposent délibérément* » et il y a aussi « *le cas de ceux qui pensent différemment* », à rapprocher de l'insubordination²⁵⁴³. L'absence d'adhésion au projet porté par la structure employeur peut alors être invoquée pour rompre le contrat de travail. Parmi les motifs de licenciement²⁵⁴⁴, « *des difficultés relationnelles de nature à compromettre l'efficacité de la méthode thérapeutique suivie* »²⁵⁴⁵, une « *attitude hostile ayant engendré un climat de mésentente nuisible à la bonne marche de l'entreprise* »²⁵⁴⁶ et l'apparition de

²⁵⁴⁰ « Si l'égalité et l'autonomie se déclinent aisément dans les cadres informels des petites structures, l'application de ces principes rencontre plus de difficultés dans les grandes structures. (...) La GRH est traversée de nombreuses tensions, c'est plus que jamais le cas dans l'ESS, lorsqu'il est question de licencier, de sanctionner ou de justifier des écarts de rémunération compte tenu de l'aspiration au principe d'égalité » : C. EVERAERE et P. VALEAU, *La GRH dans les organisations de l'économie sociale et solidaire, chapitre 6*, in *Management des entreprises de l'économie sociale et solidaire, Identités plurielles et spécificités*, dir. E. BAYLE et J.-C. DUPUIS, De Boeck, 2012, p. 112.

²⁵⁴¹ Ainsi, dans le protocole de fin de conflit signé au sein de l'association Emmaüs le 15 mars 2010 contenait, parmi les revendications des syndicats, l'« *amélioration des conditions de travail et prévention des risques psychosociaux et professionnels – stress, souffrance au travail, harcèlement moral et usure professionnelle* » : M. HÉLY, *Le travail salarié associatif est-il une variable d'ajustement des politiques publiques ?*, Informations sociales 2012/4, n° 172, p. 34.

²⁵⁴² Certains auteurs ont noté que la qualité d'entreprise de tendance n'est pas exclusive de celle d'entreprise sociale : F. BERROD, F. LARONZE et E. SCHWALLER, *L'entreprise sociale comme modèle d'entreprise RSE*, in *La RSE saisie par le droit, Perspectives internes et internationales*, dir. R. de QUENAUDON et K. MARTIN-CHENUT, Éditions A. Pedone, 2016, p. 217-218. En consultant la liste des entreprises de l'économie sociale et solidaire sur le site du CNCRESS, il apparaît que certaines associations ont la double casquette d'entreprise sociale et d'entreprise de tendance, en raison de leurs liens avec une religion, un parti politique ou encore une organisation syndicale : <https://liste-entreprises.cncres.org/ile-de-france>. Il est toutefois reconnu dans la FAQ du site que le code APE de nombreuses associations ne permet pas de connaître leur activité et qu'elles figurent dans la liste par défaut, tandis que, à l'inverse, certaines sociétés coopératives n'ont pas le code juridique approprié et n'y sont pas recensées.

²⁵⁴³ C. EVERAERE et P. VALEAU, *art. préc.*, p. 139 ; citant : P. VALEAU, *art. préc.*, p. 232.

²⁵⁴⁴ Les exemples qui suivent sont cités par : S. HENNION-MOREAU, *Les spécificités du droit du travail applicables aux travailleurs sociaux*, RDSS 1993, p. 640.

²⁵⁴⁵ À propos d'un psychologue clinicien au service d'une association d'aide à l'enfance : CA Paris, 4 février 1986, Juris-Data n° 1986-024964.

²⁵⁴⁶ À propos d'une infirmière engagée dans une maison de retraite : CA Rennes, 5 mai 1992, Juris-Data n° 045758.

conflits, à l'instigation du salarié, dans l'équipe éducative²⁵⁴⁷ ont pu être invoquées. Dans ces hypothèses, les juges ont écarté le grief de faute professionnelle²⁵⁴⁸, mais ont retenu la cause réelle et sérieuse de licenciement. En revanche, une association d'aide aux étrangers ne peut valablement licencier une salariée, exerçant les fonctions de traductrice-interprète, qui se présente aux élections municipales sous l'étiquette du parti « *Front national* », alors qu'il n'était pas prouvé qu'elle n'avait plus effectué les travaux confiés de manière objective²⁵⁴⁹. En cas de désaccord, la rupture peut aussi provenir du salarié, bien qu'il puisse y être plus ou moins contraint²⁵⁵⁰. Or, il n'existe pas de clause de conscience implicite pour les travailleurs sociaux, ni pour les professionnels de l'économie sociale et solidaire en général, de sorte qu'ils doivent se soumettre à leur hiérarchie ou démissionner²⁵⁵¹. Cependant, leur contrat de travail peut en prévoir une, dans la mesure où la Cour de cassation a reconnu la licéité de telles clauses²⁵⁵² au bénéfice de la directrice administrative d'une mutuelle, en prenant en

²⁵⁴⁷ À propos d'un éducateur au sein d'une association gestionnaire d'un service éducatif de prévention de rue : CA Paris, 4 novembre 1992, Juris-Data n° 1992-023439.

²⁵⁴⁸ La faute grave peut toutefois être retenue si le travailleur social (un éducateur spécialisé), au nom de sa propre conception thérapeutique, refuse tout contrôle de l'exercice de son travail par l'employeur (une association gestionnaire d'établissements spécialisés) : CA Montpellier, 6 mars 1990, Juris-Data n° 1990-034560.

²⁵⁴⁹ L'association arguait « *de l'incompatibilité entre la finalité qu'elle poursuit au Service des étrangers et celle du Front national* » : CA Metz, 11 septembre 1990, *Association Inter service migrants c/ Schmitt*, RJS 5/91, n° 559.

²⁵⁵⁰ « *Une culture du non-licenciement n'empêche pas des départs houleux de certains membres très engagés qui se retrouvent priés de quitter « volontairement » et de façon informelle (sans procédure explicite) l'association dès lors qu'ils affichent trop de divergences avec l'évolution de la structure ou avec les décisions des dirigeants* » : C. EVERAERE et P. VALEAU, *art. préc.*, p. 133. « *La sortie peut avoir lieu après de longues discussions conflictuelles en assemblée général ou dans les réunions et groupes de travail. Il s'agit dans ce cas de volontaires fortement impliqués dans l'organisation, mais opposés à certaines évolutions (...) ou désireux de la voir prendre d'autres orientations (...). Le licenciement comme tel ne fait pas partie de la culture de l'organisation, mais il arrive que Paul, ou un groupe de militants, « fasse comprendre » à tel membre qu'il n'a plus sa place dans l'organisation, compte tenu de ses positions philosophiques ou de la baisse de son investissement militant. C'est ainsi que le responsable du secteur « projet de coopération » sera poussé à démissionner, à la suite de ses prises de positions en faveur d'une échelle diversifiée de rémunérations. Ses propositions sont en effet mal perçues par une série de membres et condamnées par Paul, au nom de la nécessaire égalité de tous les travailleurs et de la solidarité » avec les peuples exploités pour lesquels l'organisation se bat. » : F. PICHULT et J. NIZET, *Les pratiques de gestion des ressources humaines, approches contingentes et politiques*, Éditions du Seuil, 2^{ème} éd., 2013, p. 92.*

²⁵⁵¹ Sur la distinction entre l'hypothèse d'une objection ponctuelle de conscience et celle d'une clause de conscience à proprement parler : « *Mais il est envisageable que les partenaires sociaux créent une telle règle conventionnelle, dans l'optique de normes déontologiques. Toutefois sa mise en œuvre serait délicate. Lorsque les réserves du travailleur social portent sur un cas ou un dossier précis, il est parfaitement possible de laisser au travailleur social la faculté d'invoquer la clause de conscience. En revanche si la divergence porte sur la politique générale de l'établissement, la confiance réciproque est altérée, la qualité de la prestation de travail obérée et la rupture de contrat inévitable. La logique contractuelle paraît sur ce sujet difficilement contournable. Il ne pourrait en être autrement que si étaient créées des instances professionnelles aptes à apprécier les difficultés déontologiques dont les décisions s'imposeraient aux parties* » : S. HENNION-MOREAU, *art. préc.*, p. 640.

²⁵⁵² Sur la reconnaissance du caractère licite de clauses de conscience dans les entreprises de tendance : *cf. supra* n° 78 et s. ; et dans les entreprises sans tendance : *cf. supra* n° 155 et s.

considération le caractère raisonnable de l'indemnité contractuelle²⁵⁵³, et du responsable départemental d'une association formant des travailleurs immigrés²⁵⁵⁴. En l'espèce, la directrice administrative s'était prévalu de sa clause de conscience à l'occasion de l'élection d'un nouveau président-directeur général, qui constituait, selon les juges du droit, une modification des structures hiérarchiques de la société, conformément aux termes de la clause. Si le devoir de probité existe de manière générale, la jurisprudence a tendance à en exiger une version renforcée de la part des salariés au sein de l'entreprise sociale, puisque, même dans leur vie personnelle, ceux-ci sont tenus de ne pas agir de manière contraire à une certaine éthique²⁵⁵⁵. Ainsi, la mise en examen ou la condamnation pénale d'un salarié peut être prise en compte par l'employeur pour évaluer la compatibilité de son caractère avec l'objectif de l'entreprise et, le cas échéant, le licencier²⁵⁵⁶.

²⁵⁵³ Cass. soc., 27 novembre 1986, n° 83-45.403, *Mme Leigniel Dorchies c/ Société de secours mutuel La Métallurgie*, Bull. civ. V, n° 563. Selon les termes de l'arrêt, la clause concernée stipulait qu'« en cas de modification des statuts de la société, de ses buts, de changement de nature juridique de celle-ci, de modification des structures hiérarchiques ou fonctionnelles, ou de changement d'orientation technique ou philosophique des études, des travaux ou des activités, la salariée aurait la faculté de demander qu'il soit mis fin aux relations de travail, la rupture étant alors considérée comme imputable à l'employeur ». En effet, même si une mutuelle est d'abord une entreprise sociale, elle peut, le cas échéant, être marquée par une « orientation philosophique » plus ou moins forte, liée aux valeurs de ses membres fondateurs ou à celles de l'équipe dirigeante en place, qui tend à la rapprocher de l'entreprise de tendance. Sur les liens possibles entre l'entreprise sociale et l'entreprise de tendance : cf. *supra* note n° 2542.

²⁵⁵⁴ Le contrat de travail du responsable prévoyait qu'en cas de changement d'orientation « le mettant dans l'impossibilité morale de la respecter », il pourrait quitter l'association en bénéficiant de droits et indemnités prévus dans l'accord d'entreprise : CA Versailles, 9 mai 1986, *Joubin c. Association départementale pour l'enseignement et la formation des travailleurs immigrés et de leurs familles des Hauts-de-Seine*, D. 1987, partie Jurisprudence, p. 5, note de J.-P. KARAQUILLO. Dans cette affaire, les juges du fond ont reconnu implicitement la validité de la clause car le litige ne portait pas sur la mise en œuvre de celle-ci mais sur la rupture abusive de la période d'essai, qui était fondée sur des « divergences politiques » entre le salarié et l'employeur.

²⁵⁵⁵ En effet, ce terme « peut être particulièrement sensible dans le domaine de l'économie sociale » : S. BRISSY N. FARVAQUE, *L'implication du salarié dans son travail : économie sociale, droit social et utilité sociale*, in *Économie sociale et droit, Économie et droit du travail*, Tome 1, dir. C. BOURREAU-DUBOIS et B. JEANDIDIER, XXVI^e Journées de l'Association d'Économie Sociale à Nancy les 7 et 8 septembre 2006, L'Harmattan, 2006, p. 138. La qualité de « probité » est particulièrement recherchée chez les travailleurs sociaux car le droit craint « les risques d'abus de position dominante du travailleur social auprès des personnes âgées ou dépendantes » et la jurisprudence a développé « l'idée que la mission éducative des travailleurs sociaux peut entraîner la prise en compte des défauts de comportement » : S. HENNION-MOREAU, *art. préc.*, p. 640.

²⁵⁵⁶ À titre d'exemple, le cadre-adjoint d'une association, exerçant les fonctions de directeur d'un établissement d'accueil et d'hébergement de personnes protégées, a été licencié pour perte de confiance et discrédit jeté sur l'association par sa mise en examen pour attentat à la pudeur sur mineure. La cour d'appel a jugé le licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation a cassé l'arrêt car « en statuant ainsi, (...), sans rechercher si, même survenus en dehors du lieu de travail, les faits d'attentat à la pudeur sur mineure à l'origine d'une mise en examen n'avaient pas, à eux seuls, jeté le discrédit sur l'établissement que le salarié dirigeait et sur l'association qui l'employait, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » : Cass. soc., 21 mai 2002, n° 00-41.128, inédit ; JCP G 2002, II, 10192, note C. PUIGELIER. Le Conseil s'était révélé aussi exigeant à ce sujet en admettant que le licenciement pour faute grave d'une éducatrice stagiaire au sein d'un centre d'aide par le travail, qui était membre du comité d'entreprise et qui avait dérobé des marchandises dans un supermarché, avait pu valablement être autorisé : « alors même qu'elle a été commise en dehors de l'exercice par le salarié de son

416. Conclusion de section. À première vue, l'entreprise sociale apparaît comme un modèle de conscience collective puisque les convictions humanistes, et parfois écologistes, qui la caractérisent doivent être partagées par le collectif des dirigeants et celui des travailleurs. En outre, les critères de l'économie sociale et solidaire tendant à gommer les oppositions économiques qui existent entre ces collectifs au profit d'un but social auquel aspirent tous les individus de la collectivité de travail. Néanmoins, le modèle présente des limites qui lui sont propres, telles que le faible niveau de rémunération et le risque d'exploiter la conscience professionnelle de ceux qui y travaillent. Le fait de partager leurs convictions avec la communauté de travail à laquelle ils appartiennent n'est donc malheureusement pas toujours un gage de bien-être professionnel pour les travailleurs des entreprises sociales²⁵⁵⁷. Il faut alors espérer qu'il n'en aille pas de même dans le cas particulier où travailleurs et associés se confondent, à la suite de la reprise d'une entreprise en difficultés.

activité professionnelle, la faute dont s'est rendue coupable Mme X... a, dans les circonstances de l'affaire, revêtu une gravité suffisante pour justifier, compte tenu de la nature des fonctions d'éducatrice qu'elle occupait dans un centre d'aide par le travail, le licenciement de l'intéressée » : CE, 7 décembre 1990, n°97329 ; cité par S. HENNION-MOREAU, *art. préc.*, p. 640.

²⁵⁵⁷ « *A quelques exceptions près, les conditions de travail et d'emploi dans l'ESS n'ont rien d'exemplaire. Dans le secteur associatif, qui emploie le plus grand nombre de salariés, le salaire y est inférieur de 17 % à celui du secteur marchand, les contrats précaires et les temps partiels subis y sont deux fois plus importants. (...) La taille et la renommée de l'association ne sont pas des garanties de probité, comme le montrent les exemples d'Emmaüs et d'Aides, qui mobilisent plusieurs centaines de personnes sous des statuts divers, rémunérant faiblement leur personnel. (...) Sur le papier, la concordance des principes et des actes constitue la marque de l'ESS* ». *Les salariés aspirent « à vivre de et pour la cause qu'ils servent* ». Mais, dans les faits, un gouffre sépare les principes des usages. » : F. DARBUS et M. HÉLY, *Les contradictions du monde associatif, Justes causes et bas salaires*, Le Monde diplomatique, avril 2014, p. 22-23.

Section 2 : La conscience de l'entreprise coopérative issue d'une reprise

417. Définition de la société coopérative. Espérant créer un « choc coopératif »²⁵⁵⁸, la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 a modifié la définition de la société coopérative au sein de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947²⁵⁵⁹. La nouvelle définition de la coopérative semble mettre davantage l'accent sur son caractère d'« entreprise collective »²⁵⁶⁰, dans la mesure où elle laisse de côté les précédents développements sur l'objectif de réduction des prix de revient²⁵⁶¹ – qui peut d'ailleurs être commun aux autres types de sociétés – au profit de la notion plus large de « besoins économiques et sociaux »²⁵⁶². Pour le reste de la définition, si le maintien de la référence à l'« effort commun » a été salué car il rappelle que l'implication des coopérateurs peut être autre que patrimoniale, le renvoi à l'idée d'intérêt de ses membres – à travers la satisfaction des besoins précités – a pu être critiqué. En effet, cette idée ne correspondrait pas aux évolutions récentes des coopératives et, en particulier, à la volonté de dépasser l'intérêt des membres pour rechercher une utilité sociale plus large²⁵⁶³. En tout état de cause, la principale particularité des coopératives est que les usagers – au sens large²⁵⁶⁴ –

²⁵⁵⁸ L'expression a été utilisée par Monsieur Benoît Hamon lors du dépôt du projet de loi, espérant doubler le nombre de sociétés coopératives de production dans les cinq ans qui suivraient et augmenter le nombre de leurs salariés : M. BOURGEOIS-BERTREL, *La reprise en SCOP, Après la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire*, Revue des sociétés 2015, p. 275.

²⁵⁵⁹ cf. *supra* note n° 2396.

²⁵⁶⁰ D. HIEZ, *Coopératives*, Dalloz, 2013, p. 12.

²⁵⁶¹ Art. 1^{er} de la loi n° 47-1775 dans ses versions en vigueur entre le 11 septembre 1947 et le 1^{er} août 2014.

²⁵⁶² L'article 24 de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 a en effet modifié en ce sens l'article 1^{er} de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération. Le législateur semble ainsi s'être inspiré de la déclaration sur l'identité coopérative de l'Alliance coopérative internationale de 1995 : « un groupement autonome de personnes volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et besoins économiques, sociaux et culturels communs, au moyen d'une entreprise dont la propriété et la gestion sont collectives et où le pouvoir est exercé démocratiquement et selon les principes coopératifs » : D. HIEZ, *op. cit.*, p. 12. Le même article 1^{er} dispose également que la société coopérative « exerce son activité dans toutes les branches de l'activité humaine et respecte les principes suivants : une adhésion volontaire et ouverte à tous, une gouvernance démocratique, la participation économique de ses membres, la formation desdits membres et la coopération avec les autres coopératives. (...) ».

²⁵⁶³ D. HIEZ, *La richesse de la loi Économie sociale et solidaire*, Revue des sociétés 2015, p. 147. Certes, l'article 19 quinquies de la loi du 10 septembre 1947, tel que modifié par la loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001, prévoit en son second alinéa que les sociétés coopératives d'intérêt collectif « ont pour objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale ».

²⁵⁶⁴ « Rien de surprenant à cela : les coopératives connaissent par définition un sociétariat composé des usagers, et les usagers de la coopérative de production ne sont autres que les salariés (L. n° 78-763, 19 juill. 1978 portant statut des sociétés coopératives ouvrières de production, art. 1) » : P. FRANCOUAL, *Le dialogue social au service de l'entreprise sociale et solidaire*, RLDA 2013, n° 88. D'autres auteurs font une distinction entre les coopératives de consommation, rassemblant des usagers, et les coopératives de travail ou de production : B. BORRITS et A. SINGER, *Travailler autrement : Les Coopératives*, Éditions du Détour, 2017, p. 28 et s. Certains ajoutent même une troisième catégorie : « Les coopératives sont principalement de trois types : les coopératives de production (SCOP) où l'entreprise appartient aux salariés coopérateurs, les coopératives d'usagers ou de consommateurs, et les coopératives d'entreprises qui regroupent des exploitants, des

sont les coopérateurs et que ces coopérateurs sont les associés²⁵⁶⁵, étant précisé que la majorité d'entre eux sont des salariés²⁵⁶⁶. De plus, la gestion repose sur le principe démocratique « *un homme, une voix* »²⁵⁶⁷, opposé à la gestion capitaliste²⁵⁶⁸. Pour cette raison et parce qu'elle constitue l'un des vecteurs de développement de l'actionnariat des salariés²⁵⁶⁹, la coopérative fait « *figure d'exemple-type d'intégration des salariés aux instances de direction et, plus largement, à la prise de décision* »²⁵⁷⁰. Afin de s'assurer de la conformité du fonctionnement de la société coopérative aux principes coopératifs et à l'intérêt des adhérents, une procédure de révision a lieu tous les cinq ans dans les coopératives d'une certaine ampleur²⁵⁷¹.

commerçants ou des artisans qui mutualisent des moyens pour être plus solides ensemble » : D. CASTEL, C. LEMOINE et A. DURAND-DELVIGNE, *Travailler en coopérative et dans l'économie sociale, effets sur la satisfaction et le sens du travail*, Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé 2011, mis en ligne le 1^{er} novembre 2011, consulté le 23 mai 2018.

²⁵⁶⁵ L'une des caractéristiques est que « *destinée à ses usagers, la coopérative se compose d'abord de coopérateurs qui sont les associés. Détenteurs de capital et bénéficiaires des activités de la coopérative, les coopérateurs en sont les propriétaires collectifs et la dirigent donc. Il est permis depuis 1992 à la coopérative d'intégrer des associés non coopérateurs, des investisseurs, mais ceux-ci voient leur place dans la coopérative restreinte afin que leurs coopérateurs demeurent maîtres de l'entreprise (art. 3 bis, loi 1947).* » : D. HIEZ, *Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix*, *Revue des sociétés* 2012, p. 671.

²⁵⁶⁶ « *Tous les salariés ne le sont pas au premier jour de leur contrat de travail, mais ont vocation à le devenir.* » : Labo de l'ESS, *Transformer l'emploi, redonner du sens au travail*, 2017, p. 41 ; P. FRANCOUAL, *art. préc.*, n° 88.

²⁵⁶⁷ « *Au plein sens du terme – celui d'une assemblée de citoyens placés sur un pied d'égalité pour délibérer de leur bien commun – la démocratie économique n'est guère envisageable que dans le cadre d'entreprises coopératives, dont les travailleurs sont aussi les associés.* » : A. SUPIOT, *De la citoyenneté économique, Propos recueillis par Thibault Le Texier*, *Esprit* 2018/3, p. 52, spéc. p. 60.

²⁵⁶⁸ Un autre trait distinctif réside « *dans la rémunération limitée du capital. Aux termes de l'article 14 de la loi de 1947, celui-ci ne peut être qu'un intérêt dont le taux, déterminé par leurs statuts, est au plus égal au taux moyen de rendement des obligations des sociétés privées* » : D. HIEZ, *art. préc.*, p. 671.

²⁵⁶⁹ M. BOURGEOIS-BERTREL, *art. préc.*, p. 275.

²⁵⁷⁰ P. FRANCOUAL, *art. préc.*, n° 88.

²⁵⁷¹ Article 25-1 de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 et article 1^{er} du décret n° 2015-800 du 1^{er} juillet 2015. Dans ses propos conclusifs d'un colloque dédié à l'éthique, revenant sur une intervention du Professeur Jacques Mestre, le Professeur Emmanuel Putman se demandait « *jusqu'où rayonne l'économie sociale et solidaire si des sociétés-mères coopératives ont des filiales qui n'épousent pas cette forme sociale, ou si des sociétés coopératives par la forme s'éloignent de l'esprit coopératif quant au fond* » : E. PUTMAN, *Propos conclusifs*, in *L'éthique de l'entreprise, Questions d'actualité*, dir. F. BUY et J. THÉRON, Actes du colloque du 21 novembre 2014 organisé par le Centre Michel de l'Hospital à l'École de droit de Clermont Ferrand, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 158. Dominique Andrieux, le directeur juridique de Limagrain, un groupe coopératif, y avait répondu en indiquant que le premier cas de figure ne perturbe pas le système coopératif grâce au contrôle de la société mère sur ses filiales et que le second cas fait l'objet du travail du réviseur coopératif : D. ANDRIEUX, *L'évolution des textes applicables au secteur coopératif à la lumière des réformes récentes*, in *op. cit.*, p. 88.

418. Étude du cas particulier de la société coopérative de production. Les sociétés coopératives sont multiples et peuvent ainsi intéresser de nombreux professionnels. Il existe, par exemple, des sociétés coopératives agricoles²⁵⁷², artisanales²⁵⁷³, de commerce de détails²⁵⁷⁴, d'intérêt collectif (ci-après appelées « SCIC »)²⁵⁷⁵, européennes²⁵⁷⁶ et même des coopératives d'activité et d'emploi²⁵⁷⁷, toutes régies par la loi précitée du 10 septembre 1947. Parmi les sociétés coopératives, l'une d'entre elles, la société coopérative de production (ci-après appelée « SCOP »), se détache des autres car son régime est encadré par un texte spécifique, la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978. Son article 1^{er} énonce que « *les sociétés coopératives de production sont formées par des travailleurs de toutes catégories ou*

²⁵⁷² Code rural et de la pêche maritime, art. L. 521-1 : « *Les sociétés coopératives agricoles ont pour objet l'utilisation en commun par des agriculteurs de tous moyens propres à faciliter ou à développer leur activité économique, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité.* ». L'article L. 521-1-1 du même code renvoie à la loi de 1947.

²⁵⁷³ L'alinéa 1^{er} de l'article 1^{er} de la loi n° 83-657 du 20 juillet 1983 dispose que « *les sociétés coopératives artisanales ont pour objet la réalisation de toutes opérations et la prestation de tous services susceptibles de contribuer, directement ou indirectement, au développement des activités artisanales de leurs associés ainsi que l'exercice en commun de ces activités* ». L'article 4 de cette loi renvoie à la loi de 1947.

²⁵⁷⁴ C. com., art. L. 124-1 : « *Les sociétés coopératives de commerçants détaillants ont pour objet d'améliorer par l'effort commun de leurs associés les conditions dans lesquelles ceux-ci exercent leur activité commerciale. À cet effet, elles peuvent notamment exercer directement ou indirectement pour le compte de leurs associés les activités suivantes : 1° Fournir en totalité ou en partie à leurs associés les marchandises, denrées ou services, l'équipement et le matériel nécessaires à l'exercice de leur commerce (...)* ». L'article L. 124-3 du même code renvoie à la loi de 1947.

²⁵⁷⁵ La loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001, qui a créé les SCIC, a modifié la loi de 1947, dont l'article 19 quinquies dispose qu'elles « *ont pour objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale. Ces biens et services peuvent notamment être fournis dans le cadre de projets de solidarité internationale et d'aide au développement* ». C'est une « *entreprise à but social, une forme hybride entre l'association et la coopérative* », qui revendique « *la défense de l'intérêt général* » : F. BERROD, F. LARONZE et E. SCHWALLER, *L'entreprise sociale comme modèle d'entreprise RSE*, in *La RSE saisie par le droit, Perspectives internes et internationales*, dir. R. de QUENAUDON et K. MARTIN-CHENUT, Éditions A. Pedone, 2016, p. 217-218.

²⁵⁷⁶ La loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire a créé un titre dédiée à la société coopérative européenne au sein de la loi de 1947, dont l'article 26-1 dispose que la société coopérative européenne est régie par le règlement CE n° 1435/2003 du Conseil, du 22 juillet 2003, relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC), par la présente loi, ainsi que par les dispositions des lois particulières applicables à chaque catégorie de société coopérative, dans la mesure où elles sont compatibles avec celles de ce règlement.

²⁵⁷⁷ L'article 47 de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 a créé un nouvel article 26-41 dans la loi de 1947 qui dispose que la coopérative d'activité et d'emploi (appelée « CAE ») a « *pour objet principal l'appui à la création et au développement d'activités économiques par des entrepreneurs personnes physiques* ». Les CAE « *réinterrogent à la fois le modèle salarial et le modèle entrepreneurial* » car « *ces nouveaux coopérateurs cherchent à accéder à l'autonomie, à l'émancipation individuelle, via la construction collective de droits et de sécurité. Cette expérimentation est féconde pour imaginer, à une plus large échelle, un rapport au travail renouvelé, dans une perspective d'émancipation novatrice sur le plan social, économique et politique* » : C. BODET et N. DE GRENIER, *Frontières entre travail indépendant et travail salarié. Les coopératives d'activité et d'emploi*, in *L'économie sociale et solidaire et le travail*, dir. P. BRACONNIER et G. CAIRE, L'Harmattan, 2013, p. 137. Alors que « *le modèle fordiste repose sur l'abandon par les salariés et leurs représentants du droit de regard sur l'organisation du travail et de la production, en échange d'une augmentation des salaires basés sur la productivité* », celui de la CAE repose à l'inverse sur « *une subordination volontaire à un collectif qui se rapproche de l'adhésion à un projet politique* » : C. BODET et N. DE GRENIER, *art. préc.*, p. 144.

qualifications professionnelles, associés pour exercer en commun leurs professions dans une entreprise qu'ils gèrent directement ou par l'intermédiaire de mandataires désignés par eux et en leur sein »²⁵⁷⁸. L'intégration des salariés y est essentielle puisque ces derniers doivent détenir au moins 51 % du capital de la société et représenter au moins 65 % des droits de vote²⁵⁷⁹. Son objet n'est pas précisément défini mais, selon le Professeur David Hiez, il se déduit de la structure des SCOP, qui implique de « *fournir un travail aux ouvriers à des conditions plus satisfaisantes que celles qu'il pourrait obtenir auprès d'un employeur* »²⁵⁸⁰. La SCOP est particulièrement intéressante car elle constitue un outil pertinent de reprise de l'entreprise par les salariés de cette dernière. Le passage du statut de « *simple* » salarié à celui de salarié coopérateur, et donc de « *salarié associé* » y est d'autant plus emblématique. Il est alors possible de se demander si une conscience de la collectivité de travail peut émerger à travers la démarche de changement de qualité de professionnelle des individus (§1) et son résultat, l'octroi d'une double qualité (§2).

§ 1 : Le changement de qualité professionnelle

419. Entre succès et faux espoirs. Selon la confédération générale des SCOP, en 2017, le nombre de sociétés coopératives et participatives s'élevait à 3177 – dont 2366 SCOP, 741 SCIC²⁵⁸¹ et 70 autres – employant environ 57.700 salariés, parmi lesquelles plus de 32.000 sont associés, soit plus de 55 % d'entre eux. Ces chiffres sont tous en augmentation par rapport aux années précédentes²⁵⁸². Ils peuvent aisément être connus car les SCOP doivent nécessairement être inscrites sur une liste établie par arrêté du ministère chargé du travail²⁵⁸³, après avis de la confédération générale précitée²⁵⁸⁴. À défaut d'inscription ou si celle-ci a été

²⁵⁷⁸ Il est également précisé dans cette loi qu'elles peuvent exercer toutes activités professionnelles et que les associés se groupent et se choisissent librement. Elles peuvent prendre l'appellation de sociétés coopératives de travailleurs, ou de sociétés coopératives ouvrières de production ou encore de sociétés coopératives et participatives, lorsque leurs statuts le prévoient.

²⁵⁷⁹ Ces explications proviennent de : <http://www.les-scop.coop/sites/fr/les-scop/qu-est-ce-qu-une-scop.html>

²⁵⁸⁰ D. HIEZ, *Coopératives*, Dalloz, 2013, p. 15.

²⁵⁸¹ Bien que moins médiatisée, la SCIC présente aussi des intérêts dans le cadre d'une reprise d'entreprise.

²⁵⁸² En 2016, le nombre de sociétés coopératives et participatives s'élevait à 2991 – dont 2298 SCOP, 627 SCIC et 66 autres – employant environ 53.850 salariés, parmi lesquels 27.800 sont associés, soit 52 % d'entre eux. L'année 2017 affiche donc une progression en termes d'emplois avec une hausse de 7,6 % par rapport à l'an passé, soit plus de 4 000 emplois supplémentaires. Ces bilans chiffrés de 2016 et de 2017 sont disponibles sur le site de la Confédération générale des Scop : <http://www.les-scop.coop/sites/fr/les-chiffres-cles/index.html>

²⁵⁸³ En vertu de l'article 54 de la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978, seules les SCOP inscrites sur cette liste peuvent en revendiquer l'appellation et le régime y afférent.

²⁵⁸⁴ Article 1^{er} du décret n° 79-376 du 10 mai 1979 fixant les conditions d'établissement de la liste des sociétés coopératives ouvrières de production.

obtenue sur base de documents inexacts, la nullité est encourue²⁵⁸⁵. Le recueil de ces données permet également de savoir que, en 2017, sur les 300 sociétés coopératives nouvellement créées, 55 ont été constituées dans le cadre d'une transmission d'entreprise saine et 19 étaient issues de la reprise d'une entreprise en difficulté²⁵⁸⁶. Même si la grande majorité des sociétés coopératives sont issues d'une création *ex-nihilo*, cela démontre la capacité du dispositif à mobiliser les salariés « *en les associant pleinement au devenir de l'entreprise* »²⁵⁸⁷ et à pérenniser les emplois, à l'image de « *La Fabrique du Sud* »²⁵⁸⁸. Malheureusement, il faut admettre que la bonne volonté et le sens du devoir des salariés repreneurs ne suffisent pas toujours à sauver l'entreprise²⁵⁸⁹, comme l'ont montré les exemples de « *SeaFrance* »²⁵⁹⁰ et de « *Lejaby* »²⁵⁹¹.

420. La transmission des règles de l'art. En effet, les « *anciens salariés* » ou « *nouveaux dirigeants* » ne sont pas toujours suffisamment outillés pour réussir. S'ils ne manquent pas de conscience professionnelle, ils peuvent en revanche manquer de certaines compétences professionnelles ou de moyens suffisants pour mener à bien la reprise. Il semble que la reprise ait donc plus de chances d'être couronnée de succès si le cédant instaure au préalable une gestion participative permettant d'impliquer ses salariés, forme un successeur potentiel parmi

²⁵⁸⁵ Article 5 du décret n° 79-376 du 10 mai 1979. La société n'est plus une SCOP mais peut demeurer société coopérative en vertu de la loi de 1947 : *Guide juridique, Les SCOP, sociétés coopératives et participatives*, Scop Édit, 2013, p. 54 et p. 58.

²⁵⁸⁶ <http://www.les-scop.coop/sites/fr/les-chiffres-cles/index.html>

²⁵⁸⁷ Labo de l'ESS, *Transformer l'emploi, redonner du sens au travail*, 2017, p. 41.

²⁵⁸⁸ Une SCOP a été créée en avril 2014 par les anciens salariés de la société des glaces Pilpa, dont le site de Carcassonne venait de fermer. En 2016, l'entreprise a enregistré une croissance de 25 % de son chiffre d'affaires : S. LHENORET, *SCOP : derrière les belles reprises, la réalité*, Le Monde, 27 mai 2017.

²⁵⁸⁹ « *Il faut bien se garder d'un malentendu : si la Scop permet aux salariés de prendre le contrôle de leur outil de production, elle ne garantit en rien la survie d'un modèle économique qui serait dépassé (clients perdus, absence de débouchés, etc.)* » : P. FRANCOUAL, *art. préc.*, n° 88.

²⁵⁹⁰ Dans cet exemple, l'origine de la crise est source de controverses. Une SCOP avait été créée en 2012 par d'anciens salariés de la société SeaFrance, après sa liquidation judiciaire. Mais en juin 2015, le PDG d'Eurotunnel, société mère de la SCOP, a annoncé la vente des deux navires exploités par cette dernière à un concurrent, qui n'a pas repris l'ensemble des 600 emplois : S. MAURICE, *Eurotunnel saborde la Scop créée par les ex-SeaFrance*, Libération, 8 juin 2015. Si la SCOP avait réussi à faire de My Ferry Link une société compétitive jusqu'au printemps 2015, la situation a basculé lorsque les membres du conseil de surveillance, dominé par le Syndicat maritime Nord, ont décidé de renverser le directoire : V. COLLET, *La scop SeaFrance liquidée*, Le Figaro, 31 juillet 2015.

²⁵⁹¹ Une SCIC avait été créée en 2012 par d'anciennes salariées pour continuer à exploiter l'un des ateliers de la société Lejaby, après sa liquidation judiciaire. La SCIC comptait 30 salariées mais sa liquidation judiciaire a été prononcée par le tribunal de commerce de Lyon le 17 février 2015. Les difficultés de produire de la lingerie en petites séries et les retards de confection avaient entraîné des pertes considérables : *La coopérative des ex-Lejaby en liquidation judiciaire*, La Croix (avec AFP), 17 février 2015.

ceux-ci²⁵⁹² et fait appel à l'aide des experts issus du réseau SCOP²⁵⁹³. Aussi, la reprise en SCOP est doublement intéressante pour le chef d'entreprise car elle lui permet de céder son entreprise à des personnes qu'il connaît, ses salariés, tout en continuant, pendant un certain temps, à jouer un rôle dans l'entreprise et à transmettre ses connaissances. Certes, la direction d'une entreprise est un métier à part entière et faire partie du collectif de travail des dirigeants nécessite de connaître des règles spécifiques²⁵⁹⁴. Un tel passage de relais a le mérite, au demeurant, de rassurer les banques, les fournisseurs et les clients, sans lesquels il n'y aura pas de poursuite d'activité possible. Les salariés repreneurs y trouvent également leur compte puisqu'il s'agit du moyen le plus sûr de maintenir leurs emplois, en particulier lorsque le cédant ne trouve pas de repreneur²⁵⁹⁵.

421. Première étape : l'information sur la possibilité de reprise. En 2014, au vu des avantages qu'elle présente, le législateur a décidé d'œuvrer pour favoriser ce type de reprise²⁵⁹⁶. Aussi, en amont de la reprise, dans les petites et moyennes entreprises, les salariés doivent être informés à temps de la volonté du chef d'entreprise, ou du cédant, de vendre l'entreprise ou une partie majoritaire de celle-ci²⁵⁹⁷. Mais le délai d'information, de deux mois

²⁵⁹² « Ce point de vue est confirmé par les conseillers Scop : « Il est difficile de transmettre à ses salariés, car cela implique de mettre tout sur la table. » Le dirigeant de PME joue un rôle central dans l'adhésion du personnel à tout projet de changement. Le profil du cédant et son comportement influencent le processus de transmission et son issue. Ainsi, l'entreprise est plus facile à transmettre lorsque le dirigeant a associé ses salariés à la gestion et au mode de fonctionnement de celle-ci » : M. BARBOT-GRIZZO, F. HUNTZINGER & T. JOLIVET, *Transmission de PME saine en Scop : quelles spécificités ?*, Revue internationale de l'économie sociale 2013, n° 330, p. 57, spéc. p. 60.

²⁵⁹³ Il s'agit plus précisément de s'adresser aux Unions régionales de SCOP qui réalisent une « étude de la faisabilité économique du projet » ainsi qu'une « validation de l'organisation juridique », fournissent « appui pour le montage du plan de financement » et conseillent ensuite les « jeunes SCOP » : <http://www.les-scop.coop/sites/fr/le-reseau/organisation/unions-regionales.html> consulté le 30 mai 2018.

²⁵⁹⁴ Sur la notion de règles de l'art : cf. *supra* n° 228.

²⁵⁹⁵ La constitution d'une SCOP est donc souvent utilisée comme « solution pour pallier l'absence de repreneur » : M. BOURGEOIS-BERTREL, *La reprise en SCOP, Après la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire*, Revue des sociétés 2015, p. 275.

²⁵⁹⁶ Le projet de loi « Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises » ou « PACTE », présenté en Conseil des ministres le 18 juin 2018, prévoit de poursuivre cette démarche de facilitation en rendant moins contraignantes les conditions d'éligibilité au crédit d'impôt pour la reprise des entreprises par leurs salariés : *Le Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises*, juin 2018, p. 45, brochure disponible sur le site du ministère de l'Économie, p. 39.

²⁵⁹⁷ Les dispositions du Code de commerce sur ce thème, introduites par la loi « Hamon » du 31 juillet 2014, font toujours référence au comité d'entreprise, malgré la mise en place du comité social et économique à partir de onze salariés. Il est ainsi prévu que dans les petites entreprises, qui ne sont pas soumises à l'obligation de mettre en place un « comité d'entreprise », les salariés sont informés de la volonté de vendre du propriétaire au plus tard deux mois avant la vente : C. com. art. L. 23-10-1. Il faut désormais entendre les entreprises de moins de cinquante salariés. Il est aussi prévu que dans les entreprises qui entrent dans la catégorie des petites et moyennes entreprises au sens de l'article 51 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, les salariés sont informés au plus tard en même temps que le chef d'entreprise procède à l'information et à la consultation du comité

avant la vente, peut encore être jugé trop court pour des salariés, qui ne sont pas placés à armes égales avec leurs concurrents à la reprise²⁵⁹⁸. Dans certaines grandes entreprises²⁵⁹⁹, lorsque la fermeture d'un établissement entraînant un projet de licenciement collectif est envisagée, les dirigeants doivent en informer le comité social et économique, à l'ouverture de la procédure d'information et de consultation portant sur le projet réorganisation et de suppression d'emplois²⁶⁰⁰. À cette occasion, les représentants du personnel sont notamment informés sur les possibilités pour les salariés de déposer une offre de reprise, sur les différents modèles de reprise possibles et sur le droit de recourir à un expert²⁶⁰¹.

422. Seconde étape : le financement de la SCOP. Si la reprise par les salariés est envisagée, il faut que la confiance et l'adhésion au projet soient telles, de la part de ces derniers, qu'ils acceptent « *d'investir leurs économies ou d'emprunter de l'argent pour le rachat de leur entreprise* »²⁶⁰². À nouveau, cela peut être facilité par la mise en place d'un plan d'information et de formation en amont de la reprise, qui met l'accent sur les valeurs du travail coopératif et l'éthique de l'entreprise sociale²⁶⁰³. En cas de difficultés économiques de l'entreprise d'origine, les salariés sont confrontés au problème de leur situation financière, qui

d'entreprise (en application de l'ancien article L. 2323-33 du Code du travail, repris à l'article L. 2312-8 pour le comité social et économique) : C. com. art. L. 23-10-7. Il faut entendre les entreprises de cinquante à deux-cent-quarante-neuf salariés. En outre, la loi n° 2014-384 du 29 mars 2014, dite « *Florange* », a créé une obligation pour l'administrateur, en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, d'informer les représentants du personnel ou le représentant des salariés de la possibilité qu'ont les salariés de soumettre une ou plusieurs offres : C. com., art. L. 631-13, al. 2.

²⁵⁹⁸ « *Ces dispositions restent donc limitées à cette notion de droit d'information et prévoient un délai fort court pour des salariés qui ne sont pas des professionnels de la reprise d'entreprise et qui disposent de moyens généralement modestes pour se faire conseiller et accompagner dans une telle situation* ». « *Mais le fameux délai (avant la cession) de deux mois n'a pas été modifié ! Il aurait, au moins, fallu le porter à cinq mois afin de placer les salariés dans des conditions optimales de reprise d'entreprise alors que les entrepreneurs repreneurs et autres types d'acheteurs ont d'autres voies que les leurs pour se préparer. Les « clauses de confidentialité » (sans cesse agitées pour réduire à zéro le droit de reprise par les salariés) peuvent s'imposer aux repreneurs salariés comme à tout autre repreneur ; nier cela est faire peu de cas du sens de la responsabilité des salariés !* » : T. JEANTET, *Pour la création d'un droit de préférence, in Faut-il encourager le rachat des entreprises par leurs salariés ?*, T. JEANTET et B. DONDERO, RDT 2014, p. 10.

²⁵⁹⁹ Par renvoi de l'article L. 1233-57-9 du Code du travail à l'article L. 1233-71, il s'agit des entreprises appartenant au champ d'application du congé de reclassement, c'est-à-dire celles comptant au moins mille salariés ou étant incluses dans un groupe employant au total au moins mille salariés.

²⁶⁰⁰ La loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle a introduit les articles L. 1233-57-9 et suivants, sur l'obligation de rechercher un repreneur, dans le Code du travail. Par renvoi à l'article L. 1233-30 du même code, la procédure d'information et de consultation du comité social et économique peut durer entre deux et quatre mois.

²⁶⁰¹ C. trav., art. L. 1233-57-10.

²⁶⁰² M. BARBOT-GRIZZO, F. HUNTZINGER & T. JOLIVET, *art. préc.*, p. 57, spéc. p. 63.

²⁶⁰³ M. BARBOT-GRIZZO, F. HUNTZINGER & T. JOLIVET, *art. préc.*, p. 57, spéc. 65 et s.

va être scrutée par l'Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des Salariés (ci-après appelée « AGS »). Ces derniers ne peuvent espérer reprendre l'entreprise si l'AGS ne prend pas en charge leurs indemnités de licenciement²⁶⁰⁴. Or, en principe, la reprise de l'entreprise, en tant qu'entité économique autonome, doit entraîner le transfert, et donc la poursuite, de tous les contrats de travail, par le jeu de l'article L. 1224-1 du Code du travail²⁶⁰⁵. En d'autres termes, puisque les contrats de travail ne sont pas censés être rompus, l'AGS ne peut que refuser d'intervenir²⁶⁰⁶. Pour remédier à ce problème, la Cour de cassation a fait preuve de tolérance²⁶⁰⁷, en permettant de rompre les contrats de travail en cours chez le cédant, et donc d'éviter leur transfert, afin que les salariés puissent bénéficier de leurs indemnités de licenciement pour reprendre l'entreprise dans le cadre d'une SCOP²⁶⁰⁸. Le Conseil d'État a statué dans le même sens dans le cadre du contentieux des licenciements de

²⁶⁰⁴ L'AGS intervient en cas de redressement, de liquidation judiciaire de l'entreprise ou encore, sous certaines conditions, en procédure de sauvegarde. Elle garantit le paiement, dans les meilleurs délais, des sommes dues aux salariés (salaires, préavis, indemnités de rupture, etc.), conformément aux conditions fixées par les articles L. 3253-6 et suivants du Code du travail.

²⁶⁰⁵ C. trav. art. L. 1224-1 : « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

²⁶⁰⁶ B. VEYSSIÈRE, *Les plans et la situation financière des salariés*, Revue des procédures collectives 2015, dossier 45.

²⁶⁰⁷ « Sur le terrain du droit du travail, de rares arrêts (...) ont pu marquer une forme de tolérance jurisprudentielle face aux licenciements ayant pour objet de faciliter une reprise en Scop. Malgré la portée limitée de ces décisions, le mouvement des Scop ne semble plus militer pour qu'une exception spécifique aux reprises en Scop soit posée à l'article L. 1224-1 du code du travail » : P. FRANCOUAL, *Le dialogue social au service de l'entreprise sociale et solidaire*, RLDA 2013, n° 88.

²⁶⁰⁸ Pour un premier exemple *a contrario* : Cass. soc., 28 février 2006, n° 04-43.622, inédit. Cette solution a ensuite été confirmée positivement : « Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel a retenu que postérieurement à la liquidation judiciaire de la société Bourgeois SA, les contrats de travail des salariés, dont celui de M. X..., avaient été régulièrement rompus pour leur permettre de constituer une société coopérative ouvrière avec les indemnités de licenciement qu'ils avaient perçues ; qu'elle en a justement déduit que les licenciements devenus définitifs avaient produit tous leurs effets et que les contrats de travail conclus avec la société Bourgeois SA n'étant plus en cours au jour où la société SC Bourgeois était devenue l'employeur de M. X..., il n'y avait pas lieu à application de l'article L. 122-12 du code du travail » : Cass. soc., 20 décembre 2006, n° 04-44.787, Bull. civ. V, n° 388 ; note de P. MORVAN, *Reprise d'entreprise en liquidation judiciaire par les salariés et absence de contrat en cours au sens de l'article L. 122-12*, JCP S 2007, 1054. « Attendu que l'article L. 1224-1 n'est pas applicable aux salariés passés au service d'une société qu'ils ont constituée à l'occasion de leur licenciement pour motif économique, consécutif à la liquidation judiciaire de l'employeur » : Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-71.037, Bull. civ. V, n° 103 ; G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *La non-application de l'article L. 1224-1 du Code du travail en cas de reprise de l'entreprise par les salariés*, L'Essentiel Droit des entreprises en difficulté, 5 juin 2011, n° 06, p. 7. « Au vu des termes de l'arrêt et des faits de l'espèce, l'AGS considère que le transfert opéré vers une SCOP en cours de préavis est soumis aux dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail. A contrario, une fois le préavis expiré, l'AGS n'opposera pas les dispositions de l'article L. 1224-1 susvisé et prendra en charge les indemnités de rupture des salariés licenciés conformément aux dispositions de l'article L. 3253-8, 2°, du Code du travail. » : B. VEYSSIÈRE, art. préc., dossier 45.

salariés protégés²⁶⁰⁹. Par ailleurs, en vertu de l'article L. 631-17 du Code de commerce, l'administrateur peut être autorisé par le juge-commissaire à procéder à des licenciements²⁶¹⁰. La reprise présente des dangers certains pour les salariés car « *il demeure toujours une incertitude qui est inhérente à la décision d'entreprendre* »²⁶¹¹ et ils se mettent en danger vis-à-vis de l'assurance chômage. Cela explique que les organisations syndicales ne soient pas toujours favorables à un projet donné²⁶¹², comme ce fut le cas dans le dossier « *SeaFrance* ». En l'espèce, la confédération nationale CFDT a exigé de la section locale qu'elle abandonne le projet de SCOP et accepte les licenciements. Cette dernière n'ayant pas cédé, elle fut exclue de la CFDT en 2012²⁶¹³. À l'inverse, dans le dossier « *La Fabrique du Sud* », la confédération nationale CGT a facilité la reprise²⁶¹⁴ si bien que, même si les syndicalistes reconnaissent eux-mêmes que la présence syndicale peut avoir moins d'intérêt dans une SCOP, les effectifs de la section syndicale CGT ont augmenté depuis²⁶¹⁵. Toujours dans l'optique de faciliter la reprise par les salariés qui ne disposeraient pas immédiatement des moyens de financement pour détenir d'emblée la majorité du capital social, la loi du 31 juillet 2014 a également créé le statut de SCOP d'amorçage qui leur permet d'avoir le temps de renforcer d'année en année leur part au capital de leur SCOP²⁶¹⁶. Contrairement à ce qui était annoncé dans son

²⁶⁰⁹ « *Considérant toutefois que la création de la société « Europark » n'entre pas dans le champ d'application des dispositions précitées du second alinéa de l'article L 122-12 du Code du travail dès lors que l'activité « jardin » de la société Hydro Agri Spécialités France a cessé le 24 décembre 1993 et que les anciens salariés de cette société, qui ont procédé à compter du 3 janvier 1994 à la création d'« Europark », n'ont pu le faire que parce qu'ils avaient été préalablement licenciés par la société Hydro Agri Spécialités France et que leurs licenciements, justifiés comme celui de M^{me} Arbaud par des raisons économiques et devenus définitifs à la date de la création d'« Europark », s'étaient accompagnés du versement d'indemnités* » : CE, 29 décembre 2000, n° 199320 ; RJS 2001, n° 474 ; confirmation par CE, 3 mai 2006, n° 277079, RJS 2006, n° 866.

²⁶¹⁰ « *Or, en pareil cas, c'est le temps qui va jouer contre les salariés projetant une reprise en Scop : ces procédures impliquent souvent un ralentissement, voire un arrêt de l'activité, qui compromet la survie de l'entreprise.* » : P. FRANCOUAL, *art. préc.*, n° 88.

²⁶¹¹ B. BORRITS et A. SINGER, *Travailler autrement : Les Coopératives*, Éditions du Détour, 2017, p. 130.

²⁶¹² Le faible recours au modèle de SCOP s'explique, entre autres, par « *l'idée que pour avoir le pouvoir, il fallait détenir des parts du capital social. C'est une des raisons qui font que les SCOP ont été peu soutenues historiquement par les syndicats. La position des syndicats à l'égard des SCOP peut surprendre, tant les luttes syndicales ont historiquement aidé la naissance de l'entreprise. Mais cette position a sans doute été plus pragmatique que doctrinale (...). Les SCOP ne manquaient pas de provoquer la suspicion, puisqu'elles transforment les salariés en « capitalistes », faisant le jeu, pour les syndicats les plus révolutionnaires, d'un système qu'il dénonce. Pour les réformistes, les SCOP créaient aussi une situation paradoxale où chaque membre était à la fois subordonné et patron.* » : B. SEGRESTIN et A. HATCHUEL, *Refonder l'entreprise*, Éditions du Seuil et la République des Idées, 2012, p. 72-73.

²⁶¹³ B. BORRITS et A. SINGER, *op. cit.*, p. 130-131.

²⁶¹⁴ La saisine des confédérations syndicales nationales permet en effet de bénéficier de leur aide, en matière juridique et fiscale notamment.

²⁶¹⁵ B. BORRITS et A. SINGER, *op. cit.*, p. 133.

²⁶¹⁶ « *La première SCOP d'amorçage a été créée le 10 juin 2015. Il s'agit de DELTA MECA, entreprise de mécanique industrielle spécialisée dans l'usinage en urgence dans tous les matériaux* » : C. MAS-BELLISSANT et M. RAKOTOVAHINY, *Droit coopératif*, Ellipses, 2016, p. 196-197.

étude d'impact, le projet de loi « *PACTE* », actuellement en discussion devant le Parlement, ne contient, pour l'instant, aucune nouvelle mesure incitative pour favoriser la reprise d'entreprise par les salariés, notamment en SCOP²⁶¹⁷.

§ 2 : L'octroi d'une double qualité professionnelle

423. Des qualités distinctes. Une fois la SCOP créée, les anciens salariés deviennent les nouveaux coopérateurs. Ce sont des « *travailleurs associés* » pour reprendre les expressions de l'article premier de la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978. À côté de ces derniers, ce texte évoque aussi des associés « *qui ne sont pas employés dans l'entreprise* »²⁶¹⁸ et rappelle que les SCOP « *peuvent employer des personnes n'ayant pas la qualité d'associé* »²⁶¹⁹. Il convient ici de se concentrer sur ceux ayant la double qualité. En principe, les coopérateurs ne peuvent pas être réduits à des salariés. Certes, le but de toute SCOP est de « *faire primer la part travail sur la part capital* »²⁶²⁰ mais elle « *repose justement sur la volonté de s'affranchir de la dépendance inhérente au rapport salarial* »²⁶²¹ et sur le thème quasiment « *fantasmatique* » de l'émancipation ouvrière²⁶²². Ainsi, d'une part, dans le cadre de son activité de salarié, le coopérateur est soumis aux obligations découlant de son contrat de travail, sans que le fait qu'il participe à la direction l'entreprise y change quelque chose²⁶²³. D'autre part, en tant qu'associé de la coopérative, il assume le risque économique de la SCOP et participe aux organes de direction. Dès lors, s'il fallait retenir deux valeurs principales, il pourrait s'agir de la mise en commun des compétences professionnelles de chacun²⁶²⁴ et le partage équitable des richesses²⁶²⁵.

²⁶¹⁷ Par ailleurs, le pacte de croissance sociale et solidaire, annoncé par le gouvernement, est sans cesse repoussé : S. HUSSON, « *Le sort réservé à l'économie sociale et solidaire nous préoccupe* », La Croix, 11 septembre 2018.

²⁶¹⁸ D. HIEZ, *Le coopérateur ouvrier ou la signification du principe de double qualité dans les SCOP*, Revue internationale de l'économie sociale 2006, n° 299, p. 35.

²⁶¹⁹ Ces deux catégories sont énoncées à l'article 5 de la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978.

²⁶²⁰ D. HIEZ, *Le coopérateur ouvrier ou le principe de double qualité dans les SCOP*, Revue internationale de l'économie sociale 2006, n°299, p. 38.

²⁶²¹ S. BRISSY et N. FARVAQUE, *art. préc.*, p. 143.

²⁶²² D. HIEZ, *art. préc.*, p. 47.

²⁶²³ D. HIEZ, *art. préc.*, p. 43.

²⁶²⁴ « *La base de ces entreprises semble établie sur le fait que la relation est au cœur de ce que chacun a à construire. Le travail est d'abord une capacité à mettre en commun ses compétences avec celles des autres pour produire quelque chose qu'on ne saurait faire seul, quelque chose de beau, de plus durable, de plus productif, de plus fécond. Beaucoup de ses expériences sont en outre remarquables par l'ambiance, l'atmosphère qui y règne (...).* » : H. GOUIL, *Entreprendre en économie sociale, Sens des affaires ou affaires de sens ?*, Éditions Liaisons, 1999, p. 115. Le mode de gestion participatif de la SCOP « *donne toute sa place à l'épanouissement individuel*

424. Des qualités interdépendantes. Mais, en réalité, le droit peine à intégrer la double qualité²⁶²⁶, de sorte que le rapport de direction et le rapport de travail se mêlent, à l'instar de ce qui se passe dans les entreprises de tendance, « pour lesquelles on admet que leur « tendance » est de nature à rejaillir sur le rapport entre employeur et salarié »²⁶²⁷. En effet, il peut être constaté que les frontières ne sont pas étanches et que des événements liés à la qualité d'associé peuvent justifier la rupture du contrat de travail²⁶²⁸ – selon les cas, celle-ci peut être qualifiée de licenciement²⁶²⁹ ou de démission²⁶³⁰ – et inversement²⁶³¹, tant les deux

dans le cadre d'un projet collectif » : Labo de l'ESS, *Transformer l'emploi, redonner du sens au travail*, 2017, p. 39.

²⁶²⁵ « La Scop procède également au partage équitable des richesses créées en commun, avec une part significative sous forme de participation aux salariés, une part allouée aux réserves impartageables de l'entreprise pour en assurer la pérennité et une part plafonnée pour les associés (majoritairement des salariés) » : Labo de l'ESS, *rapp. préc.*, p. 41.

²⁶²⁶ Dans la coopérative au sens large, la double qualité est celle d'associé et d'utilisateur ou de bénéficiaire l'activité de celle-ci. Dès lors, selon le type de coopérative, le bénéficiaire peut être un client (dans la société coopérative de consommation) ou un travailleur (et plus précisément un salarié dans le cas d'une coopérative de production ou encore un fournisseur dans le cas d'une coopérative de commerçants) : C. MAS-BELLISSENT et M. RAKOTOVAHINY, *op. cit.*, p. 40. « En l'état de notre législation et des rapports sociaux, la spécificité du coopérateur ouvrier tient moins à une opposition au salariat qu'à un détachement partiel permettant de rendre compte de son rôle de participant actif à la coopérative. Si le coopérateur ouvrier ouvre une troisième voie, elle ne se trouve que dans l'invention d'un statut hybride, relevant à la fois de celui de salarié et de celui d'entrepreneur. Cette proposition ne se veut pas une vérité éternelle concernant le droit coopératif. Elle n'est d'abord que le résultat de l'analyse du droit coopératif français. » : D. HIEZ, *art. préc.*, p. 36.

²⁶²⁷ D. HIEZ, *art. préc.*, p. 52 ; citant : J. RICHARD DE LA TOUR, *La vie personnelle du salarié, Étude sur la jurisprudence récente de la Chambre sociale de la Cour de cassation*, Rapport annuel de la Cour de cassation de 1999, p. 191.

²⁶²⁸ Article 10 de la loi de 1978 : « Sauf stipulations contraires des statuts : (...) 2° La renonciation volontaire à la qualité d'associé entraîne la rupture du contrat de travail ». Un salarié reprenneur peut sortir de la SCOP en exerçant son droit de retrait mais celui-ci est moins avantageux que dans une société classique car il n'a droit qu'au remboursement de ses parts à leur valeur nominale et ne peut donc pas « capitaliser sur son travail et avoir droit à une part de la création de valeur qu'il a contribué à générer ». Il peut aussi céder ses parts mais il doit alors obtenir l'agrément de l'organe social : M. BOURGEOIS-BERTREL, *La reprise en SCOP, Après la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire*, *Revue des sociétés* 2015, p. 275. La loi ne prévoit aucune incidence de l'exclusion du sociétariat sur le contrat de travail. Mais il est possible de se demander « si l'exclusion justifiée d'un associé salarié ne constitue pas en elle-même une cause réelle et sérieuse de licenciement » : *Guide juridique, Les SCOP, sociétés coopératives et participatives*, Scop Edit, 2013, p. 74.

²⁶²⁹ Sur le licenciement d'un ouvrier coopérateur pour cause réelle et sérieuse, pour des faits commis en dehors des heures de travail : « Mais attendu qu'après avoir exactement rappelé que les qualités de sociétaire et de salarié sont, dans une société coopérative ouvrière, étroitement liées, la cour d'appel, (...), a retenu que les propos tenus par M. X... avaient excédé les limites du droit reconnu à tout sociétaire de critiquer l'administration et la gestion de la société » : Cass. soc., 9 juillet 1992, n° 91-42.039, inédit.

²⁶³⁰ A été cassé l'arrêt d'appel qualifiant de licenciement sans cause réelle et sérieuse le refus du conseil d'administration de poursuivre le contrat de travail, alors que le coopérateur a exprimé sa volonté de démissionner de sa qualité d'associé : Cass. soc., 6 mars 2001, n° 98-46.078, Bull. civ. V, n° 72 ; J. MOULY, *Société coopérative ouvrière de production*, *Dr. soc.* 2001, p. 677. En statuant ainsi, la CG SCOP considère que la Cour de cassation confirme sa prise de position en faveur de l'application du régime de la démission, « compte tenu du grand lien de proximité que la loi a voulu organiser entre le contrat de société et le contrat de travail » : *Guide juridique, Les SCOP, sociétés coopératives et participatives*, Scop Édité, 2013, p. 72.

statuts sont liés²⁶³². De la même manière, le refus de devenir associé peut être une cause de rupture du contrat de travail²⁶³³ et la rupture du mandat peut entraîner les conséquences financières du licenciement²⁶³⁴. Il apparaît même possible de conclure un contrat de travail après avoir été désigné en tant que mandataire social²⁶³⁵. Le sort de la clause statutaire de non-concurrence constitue une autre illustration de cet imbroglio. Plusieurs cours d'appel ont jugé que des clauses de non-concurrence étaient inopposables à d'anciens coopérateurs, en raison de l'absence de contrepartie financière²⁶³⁶ ou de sa seule mention dans les statuts de la SCOP²⁶³⁷, alors que ces clauses ne visaient pas l'exercice d'activités salariées mais la gestion d'entreprises. Enfin, la Cour de cassation a décidé que les jetons de présence des administrateurs salariés doivent entrer dans l'assiette des cotisations sociales car l'activité d'administration n'est « *qu'une des formes de leur travail au sein de la coopérative* »²⁶³⁸. Le législateur et le juge tendent donc à entretenir cette confusion, ce « *couplage inédit entre le droit du travail et le droit des sociétés* »²⁶³⁹, voire cette primauté de la qualité de salarié sur celle d'associé, au mépris de la notion de collaborateur.

²⁶³¹ Article 10 de la loi de 1978 : « *Sauf stipulations contraires des statuts : 1° À l'exception des cas mentionnés à l'article 11, toute rupture du contrat de travail entraîne la perte de la qualité d'associé ; (...)* ». Les salariés de SCOP ont donc intérêt à ce que les statuts de la coopérative prévoient une clause contraire à l'article 10, à défaut ils se retrouvent moins bien protégés que dans les sociétés classiques, en raison de leur double qualité : J. MOULY, *art. préc.*, p. 677

²⁶³² « *Et dès lors que le travail accompli est plus étroitement mêlé au projet collectif, le droit du travail tend à s'éclipser* » : S. BRISSY et N. FARVAQUE, *L'implication des salariés dans son travail : économie sociale, droit social et utilité sociale*, in *Économie sociale et droit, Économie et droit du travail, op. cit.*, p. 143.

²⁶³³ Art. 9 al. 1^{er} de la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 : « *Les statuts peuvent également prévoir que le contrat de travail conclu avec toute personne employée dans l'entreprise fera obligation à l'intéressé de demander son admission comme associé dans le délai qu'ils précisent et au plus tôt à sa majorité ; à défaut, celui-ci sera réputé démissionnaire à l'expiration de ce délai.* ».

²⁶³⁴ En cas de révocation sans faute grave ou de non-renouvellement, le dirigeant bénéficiaire du préavis et de l'indemnité de licenciement prévus par la convention collective ou le Code du travail : Art. 17 de la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978.

²⁶³⁵ Cass. soc., 28 janvier 2004, n° 01-46.794, Bull. civ. V, n° 30. Même si « *la Cour de cassation est avare de justifications de sa solution* », « *puisque l'arrêt relève que le contrat n'avait pas été autorisé par le conseil d'administration, c'est que le président d'une SCOP peut, après sa nomination, conclure un contrat de travail avec la société* » : D. HIEZ, *Un dirigeant de SCOP peut-il conclure un contrat de travail après sa nomination ?*, JCP E 2004, p. 920 ; G. AUZERO, *Des difficultés de cumuler un contrat de travail et les fonctions de président de Scop*, Lexbase hebdo éd. soc. 2004, n° 107.

²⁶³⁶ CA Paris, 23 avril 2013, n° 12-04.737 ; D. HIEZ, *Droit coopératif*, JCP E 2015, 1607.

²⁶³⁷ CA Lyon, 23 septembre 2011, n° 10-03.106 ; D. HIEZ, *Droit coopératif*, JCP E 2013, 1689.

²⁶³⁸ Cass. soc., 6 mars 2003, n° 01-21.307, inédit.

²⁶³⁹ B. SEGRESTIN et A. HATCHUEL, *op. cit.*, p. 71.

425. L'impact de la double qualité sur les conditions de travail. Mais le fait de participer à la détermination de ses propres conditions de travail permet-il de les améliorer ? La question a pu être posée en ces termes : « *Un travailleur qui coopère au sein d'un collectif de travail avec ses collègues aura-t-il tendance à être moins stressé et à moins souffrir au travail qu'un travailleur individualiste et individualisé ?* »²⁶⁴⁰. Il n'y a pas encore eu assez d'enquêtes et d'analyses pour y répondre mais l'ANACT accorde une réponse plutôt positive à la question et reconnaît déjà que le principe de gouvernance démocratique, qui n'est étendu aux salariés que dans les SCOP, présente « *des intérêts certains en matière de conditions de travail notamment car les salariés participent plus directement à la définition de leur organisation du travail* »²⁶⁴¹. À côté de ces effets positifs, il ne faut pas occulter les effets négatifs *qui découlent dans certains cas d'un manque de formalisation dans l'organisation du travail (pour les Scop de petite taille), ou du risque économique et financier accru qui repose sur les sociétaires* »²⁶⁴².

426. Conclusion de section. La société coopérative issue d'une reprise constitue une forme d'entreprise sociale très spécifique car elle implique de faire vivre à la conscience professionnelle de la plupart des individus qui la composent une expérience collective complexe. Il s'agit pour eux de rester des travailleurs – peut-être même en s'investissant davantage dans leur travail, pour assurer la viabilité de l'entreprise – tout en assumant leur nouveau rôle de dirigeant, avec les obligations de gestion – notamment de sécurité et pourquoi pas de vigilance – afférentes. Cette idée de faire perdurer l'entreprise grâce à l'action de ceux qui lui consacrent leur force de travail est louable et doit être encouragée. Mais c'est à la condition de les préparer à cette double qualité et de les protéger en cas de crise de conscience²⁶⁴³.

²⁶⁴⁰ B. BORRITS et A. SINGER, *Travailler autrement : Les Coopératives*, Éditions du Détour, 2017, p. 110.

²⁶⁴¹ ANACT, *Économie sociale et solidaire : les enjeux*, disponible sur : <https://www.anact.fr/economie-sociale-et-solidaire-les-enjeux>.

²⁶⁴² B. BORRITS et A. SINGER, *op. cit.*, p. 110.

²⁶⁴³ Sans connaître la forme juridique exacte de la société CDS, son histoire illustre ce propos puisqu'elle a été créée il y a huit ans lorsque le fabricant de lingerie « *Aubade* » a délocalisé sa production à l'étranger et que trois anciens collègues ont mis leur indemnité de licenciement dans un pot commun pour créer une nouvelle marque de lingerie. La société a d'ailleurs obtenu le label « *entreprise du patrimoine vivant* ». Mais, à la suite de la perte de son principal client, la société a été placée en redressement judiciaire en juillet 2018. L'un des trois dirigeants, qui ne supportait pas l'idée de licencier du personnel et présentait tous les signes du burnout, s'est suicidé dans les locaux au mois d'août suivant, au sein de l'usine : S. FRACHET, *Le patron d'Indiscrète, ex-Aubade, s'est suicidé*, Les Echos, 10 août 2018 ; B. TASSARD, *Indiscrète, l'une des dernières entreprises de lingerie françaises, tente de survivre*, L'Angle Éco, 8 septembre 2018, consultable sur www.rtl.fr.

427. Conclusion du chapitre. L'entreprise sociale, qu'il s'agisse d'une entreprise coopérative ou d'une autre de ses formes, répond à des besoins et à un mode de fonctionnement précis car elle reflète les valeurs que ses membres doivent incontestablement partager. Par conséquent, son modèle ne peut être transposé aux entreprises classiques²⁶⁴⁴ mais il peut néanmoins être une source d'inspiration. Comme le résume le Professeur David Hiez, « *si les préoccupations dont sont porteuses les entreprises non capitalistes sont bénéfiques pour la société, une solution de bon sens consiste à introduire ces préoccupations au sein de toutes les entreprises, ce qui permet de ne pas se priver des bienfaits des entreprises capitalistes tout en généralisant la prise en compte d'autres dimensions socialement ou environnementalement utiles* »²⁶⁴⁵. Dès le début des années 1980, les entreprises privées classiques, les établissements publics et les entreprises sociales ont commencé à s'influencer mutuellement²⁶⁴⁶. En 1995, dans le Rapport sur « *le travail dans vingt ans* », la commission dirigée par Monsieur Jean Boissonnat mentionnait un courant doctrinal en faveur d'une « *hybridation* », c'est-à-dire d'« *un mélange, dans les activités productives, d'activités hautement marchandes et d'activité sorties de la pure logique de la rentabilité* », à partir des travaux sur l'économie solidaire. Il s'agit de proposer des formes plus « *humaines* » de travail « *qui laissent moins de place à la rentabilité* », « *hybridées avec des formes qui laissent plus de place aux rapports sociaux, à la production de valeurs utiles* »²⁶⁴⁷. Un peu plus de vingt ans plus tard, dans son rapport intitulé « *Transformer l'emploi, redonner du sens au travail* » publié en 2017, le Labo de l'ESS a déclaré vouloir « *insuffler les valeurs de l'ESS afin qu'elle bénéficie autant aux travailleurs qu'aux entreprises* ». Ce rapport part du constat qu'à présent les individus veulent « *un travail dont ils comprennent le sens et partagent les finalités et l'éthique* ». Le guide définissant les

²⁶⁴⁴ « *L'entrepreneur ne doit pas être forcé de « coincer » son projet dans des instruments développés à d'autres fins, par exemple dans des structures qui reposent sur le bénévolat et le don ou la mutualisation d'un risque ou encore la double qualité d'actionnaire et de client, fournisseur ou travailleur* » : D. HURSTEL, *La nouvelle économie sociale, Pour réformer le capitalisme*, Odile Jacob, 2009, p. 95-96.

²⁶⁴⁵ D. HIEZ, *Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix*, Revue des sociétés 2012, p. 671.

²⁶⁴⁶ « *Au début des années 80, la distinction entre entreprises privées capitalistes « classiques », établissements publics et structures de l'économie sociale était largement perturbé par le souci des premières de se doter d'une image de service public ou de citoyenneté élargie, et par le souhait des deuxièmes et des troisièmes, d'adopter des techniques plus sophistiquées de management et de revendiquer une image plus moderne, plus dynamique* » : H. GOUIL, *Entreprendre en économie sociale, Sens des affaires ou affaires de sens ?*, Éditions Liaisons, 1999, p. 31.

²⁶⁴⁷ J. BOISSONNAT, *Le travail dans vingt ans*, Rapport, Commissariat général du Plan, Éditions Odile Jacob, La Documentation française, 1995, p. 337.

bonnes pratiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire fournit d'ailleurs une définition de l'éthique susceptible de concerner toutes les entreprises²⁶⁴⁸.

²⁶⁴⁸ Fiche 8 du Livret 2 : « Alors que la déontologie en tant que code de pratiques et de règles propres à un métier particulier s'impose à tous ceux qui le pratiquent, l'éthique est un lieu d'interrogation et de débat, qui ne vise donc pas nécessairement le consensus car l'éthique renvoie beaucoup à la responsabilité individuelle même si chaque collectivité de travail ou chaque entreprise, chaque secteur d'activité, peut travailler à définir une éthique de responsabilité commune ».

Chapitre 2 : La conscience, enjeu de l'entreprise classique

428. Les bonnes actions d'hier. La conscience conduisant à vouloir contribuer à une amélioration de la situation de la communauté de travail, de la société ou de l'environnement n'est pas l'apanage de l'entreprise sociale et peut se manifester dans toute entreprise *largo sensu*. Ce type de manifestation ne correspond pas un phénomène récent. Comme l'explique Alexandre Barège dans sa thèse, « depuis l'apparition des premières manufactures, l'attachement à certaines valeurs existe »²⁶⁴⁹. Un exemple en est donné par l'entreprise de filature de laine de la famille Harmel, qui peut sans doute être considérée comme l'une des premières entreprises « responsables »²⁶⁵⁰. Fondée en Belgique en 1790 et installée dans la Marne à partir de 1841, l'usine se trouvait dans un domaine comprenant une école, une garderie, un théâtre, une chapelle, la maison du dirigeant et des logements sociaux dont les loyers étaient fixés par les ouvriers. Elle était gouvernée par un conseil d'usine – composé du dirigeant et de sept ouvriers²⁶⁵¹ – dont le rôle était d'assurer une remontée des problèmes rencontrés dans les ateliers, d'associer les salariés à la gestion de l'entreprise et de gérer la caisse d'assistance²⁶⁵². Le dernier dirigeant, Léon Harmel, est à l'origine du regroupement patronal chrétien²⁶⁵³, mais il est sans doute « moins connu pour avoir conceptualisé et défini

²⁶⁴⁹ A. BARÈGE, *L'éthique et le rapport de travail*, préf. B. BOSSU, LGDJ, 2008, p. 95.

²⁶⁵⁰ En réalité, il existe d'autres exemples de cités ouvrières utopiques qui auraient pu être développés ici, tels que la saline royale d'Arc-et-Senans, créée en 1775 par l'architecte Claude-Nicolas Ledoux sous le règne du roi Louis XV, le familistère créé par Jean-Baptiste Godin à Guise, dans l'Aisne, en 1859 ou encore, à l'étranger, la cité ouvrière de New Lanark, en Écosse, fondée par Robert Owen en 1813.

²⁶⁵¹ Les Professeurs Jean Rivero et Jean Savatier ont défini ce conseil d'usine comme « la première expérience de participation des travailleurs à la vie de l'entreprise » : J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF, 1^{ère} éd., 1956, p. 109. Le Professeur Pierre-Yves Verkindt définit cette représentation du personnel comme une « préfiguration lointaine et ambiguë des délégués du personnel et du comité d'entreprise » : P.-Y. VERKINDT, *Le droit du travail*, Dalloz, 2005, p. 11.

²⁶⁵² P.-Y. GOMEZ, *L'entreprise sociale et responsable est née...en 1841*, *Le Monde*, 27 novembre 2015, p. 4.

²⁶⁵³ L'Association catholique des patrons du Nord et l'Union fraternelle du commerce et de l'industrie ont été créées respectivement en 1884 et en 1898 sous son égide. Ce regroupement patronal chrétien existe toujours à travers le mouvement des Entrepreneurs et dirigeants chrétiens (EDC), à l'origine de la création du comité d'éthique du MEDEF : M.-E. CHESSEL, N. de BREMOND D'ARS et A. GRELON, *L'entreprise et l'Évangile, Une histoire des patrons chrétiens*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2018, p. 22. En outre, Léon Harmel a exercé une forte influence sur le Père Liberatore « à qui fut confiée par Léon XIII une partie assez importante de l'encyclique *Rerum Novarum* » : P. SALAÜN, *Un parcours éclairant d'entrepreneur : Léon Harmel*, in *L'éthique de l'entrepreneur*, dir. J.-Y. NAUDET, Actes du XXI^e colloque d'éthique économique organisé à Aix-en-Provence le 19 et 20 juin 2014, Presses universitaires d'Aix Marseille (PUAM), 2015, p. 101 et 119.

une véritable éthique de la liberté d'entreprendre »²⁶⁵⁴. Si elle n'avait pas été détruite lors de la Première guerre mondiale, il y a fort à parier que l'entreprise aurait continué à prospérer.

429. Les bonnes actions d'aujourd'hui. Il faut attendre la fin du XX^{ème} siècle pour voir fleurir de nombreuses actions de générosité de la part de grandes entreprises françaises. En effet, à partir de la fin des années 1980, les dirigeants, fortement encouragés par les pouvoirs publics faisant appel à leur esprit « *citoyen* », vont s'engager dans des actions de mécénat. À titre d'illustration²⁶⁵⁵, en 1986, Monsieur Claude Bébéar, le PDG d'Axa fonde l'institut du mécénat humanitaire – devenu l'« *IMS-Entreprendre pour la cité* », puis « *Les entreprises pour la Cité* » – qui dispense des conseils en matière de montage de programmes de mécénat. En 1993, Monsieur Philippe Francès, le PDG de Darty, parvient à convaincre des entreprises publiques – comme la SNCF et Renault – et des enseignes de la grande distribution – comme L'Oréal et Auchan – de créer la « *Fondation pour l'insertion* ». Mais, à travers ces exemples et à l'instar du cas de Léon Harmel²⁶⁵⁶, il semble que ce soit davantage la – « *bonne* » – conscience morale du dirigeant qui se manifeste²⁶⁵⁷.

430. La prise de conscience du rôle dévolu à l'entreprise. Pourtant, au-delà de ces actions circonscrites, il est admis que, « *depuis les années 1980, l'entreprise a réellement un rôle social moteur* » et « *participe à la définition du statut économique, social ou personnel*

²⁶⁵⁴ « *Il part ainsi premièrement du principe que la liberté d'entreprendre doit être obligatoirement ordonnée vers le bien. Le pivot de celle-ci est alors sa dimension éthique. D'autre part, et dans cette logique, il ne conçoit pas d'acte libre si celui-ci n'appelle pas la responsabilité de l'auteur de l'acte, qu'il s'agisse du patron ou de l'ouvrier. Ainsi, pour Léon Harmel, il est primordial d'avoir conscience qu'il n'y a de réelle liberté que lorsque l'homme est responsable de ses propres choix* » : P. SALAÛN, *art. préc.*, p. 101 et 104.

²⁶⁵⁵ D'autres exemples sont présentés par : S. ROZIER, *Les générosités obligées. Mutations des politiques sociales et mécénat des entreprises dans la France des années 1990*, in *Le travail associatif*, dir. M. HÉLY et M. SIMONET, Presses universitaires de Paris Ouest, 2013, p. 127.

²⁶⁵⁶ Certes, s'il critiquait ouvertement le paternalisme, Léon Harmel « *demeure paternaliste parce qu'il a eu à cœur de les (ses ouvriers) épanouir selon les conceptions qu'il avait de ce que devait être la vie de famille* » : P. SALAÛN, *art. préc.*, p. 107 et 127.

²⁶⁵⁷ D'après une étude menée par PricewaterhouseCoopers à la demande de l'Observatoire de la Responsabilité Sociétale des Entreprises (ORSE) en 2001, « *en France, la conviction personnelle du dirigeant préside souvent à la mise en place d'une réflexion éthique. On distingue alors les dirigeants « éclairés » des dirigeants soumis eux-mêmes à une pression externe (pression des marchés, atout concurrentiel)* ». De même, concernant le mécénat d'entreprise, il apparaît que celui-ci peut aussi être favorisé « *par les dispositions morales de son PDG (comme l'obéissance catholique, par exemple)* » : Y. MEDINA, *La déontologie, ce qui va changer dans l'entreprise*, Éditions d'Organisation, 2003, p. 33 et p. 70. Selon le Professeur Maurice Thévenet, « *alors que la pratique des affaires semble plutôt relever de l'égoïsme et de la cupidité, une vie spirituelle conduirait à mettre en perspective son action avec le reste de la société* » : M. THÉVENET, *Management et religion, La poule devant un couteau*, Revue internationale de psychologie, 2011/41, Vol. XVII, p. 27 et s.

des individus »²⁶⁵⁸. À la fin du 20^{ème} siècle, face à l'augmentation du chômage et à la dégradation des standards de l'emploi, de l'école et même de la famille, l'entreprise « *fait exception* » de sorte à « *prétendre assumer une mission intégrative et s'affirmer pleinement comme un espace de socialisation* »²⁶⁵⁹. Il est indéniable que l'entreprise rassemble les individus qui y travaillent ainsi que leurs aspirations. Cela peut l'amener à orienter, ou réorienter, son action générale dans le sens de telles espérances. Dans ce cas, la volonté d'un seul individu ne peut plus suffire, l'ensemble de la collectivité de l'entreprise doit être impliquée.

431. La nature éthique de cette conscience de la collectivité²⁶⁶⁰. Serait-elle morale puisqu'il s'agit de « *bien* » agir²⁶⁶¹ ? Mais il est très difficile de définir de manière uniforme le « *bien* » agir quand autant de parties sont prenantes²⁶⁶² et quand l'adjectif « *moral* » apparaît démodé, en raison de son manque de résonance pratique. Faut-il considérer que cette conscience est politique puisqu'il a pu être question d' « *entreprise citoyenne* »²⁶⁶³ ? Ces deux

²⁶⁵⁸ A. BARÈGE, *op. cit.*, p. 95.

²⁶⁵⁹ M. LALLEMENT, *Le travail, une sociologie contemporaine*, Éditions Gallimard, 2007, p. 226.

²⁶⁶⁰ Cette conscience a pu être qualifiée de « *sociale* » : « *il est vrai que la responsabilité sociale s'inscrit dans la continuité historique de l'action de nombreuses entreprises, que cette conscience sociale est portée en France dès le début du XIX^{ème} siècle par une tradition philanthropique et caritative du patronat, (...)* » : G. BESSE, *À qui profite la RSE ? La responsabilité sociétale des entreprises peut-elle réguler les effets sociaux de la mondialisation ?*, Dr. soc. 2005, p. 991.

²⁶⁶¹ La conduite de l'entreprise « *peut-elle être évaluée en termes éthiques, est-elle un agent moral ?* » : S. MERCIER, *L'éthique dans les entreprises*, Éditions La Découverte, 3^{ème} éd., 2014, p. 6.

²⁶⁶² Cette notion est définie ci-dessous, dans le même paragraphe.

²⁶⁶³ Dans les années 1980, on parlait de « *citoyenneté d'entreprise* », « *il s'agissait de redistribuer une partie des profits de l'entreprise à une association humanitaire ou de protection de l'environnement, de défense des droits de l'homme ou de lutte contre l'exclusion* » : A. PORTELLA, *L'éthique en entreprise*, Studyrama-Vocatis, 2010, p. 37. En revanche, dans le Rapport Auroux, il n'était pas question de citoyenneté d'entreprise mais de « *citoyenneté dans l'entreprise* », c'est-à-dire celle du travailleur qui doit être un « *citoyen à part entière dans l'entreprise* », l'entreprise étant elle-même « *une composante essentielle de la cité* » : J. AUROUX, *Les droits des travailleurs*, Rapport remis au président de la République et au Premier ministre, Septembre 1981, La Documentation française, p. 4, 6 et 7. Il a pu être rappelé plus tard que « *l'entreprise en tant que telle ne peut être citoyenne* » car elle « *fonctionne de manière inévitablement hiérarchique* ». Mais, en tant qu' « *institution centrale* » dans la société, elle peut « *être dite « citoyenne » en ce qu'elle doit respecter la loi* » et donc « *les dispositions du droit du travail* » puisque « *les membres de l'entreprise sont avant tout des citoyens* ». Elle peut même aller plus loin en accomplissant des actions civiques : D. SCHNAPPER, *Les limites de l'expression « entreprise citoyenne »*, in *La société en quête de valeurs, pour sortir de l'alternative entre scepticisme et dogmatisme*, Maxima, 1996, p. 79. Cela n'a pas empêché certains de se demander plus récemment « *si l'entreprise peut se voir doter d'une citoyenneté* ». Il ne s'agirait pas de créer une stricte égalité entre les personnes physiques et les personnes morales mais de reconnaître la place que les entreprises et les syndicats ont déjà dans le débat législatif à travers la notion de « *citoyenneté secondaire* » : F. G. TRÉBULLE, *Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur « l'entreprise citoyenne »*, Revue des sociétés 2006, p. 41. Ce concept demeure néanmoins controversé, comme le révèle l'affirmation du Professeur Bernard Teyssié, qui qualifie l'expression « *citoyenne* » de « *vocabulaire dont l'absurdité même, appliquée à une entreprise, a sans doute assuré le succès* » : B. TEYSSIÉ, *La vertu en droit du travail*, in *La vertu*, de J. FOYER et C. PUIGELIER, PUF, 2009, p. 344.

propositions pourraient s'avérer dangereuses. Elles vont dans le sens du risque d'« invasion de la Morale par l'Économie », caractérisé par la volonté des entreprises « de s'affirmer pleinement comme des « institutions totales », porteuses de valeurs et de normes » et de « s'affranchir à la fois de la morale et du politique »²⁶⁶⁴. Selon le Professeur Jean Carbonnier, il ne faut d'ailleurs pas confondre l'éthique des affaires avec « la morale d'entreprise », « qui n'est autre que la liste des devoirs qu'une (grande) entreprise essaie d'inculquer à son personnel »²⁶⁶⁵. En définitive, l'adjectif « éthique » et son caractère potentiellement « appliqué »²⁶⁶⁶ doivent être privilégiés par rapport aux qualificatifs de « morale » et de « politique » pour caractériser cette conscience²⁶⁶⁷. Malgré leur étymologie commune²⁶⁶⁸,

²⁶⁶⁴ M. MARZANO, *L'éthique appliquée*, PUF, Que sais-je, 2^{ème} éd., 2012, p. 117 et 121. Dans le même sens : « certaines entreprises tentent de percer au plus profond la psyché individuelle, elles structurent des manières de voir, elles modèlent des comportements exemplaires... D'un mot, elles aspirent au rang d'institution totale capable de formater les esprits et de répondre à ce désir de religiosité qui, comme l'ont montré S. Freud et E. Durkheim, traverse les sociétés, y compris les plus modernes. » : M. LALLEMENT, *Le travail*, Gallimard, 2007, p. 227.

²⁶⁶⁵ Mais il n'empêche, selon lui, qu'une telle éthique ne se contentera « pas de siéger dans les consciences et dans les livres » et aspire à « des organes, une action, un pouvoir » : J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, 27^{ème} éd., 2002, n° 18, p. 57-58.

²⁶⁶⁶ L'expression d'« éthique appliquée » apparaît dans les années 1960 mais était déjà présente dans l'« *Éthique à Nicomaque* » d'Aristote, dans lequel il écrit que « ce n'est pas pour savoir ce qu'est la vertu en son essence que nous effectuons notre enquête, mais c'est afin de devenir vertueux, puisqu'autrement cette étude ne servirait à rien » : M. MARZANO, *op. cit.*, 2012, p. 7. Le philosophe Paul Ricœur s'inscrit dans cette optique quand il décrit la « visée éthique » comme la « visée de la « vie bonne » avec et pour autrui dans des institutions justes ». Il explique au préalable que c'est « par convention que je réserverai le terme d'éthique pour la visée d'une vie accomplie et celui de morale pour l'articulation de cette visée dans des normes caractérisées à la fois par la prétention à l'universalité et par un effet de contrainte (...). On reconnaîtra aisément dans la distinction entre visée et norme l'opposition entre deux héritages, un héritage aristotélicien, où l'éthique est caractérisée par sa perspective téléologique, et un héritage kantien, où la morale est définie par le caractère d'obligation de la norme, donc par un point de vue déontologique. » : P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Éditions du Seuil, 1990, p. 200 puis 202 et s. Le Professeur Dominique Fenouillet a écrit que « l'éthique serait une morale appliquée (son objet serait de résoudre des questions pratiques, et non de formuler des principes théoriques définis abstraitement a priori), dégagée de façon consensuelle à partir d'un processus de discussion des valeurs (elle se nourrirait davantage des convictions du milieu considéré que de règles décrétées par un pouvoir étatique centralisé), et relativement molle dans son contenu (son contenu serait souvent flou, ses sanctions parfois incertaines) » : D. FENOUILLET, *Propos introductifs*, in *Droit et morale*, dir. D. FENOUILLET, F. DRUMMOND et D. BUREAU, Dalloz, 2011, p. 22.

²⁶⁶⁷ Sur les rapports entre conscience et éthique, le sociologue et philosophe Edgar Morin écrit qu'« il y a certes distinction, mais aussi lien entre la connaissance (savoir) et l'éthique (devoir). Ce lien apparaît quand on considère non pas isolément l'acte moral, mais son insertion et ses conséquences dans le monde. À supposer que la conscience du bien et du devoir soit assurée, l'éthique rencontre des difficultés qui n'ont pas de solutions dans la seule conscience de « bien faire », d'« agir pour le bien », de « faire son devoir ». Car il y a un hiatus entre l'intention et l'action. » : E. MORIN, *La Méthode, 6. Éthique*, Éditions du Seuil, 2004, p. 45.

²⁶⁶⁸ Le terme « éthique » vient du latin « *ethicus* », emprunté au grec « *ethikos* » (relatif ou conforme aux mœurs), lui-même dérivé de « *ethos* » (caractère habituel, manière d'être, habitudes, mœurs), tandis que le terme « morale » vient du latin « *mores* » (mœurs). Ils sont tous deux apparus au 13^{ème} siècle et ont donc originellement la même signification : J. MATHIEU-ROSAY, *Dictionnaire Étymologique*, Les nouvelles Éditions Marabout, 1985, entrées « éthique » p. 204 et « morale » p. 339 ; J. BALLEST, F. de BRY, A. CARIMENTRAND et P. JOLIVET, *L'entreprise et l'éthique*, Éditions du Seuil, 2^{ème} éd., 2011, p. 27. Dans le Dictionnaire universel de Furetière, l'éthique est présentée comme « un nom tiré du grec, qu'on donne quelquefois à la Morale, ou à la Science des mœurs » : A. FURETIÈRE, *Le Dictionnaire universel d'Antoine*

l'éthique se démarque de la morale en ce qu'elle n'aspire pas à la vérité absolue²⁶⁶⁹, ni à la distinction manichéenne entre le bien et le mal²⁶⁷⁰. Elle est issue d'une construction personnelle²⁶⁷¹, ou partagée par un groupe de personnes²⁶⁷², et tend au « *bien agir* », en mettant cette fois-ci l'accent sur le verbe « *agir* »²⁶⁷³, comme Aristote dans l'« *Éthique à Nicomaque* »²⁶⁷⁴. Néanmoins, l'éthique ne s'oppose pas fondamentalement à la morale. En

Furetière, Tome II, préf. P. BAYLE, 1984, Le Robert, entrée « *éthique* ». « *Le vocable « morale » étant devenu politiquement parmi les plus incorrects, et les ressorts de la conscience demeurant pourtant indispensables, l'on s'est tourné vers l'éthique, son synonyme de racine grecque.* » : C. JUBAULT, *Les « codes de conduite privés »*, in *Le droit souple*, Actes du colloque organisé par l'association Henri Capitant le 27 mars 2008 à l'Université du Littoral, Dalloz, 2009, p. 33.

²⁶⁶⁹ L'auteur écrit aussi que « *là où la morale juge l'action des hommes et des sociétés à l'aune d'un système de valeurs transcendantes, l'éthique ne prétend à aucune vérité absolue et, en ce sens, elle est a-morale, critique et non normative* » : B. OPPETIT, *Éthique et vie des affaires*, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 319, spéc. p. 320 et 333. La même définition apparaît dans le chapitre consacré à l'éthique d'un autre ouvrage du même auteur : B. OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 262 ; cité par D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, préf. G. CORNU, LGDJ, 1993, p. 69, n° 111.

²⁶⁷⁰ Grâce à sa nature amoralité, elle « *a progressivement occupé le siège laissé vacant par la morale en crise* » : E. FRAGU, *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle, Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, dir. Y. LEQUETTE, thèse dactylographiée Université Paris II, 2015, p. 174.

²⁶⁷¹ Alors que « *la morale correspond à la démarche par laquelle un individu se conforme à des règles ou des normes préétablies pour déterminer ce qui est bien ou mal* », l'éthique relèverait davantage d'une construction personnelle grâce à laquelle « *chacun vise à développer le meilleur de soi-même* » : J.-F. CLAUDE, *L'éthique au service du management*, Éditions Liaisons, 2^e éd., 2002, p. 50-51.

²⁶⁷² « *L'éthique se manifeste à nous, de façon impérative, comme exigence morale. Son impératif naît d'une source intérieure à l'individu, qui ressent en son esprit l'injonction d'un devoir. Il provient aussi d'une source extérieure : la culture, les croyances, les normes d'une communauté. Il y a aussi sans doute une source antérieure, issue de l'organisation vivante, transmise génétiquement* » : E. MORIN, *La Méthode*, 6. *Éthique*, Éditions du Seuil, 2004, p. 15.

²⁶⁷³ La DGT a eu l'occasion de définir l'éthique comme « *une discipline pratique et normative qui se donne pour but de dire comment les êtres doivent se comporter. Pour ce faire, des critères sont établis pour juger si une action est bonne ou mauvaise et pour juger les motifs et les conséquences d'un acte. L'éthique sociale est la branche de l'éthique qui s'intéresse non pas aux actions individuelles mais aux ensembles sociaux en général* » : circulaire DGT n° 2008-22 du 19 novembre 2008, *préc.*, p. 6. L'éthique est « *la réflexion qui intervient en amont de l'action et qui a pour ambition de distinguer la bonne et la mauvaise façon d'agir. (...) Par rapport à la morale (vue comme un ensemble de normes conformes à un groupe de dimension universelle et qui s'impose à tous), l'éthique doit permettre à l'individu de faire valoir sa parole et ses intérêts propres. (...) La déontologie (étymologiquement la science du devoir) est plus simple à appréhender et renvoie à un ensemble de règles dont se dote une profession (...)* » : S. MERCIER, *op. cit.*, p. 5-6. « *Il faut une vigilance à tout moment : (...). Cette vigilance, c'est l'éthique. L'éthique, qui rend la morale à nouveau opératoire, parce qu'elle la confronte sans cesse à la pratique réelle. (...) L'éthique agit comme une courroie de transmission entre la morale et la pratique.* » : J.-C. BERLOT et J.-L. BUSTAMANTE, *Dirigeants, que faites-vous ? Une approche éthique du management*, Éditions Village Mondial, 2002, p. 24.

²⁶⁷⁴ Dans le Livre II de l'ouvrage, intitulé « *De la vertu* », Aristote explique que l'étude à laquelle il se livre n'a pas pour but la connaissance ou l'élaboration d'une théorie « *car ce n'est pas pour savoir ce qu'est la vertu en son essence que nous effectuons notre enquête, mais c'est à fin de devenir vertueux, puisqu'autrement cette étude ne servirait à rien* ». Il poursuit en indiquant qu'« *il est nécessaire de porter notre examen sur ce qui a rapport à nos actions, pour savoir de quelle façon nous devons les accomplir, car ce sont elles qui déterminent aussi le caractère de nos dispositions morales* » : ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. TRICOT, Librairie philosophique Vrin, 2007, p. 97.

effet, cette dernière, l'éthique et même la déontologie découleraient l'une de l'autre²⁶⁷⁵. Pour en revenir à l'entreprise, Monsieur Alexandre Barège a donné une définition pertinente de l'éthique appliquée aux rapports de travail comme étant « *le moyen de déterminer des valeurs*²⁶⁷⁶ *tout en prenant en compte les réalités sociales et économiques* », et le fait de se conformer à ces valeurs²⁶⁷⁷. Il faut enfin mentionner la vocation de l'éthique à étendre son champ d'application au-delà du contrat de travail, pour prendre en considération l'ensemble des « *parties prenantes* », appelées « *stakeholders* » en anglais, par opposition aux « *shareholders* »²⁶⁷⁸. Dans cette expression, sont inclus à la fois ces derniers, c'est-à-dire les associés ou actionnaires, mais aussi les dirigeants, les salariés et tout autre type de travailleurs intervenant dans l'entreprise, « *les fournisseurs, les clients, les banques ou autres prêteurs, le voisinage, l'environnement et les tiers pouvant entrer en relation avec l'entreprise* »²⁶⁷⁹.

²⁶⁷⁵ Le Professeur Jean Carbonnier considérait ainsi que « *l'éthique, c'est la morale, avec peut-être quelque chose de plus sublime, de moins terre à terre* », c'est « *une sorte de médiation entre la loi, trop brutale, et la religion, trop peu laïque* » : J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, 27^{ème} éd., 2002, n°18, p. 57. Le Professeur Mustapha Mekki a écrit que « *la morale, comme l'éthique, est un processus dynamique ayant pour objet la régulation des comportements* » et que « *si des différences manifestes existent, l'idée de système régulateur suffit à justifier un rapprochement de la morale et de l'éthique* » : M. MEKKI, *Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale : la fusion des corps et la confusion des esprits*, in *Droit et morale*, dir. D. FENOUILLET, F. DRUMMOND et D. BUREAU, Dalloz, 2011, p. 31. « *En France, on a tendance à vouloir distinguer les notions d'éthique, de morale et de déontologie, contrairement aux États-Unis où le même terme « ethics » recouvre ces trois notions. (...) On peut cependant les distinguer par le fait que la morale est plutôt liée à la vie individuelle des personnes alors que l'éthique est rattachée à la vie des affaires, à la vie économique, entre autres* » : Y. MEDINA, *op. cit.*, p. 37. « *La morale, science du bien et du mal, permet de dégager une éthique qui est un art de diriger sa conduite, son comportement, qui s'exprime dans les principes guidant les aspects professionnels de ce comportement : la déontologie* » : J. ROJOT, *Déontologie et gestion des ressources humaines*, in *Éthique, Déontologie et gestion de l'entreprise*, dir. H. de la BRUSLERIE, Economica, 1992, p. 118.

²⁶⁷⁶ Monsieur Richard Barrett insiste sur la notion de « *valeurs* » qu'il oppose à celle de « *croyances* ». Selon lui, les individus prennent désormais leurs décisions en se fondant sur les valeurs plutôt que sur les croyances, étant précisé que « *les croyances sont culturelles et contextuelles alors que les valeurs sont universelles* », que « *les croyances sont des hypothèses que nous tenons pour vraies* » alors que « *les valeurs positives créent des expériences bénéfiques* », et que les croyances « *culturelles et religieuses alimentent la séparation* » tandis que les valeurs « *créent du lien* » : R. BARRETT, *L'entreprise inspirée par les valeurs, Libérer le potentiel humain pour une performance durable*, De Boeck Supérieur, 2017, p. 51.

²⁶⁷⁷ Cette définition figure dans l'introduction de sa thèse : A. BARÈGE, *op. cit.*, p. 6 et s.

²⁶⁷⁸ « *Littéralement, les stakeholders désignent les « détenteurs d'intérêts », par opposition aux shareholders (« détenteurs d'actions »)*. » : B. SEGRESTIN et A. HATCHUEL, *Refonder l'entreprise*, Éditions du Seuil et la République des Idées, 2012, p. 95. « *En 1984, l'utilisation du concept de partie prenante par R. E. Freeman permet d'impliquer dans les activités des entreprises tout individu ou groupe d'individus qui peut affecter la réalisation des objectifs organisationnels ou être affecté par elle* » : A.-B. CAIRE, *L'éthique au service des droits de l'Homme*, in *L'éthique de l'entreprise, Questions d'actualité*, dir. F. BUY et J. THÉRON, Actes du colloque du 21 novembre 2014 organisé par le Centre Michel de l'Hospital à l'École de droit de Clermont Ferrand, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 139.

²⁶⁷⁹ J. THÉRON, *L'éthique de la gouvernance, Questions actuelles*, in *L'éthique de l'entreprise, Questions d'actualité*, *op. cit.*, p. 52.

432. Entre éthique et RSE. Depuis quelques années, l'éthique d'entreprise doit partager la scène avec le concept « à la mode »²⁶⁸⁰ de responsabilité sociale²⁶⁸¹ et environnementale de l'entreprise²⁶⁸². En 2001, cette responsabilité particulière, qui est appelée plus brièvement « RSE », a d'abord été définie par la Commission comme « *l'intégration volontaire de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes* »²⁶⁸³. Parfois critiquée en raison de l'absence de référence à la responsabilité²⁶⁸⁴, cette définition a ensuite été durcie²⁶⁸⁵ dix ans plus tard pour devenir

²⁶⁸⁰ La conclusion de l'ouvrage du Professeur Pierre-Yves Verkindt consacré au droit du travail s'intitule « *La responsabilité sociale des entreprises : annonce de temps nouveaux ou effet de mode* » : P.-Y. VERKINDT, *Le droit du travail*, Dalloz, 2005, p. 151. « *Très en vogue, le concept de « responsabilité sociale de l'entreprise » n'en demeure pas moins énigmatique* ». Ce concept serait fondamentalement « *une coquille vide* » : I. MEYRAT, *Le droit du travail à l'épreuve de « l'éthique des affaires »*, RDT 2010, p. 572, spéc. p. 573.

²⁶⁸¹ L'adjectif « *sociétal* » a parfois été préféré à l'adjectif « *social* » car il correspondrait mieux à la traduction de l'expression anglaise « *Corporate Social Responsibility* » (« *CSR* »). Selon certains auteurs, l'adjectif « *sociétal* » permettrait, en outre, d'élargir le cercle pour prendre en considération la société dans son ensemble : J. ARNAL et J.-P. GALAVIELLE, *L'éthique économique entre droit et régulation sociale*, in *Économie sociale et droit, Économie et droit du travail, op. cit.*, p. 115, spéc. p. 125. Toutefois, l'Union européenne a choisi l'adjectif « *social* » dans le cadre de sa traduction : par ex. Commission européenne, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'Union européenne pour la période 2011-2014*, COM(2011) 681 final. Quant au législateur français, il a récemment revu sa traduction au sein du Code de commerce, dans lequel il a d'abord fait état de la responsabilité « *sociétale* » (entre juillet 2010 et juillet 2017, l'article L. 225-102-1 mentionnait la « *responsabilité sociétale des entreprises* ») avant de lui préférer l'adjectif « *sociale* » (depuis septembre 2017, l'article R. 225-105 mentionne la « *responsabilité sociale et environnementale* » tandis que l'article L. 225-110-2 ne fait plus état que des « *conséquences sociales et environnementales* »). Concernant le code du travail, l'article L. 2312-25 utilise l'expression de « *responsabilité sociale et environnementale* » pour définir le rapport de l'article L. 225-102-1 précité du Code de commerce. Par ailleurs, la notion de responsabilité « *sociale* » des plateformes numériques, vis-à-vis des travailleurs qui y recourent, a été choisie par la loi du 8 août 2016 au sein de l'article L. 7342-1 : I. DESBARATS, *Quel statut social pour les travailleurs des plateformes numériques ? La RSE en renfort de la loi*, Dr. soc. 2017, p. 971. Selon Madame Catherine Malecki, l'adjectif « *sociétal* » serait plus réducteur car il ferait « *l'impasse sur l'environnemental et le social* ». En réalité, c'est davantage la traduction du terme « *responsibility* » par celui de « *responsabilité* » qui devrait prêter à discussion car Outre-Atlantique, « *il ne s'agit pas de rendre systématiquement l'entreprise « responsable » (au sens de responsabilité civile) de tout risque environnemental, social ou sociétal* ». Le terme anglais intègre « *les prises d'initiative, le fait d'assumer telle ou telle décision* ». Il n'est d'ailleurs « *pas tant question de « réparer » un « dommage » que d'anticiper et d'éviter ce dommage* ». Ainsi, le terme de « *gouvernance d'entreprise durable* » pourrait être préféré pour traduire le concept de « *CSR* » : C. MALECKI, *Responsabilité sociale des entreprises, Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, LGDJ Lextenso éditions, 2014, p. 26-28.

²⁶⁸² Ce type de responsabilité n'est pas cantonné aux entreprises *stricto sensu* et c'est d'ailleurs ce que révèle l'existence de la notion de « *responsabilité sociale des organisations* » ou « *RSO* », qui s'applique notamment dans les marchés publics : C. MALECKI, *op. cit.*, p. 28. Plusieurs institutions constitutives du service public de la Sécurité sociale ont ainsi intégré l'éthique et la RSE dans leurs stratégies de développement. L'UCANSS a produit un Plan cadre 2007-2010 en matière de développement durable : O. BACHELARD et C. VAUTIER, *Les valeurs de service public : un double étayage par l'éthique et la responsabilité sociale d'entreprise (RSE)*, in *Éthique et responsabilité sociale, 78 experts témoignent, Mélanges en l'honneur de Michel Joras*, dir. F. de BRY, J. IGALENS et J.-M. PERETTI, Éditions EMS, 2010, p. 225.

²⁶⁸³ Commission européenne, *Livre vert, Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, COM(2001) 366 final, p. 7.

²⁶⁸⁴ Il a été écrit que « *l'intégration volontaire de préoccupations sociales évoque les promesses d'ivrognes jurant à la cantonade qu'ils vont cesser de boire demain, plutôt que la responsabilité au vrai sens du mot. Est responsable celui qui doit répondre de ses actes à l'égard d'autrui. (...) Ainsi entendue, la responsabilité ne s'entend pas seulement de l'obligation de réparer les conséquences dommageables de ses actes, mais aussi de*

« la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société »²⁶⁸⁶, qui n'est pas sans rappeler la définition antérieure de la norme ISO 26000²⁶⁸⁷. Parmi les trois conceptions de la RSE, il est intéressant de constater que seule l'une d'entre elles est qualifiée d'« éthique », les deux autres étant « utilitariste » et « politique ». Elles ont toutes en commun de constituer un contrepoids à un aspect controversé de l'entreprise, qu'il s'agisse de son caractère capitaliste, de sa recherche de performances économiques ou de son ingérence dans la défense de l'intérêt général²⁶⁸⁸. Cependant, à travers de telles fonctions de légitimation de l'action de l'entreprise, la RSE prête le flanc à la critique puisqu'elle ne semble servir que la bonne conscience de l'entreprise, sans caractère obligatoire²⁶⁸⁹. Les mêmes reproches sont formulés à l'égard de l'éthique d'entreprise. Toutefois, sans aller jusqu'à remettre en cause l'idée de tout comportement éthique de la part de l'entreprise²⁶⁹⁰, il faut être réaliste en

l'obligation de prévenir de telles conséquences et de garantir qu'on en répondra » : A. SUPIOT, *Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises*, in *Analyse juridiques et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 541, spéc. p. 548-549. Mais, de cette première définition, le Professeur Pierre-Yves Verkindt en déduisait déjà une possibilité d'application efficace : « *En d'autres termes, la responsabilité sociale de l'entreprise va au-delà de la simple mise en conformité de l'entreprise avec la réglementation et au-delà des simples actions de mécénat social de l'entreprise. Elle implique une incorporation du « social » dans les choix stratégiques à partir du postulat que loin d'être incompatible avec l'efficacité économique, l'intégration des dimensions environnementales, sociétales et sociales en constitue à terme une condition.* » : P.-Y. VERKINDT, *Le droit du travail*, Dalloz, 2005, p. 153.

²⁶⁸⁵ Selon Catherine Malecki, cette dernière définition « *imprime une orientation plus ferme, des contours plus stricts à la RSE qui donne naissance à une gouvernance d'entreprise « responsable »* » : C. MALECKI, *op. cit.*, p. 215.

²⁶⁸⁶ Commission européenne, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'Union européenne pour la période 2011-2014*, COM(2011) 681 final.

²⁶⁸⁷ Dans la norme ISO 26000, dont la première édition date du 1^{er} novembre 2010, la responsabilité sociale des entreprises est définie comme « *la responsabilité d'une organisation vis-à-vis des impacts de ses décisions et activités sur la société et sur l'environnement, se traduisant par un comportement éthique et transparent (...)* » : F. VERDUN, *Les risques juridiques liés à la démarche éthique de l'entreprise*, Cahiers de droit de l'entreprise 2011, n° 5, p. 37.

²⁶⁸⁸ M. CAPRON, « *Conceptions de la RSE* », in *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, dir. N. POSTEL et R. SOBEL, 2013, p. 65 et s.

²⁶⁸⁹ En 2002, certains auteurs écrivaient que, « *au risque de paraître subversif, il faut bien dire que juridiquement, il n'existe pas de responsabilité sociale de l'entreprise. Plus exactement n'existe aucun droit individuel du salarié à obtenir réparation du chef d'entreprise à raison des fautes commises par lui dans l'exercice de cette fonction. De même n'existe aucun droit reconnu à la société d'agir contre le chef d'entreprise qui par ses fautes de gestion aura anéanti tout un bassin d'emploi par des licenciements massifs.* » : R. BEAUJOLIN-BELLET et J.-Y. KERBOUC'H, *La notation sociale des entreprises*, SSL 28 octobre 2002, n° 1095, p. 85.

²⁶⁹⁰ Les règles déontologiques énoncées dans les chartes et autres « *petits opuscules au nom évocateur* » ne peuvent pas prétendre au qualificatif, « *certes médiatique* », d'« *éthique d'entreprise* ». Mais les primes ne suffisent plus à mobiliser les salariés et « *la charte éthique apporte un supplément d'âme qui peut jouer un rôle déterminant dans la fidélisation du personnel* » : J.-E. RAY, *Droit du travail et règles morales*, in *Éthique, déontologie et gestion de l'entreprise*, dir. H. de la BRUSLERIE, Economica, 1992, p. 102-103. Monsieur Serge Schweitzer considère que « *la RSE était au mieux une supercherie, au pire une escroquerie, dans tous les cas une erreur intellectuelle* ». Elle serait « *une boîte à outils forgée par ceux, et à l'usage de ceux qui n'ont pas*

acceptant qu'un tel comportement ne soit pas seulement dicté par des raisons morales²⁶⁹¹ mais qu'il puisse être intéressé²⁶⁹². En tout état de cause, « *l'effectivité se mesure par le comportement suivi, et non par les motivations de ce comportement* »²⁶⁹³.

433. L'éthique en pratique. La notion de conscience éthique comprend bien sûr cette notion de RSE mais elle est plus large²⁶⁹⁴. Elle peut se manifester plus quotidiennement en interne²⁶⁹⁵, dans la gestion des ressources humaines²⁶⁹⁶, et dans le cadre plus ou moins

renoncé à mettre en cause le marché et l'ordre spontané, mais qui évidemment ne peuvent plus légitimement se revendiquer d'une économie du plan qui a échoué au-delà de toute mesure » : S. SCHWEITZER, *La responsabilité sociale de l'entreprise est-elle d'augmenter ses profits*, in *L'éthique de l'entrepreneur*, dir. J.-Y. NAUDET, Actes du XXI^e colloque d'éthique économique organisé à Aix-en-Provence le 19 et 20 juin 2014, Presses universitaires d'Aix Marseille (PUAM), 2015, p. 276, 280 et 288.

²⁶⁹¹ Il ne faut pas rejeter les qualificatifs d'« éthique », voire de « déontologique » car « *mêmes si les motivations sont éloignées de la morale, le seul fait qu'elles aient fait l'objet de déclarations de volonté en ce sens leur confère cette nature* » : S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, préf. B. TEYSSIÉ, LGDJ, 2000, p. 466. Certes, « *les facteurs qui influencent le comportement éthique ne sont pas spécifiquement moraux* » et « *il est souvent difficile de séparer, dans l'explication d'une action, les raisons morales des raisons non morales, par exemple économiques* » : A. ANQUETIL, *Le sens et la portée du concept d'intégrité pour l'éthique individuelle au sein de l'entreprise*, in *Éthique de l'entreprise, réalité ou illusion ?*, dir. A. ANQUETIL et al., L'Harmattan, 2010, p. 41. « *Même si des considérations commerciales peuvent se mêler à ce goût affiché pour l'éthique, nul ne saurait le regretter* » : B. TEYSSIÉ, *La vertu en droit du travail*, in *La vertu*, de J. FOYER et C. PUIGELIER, PUF, 2009, p. 337. « *Existe-t-il un lien entre éthique et performance ou bien l'entreprise peut-elle être performante sans éthique ? (...) Le lien n'a pas été formellement démontré, la difficulté essentielle réside dans le fait que la mesure de l'éthique est qualitative alors que la mesure de la performance est quantitative.* » : J. BALLEST, F. de BRY, A. CARIMENTRAND et P. JOLIVET, *L'entreprise et l'éthique*, Éditions du Seuil, 2^{ème} éd., 2011, p. 30. À propos des codes éthiques des entreprises multinationales : « *L'inflation du discours éthique risque fort, en effet, d'être le paravent d'intérêts ambigus. (...) Tous les engagements apparaissent en effet comme des moyens au service de la fin visée qu'est le succès économique du groupe. (...) Cela n'a certes rien de surprenant sur le plan de la stricte logique économique, mais fait apparaître clairement l'ambiguïté fondamentale de ce type de code.* » : C. RENOARD, *La responsabilité éthique des multinationales*, préf. L. SCHWEITZER, PUF, 2007, p. 42 et 45.

²⁶⁹² Ainsi, l'entreprise qui travaille de façon étroite avec un lycée technique, en y donnant des cours, en concluant des contrats de stage et de qualification, ainsi qu'en faisant suivre des formations en interne aux stagiaires, accomplit « *un acte éthique car tout en aidant l'école à améliorer sa pédagogie, l'entreprise peut orienter cette dernière vers ses besoins de compétences* ». En revanche, l'entreprise qui reçoit une classe d'école pour lui faire découvrir le fonctionnement de l'usine effectue « *un acte moral car bien qu'elle aide l'école à améliorer sa pédagogie, l'entreprise le fait sans attendre un retour quelconque ou celui-ci serait très indirect* ». Mais l'acte moral peut devenir éthique, à travers un « *affichage en tant que valeur, avec une communication structurée et adaptée, tant interne qu'externe, et avec un retour potentiel attendu* ». : F. CUEVAS et C. TEYSSÉDRE, *Éthique et morale : pratiques collectives et individuelles en entreprises*, in *Éthique et responsabilité sociale, 78 experts témoignent, Mélanges en l'honneur de Michel Joras*, dir. F. de BRY, J. IGALENS et J.-M. PERETTI, Éditions EMS, 2010, p. 211-215.

²⁶⁹³ P. DEUMIER, *La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux*, D. 2013, p. 1564.

²⁶⁹⁴ Monsieur Fred Seidel, Professeur de RSE et d'éthique des affaires à l'EM Lyon Business School, a déclaré à ce sujet que « *la RSE est une réponse à une attente ou une exigence sociale extérieure à l'entreprise, alors que l'éthique (...) n'est pas une réponse sociale, elle doit faire appel à des valeurs, des principes et des convictions et non pas à des principes de précaution. Elle ne doit pas recourir à un modèle imposé par l'environnement de l'entreprise* » : A. PORTELLA, *op. cit.*, p. 99.

²⁶⁹⁵ « *La RSE (...) ne fait aucune distinction entre les parties subordonnées à l'autorité de gestion et les autres, et considère que les salariés (ou les actionnaires) ne sont en définitive qu'une « partie prenante » parmi*

lointain²⁶⁹⁷ des pratiques commerciales²⁶⁹⁸. Pour résoudre les dilemmes qui se présentent²⁶⁹⁹, les parties constitutives de l'entreprise doivent d'abord se demander quelles sont les convictions qu'elles souhaitent mettre en avant et les valeurs qui doivent être privilégiées. Ensuite, pour que ces convictions donnent naissance aux comportements adéquats, il faut qu'elles soient partagées quasiment spontanément par le plus grand nombre²⁷⁰⁰, que chaque individu soit en mesure de s'interroger sur le sens de ses actes²⁷⁰¹ et, dans le même temps, qu'il puisse se reposer sur des prises de position de la structure à laquelle il appartient²⁷⁰².

d'autres. (...) la RSE fait disparaître la spécificité du contrat de travail comme celle du contrat de société ; (...). Au lieu de partir des responsabilités de l'autorité de gestion à l'égard de ceux qui la reconnaissent, la RSE fait de l'entreprise le résultat de pressions extérieures diverses » : B. SEGRESTIN et A. HATCHUEL, *op. cit.*, p. 83.

²⁶⁹⁶ Par exemple, est-il préférable de licencier un salarié de 45 ans incompetent, au risque de le condamner au chômage, ou de garder un poids mort ? Faut-il licencier un salarié malade dont les autres effectuent le travail ? Vaut-il mieux licencier 20 % de l'effectif maintenant ou prendre le risque de licencier la moitié de l'effectif dans deux ans ? : J. ROJOT, *Déontologie et gestion des ressources humaines*, in *Éthique, Déontologie et gestion de l'entreprise*, dir. H. de la BRUSLERIE, Economica, 1992, p. 117 et s, spéc. p. 123 et 124. Des questions similaires sont posées dans un autre ouvrage, plus récent, dans lequel les auteurs répondent qu'« *il n'existe pas de réponse éthique « clés en main », mais l'éthique doit permettre une réflexion raisonnable et humaine sur chacune des questions posées.* » : J. BALLETT, F. de BRY, A. CARIMENTRAND et P. JOLIVET, *op. cit.*, p. 172. Les questions éthiques suivantes peuvent aussi se poser : « *existe-t-il une cohérence potentielle entre les valeurs individuelles de la personne et l'éthique de l'entreprise ?* », « *quels sont les liens avec l'extérieur qui peuvent créer un conflit éthique ?* », « *l'éthique du candidat peut-elle être considérée comme un critère de recrutement ?* », « *dans quelles mesures l'éthique de la firme est-elle un moyen de communiquer les valeurs ?* » : C. DEJOUX, *Peut-on concilier éthique et management des ressources humaines*, in *L'impossible éthique des entreprises*, dir. A. BOYER, Éditions d'Organisation, 2002, p. 95 et s.

²⁶⁹⁷ Aussi, « *la RSE doit-elle forcément commencer à produire ses effets à plus de 6 000 kilomètres du siège social ?* » : J.-E. RAY, *Droit du travail et morale : aspects contemporains*, in *Droit et morale*, dir. D. FENOUILLET, F. DRUMMOND et D. BUREAU, Dalloz, 2011, p. 204.

²⁶⁹⁸ « *Ainsi, ces normes éthiques, au-delà de leur immense diversité, poursuivent toute l'ambition de subordonner l'activité économique à un certain nombre de finalités éthiques tendant à interdire certains domaines de la société marchande, à redresser des pratiques professionnelles abusives dont peuvent être victimes les consommateurs, les épargnants ou des pays du tiers monde, à bannir l'emploi de procédés incompatibles avec la morale commerciale ou financière, à suivre la morale entrepreneuriale, en un mot à restaurer la légitimité de l'économie de marché en ne l'abandonnant pas à ses pires déviations* » : B. OPPETIT, *Éthique et vie des affaires*, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 319, spéc. p. 331 ; *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 274.

²⁶⁹⁹ « *Que faire face aux dilemmes classiques de la casuistique, quand il n'existe de choix qu'entre des maux ou quand le choix du bien met en péril l'entreprise ?* » : A. CHAUVEAU et J.-J. ROSÉ, *L'entreprise responsable*, Éditions d'Organisation, 2003, p. 281.

²⁷⁰⁰ « *Il s'agit d'instaurer des normes, de contenu évolutif, tendant généralement à provoquer plus qu'à imposer une adhésion au type de comportement souhaité par la persuasion morale, exprimant la nécessité d'observer dans les pratiques professionnelles les exigences de loyauté, de transparence et de respect des partenaires qui, seules, valorisent et légitiment l'exercice de l'activité considérée* » : B. OPPETIT, *art. préc.*, p. 328.

²⁷⁰¹ Selon le Professeur Maurice Thévenet, « *le raisonnement éthique n'est pas aussi naturel que la marche, mais comment apprendre aux personnes à agir sans qu'elles ne s'interrogent sur le sens de leur action ?* » : M. THÉVENET, *Management et religion, La poule devant un couteau*, Revue internationale de psychologie, 2011/41, Vol. XVII, p. 27 et s.

²⁷⁰² En pratique, il y des cas où l'individu au travail doit décider seul, avec sa conscience, de l'attitude à adopter. Tel est le cas des directeurs d'agences d'intérim Adecco, auxquels la police ou la gendarmerie demande de convoquer des personnes suspectées d'être en situation irrégulière, en détenant de faux papiers. L'un d'entre eux

Enfin, il est crucial d'éviter les contradictions entre les principes et les actes. Ainsi, il peut être quelque peu perturbant d'apprendre que, de l'autre côté de l'Atlantique, la gestion des ressources humaines de la société Enron reposait sur la devise « *Intégrité et Excellence* » et sur un code moral, publié en juillet 2000²⁷⁰³, avant sa banqueroute frauduleuse.

434. Réconcilier Freeman et Friedman. L'éthique devient un véritable enjeu pour les entreprises²⁷⁰⁴ et, sans les dénaturer, doit les rendre capables de concilier la recherche de la rentabilité et celle de l'amélioration sociale, comme le révèle l'exemple précité du mécénat²⁷⁰⁵. En d'autres termes, il s'agit de démontrer que la thèse de R. Edward Freeman, en vertu de laquelle il est nécessaire de prendre en compte les attentes des parties prenantes ou « *stakeholders* »²⁷⁰⁶, et la thèse de Milton Friedman, selon laquelle le devoir de l'entreprise

a invité les intéressés à venir à l'agence retirer un cadeau, afin qu'il soit procédé à leur arrestation. Mais, à la suite de cet épisode, la moitié de l'effectif de l'agence a arrêté le travail pendant une semaine, celle-ci a été envahie par des ONG et des associations, et le directeur a finalement démissionné. Un autre directeur d'agence a choisi d'opposer un refus aux forces de l'ordre et a été mis en garde à vue. Dès lors, « *quelle est la bonne posture ?* ». Ces cas ont été décrits par Monsieur Jean-François Connan, alors directeur du développement durable et de l'insertion sociale chez Adecco : « *La réponse juridique est évidente : nous disposons d'un corpus de textes très précis qui permettent de prendre position. Mais ce que les salariés de l'entreprise exigent, ce n'est pas une réponse technique mais bien une posture de l'entreprise sur le sujet. Que soit précisé le sens de notre relation aux intérimaires et à la loi dans ce type de conflit. (...) L'avis du Comité d'éthique se situe dans le respect de la loi parce qu'il existe des injonctions – qui ne permettent pas de se situer dans l'obstruction pure sinon on se met soi-même en porte-à-faux –, mais évite de se placer dans l'activisme policier, ce qui signifie : pas de registre sur ce point.* » : J.-F. CONNAN, *L'Éthique et la responsabilité*, in *Éthique de l'entreprise, réalité ou illusion ?*, dir. A. ANQUETIL et al., L'Harmattan, 2010, p. 59-60.

²⁷⁰³ Pour approfondir ce sujet : J.-J. PLUCHART, *L'éthique des affaires : portée et limites de l'approche fonctionnaliste, L'étude du cas Enron*, La Revue des Sciences de Gestion 2005, vol. 216, n° 6, p. 17. L'exemple d'Enron est cité par : M. MARZANO, *L'éthique appliquée*, PUF, Que sais-je, 2^{ème} éd., 2012, p. 121-122.

²⁷⁰⁴ « *En définitive, replacé dans son contexte, l'éthique n'apparaît pas seulement comme un mensonge publicitaire mais comme un enjeu majeur pour les entreprises* » : A.-B. CAIRE, *art. préc.*, p. 139. L'éthique est devenue « *un enjeu central pour nombre d'entreprises* » qui promeuvent désormais « *les valeurs les plus nobles* » : M. LALLEMENT, *op. cit.*, p. 227.

²⁷⁰⁵ « *Bien évidemment, pour pouvoir être généreux, l'entrepreneur doit d'abord dégager de la marge, assurer la rentabilité de sa société. La générosité est compatible avec un business modèle rentable, mais pour s'inscrire dans la durée la générosité est bien souvent « éclairée ». C'est-à-dire qu'elle connaît son intérêt. On parle de stratégie de philanthropie. (...) les entreprises reçoivent indirectement des retours stratégiques. D'abord l'avantage de 60% de réduction d'impôt sur les sociétés (IS) sur les sommes versées. Ensuite un retour en termes d'image car l'entrepreneur affiche ses valeurs et celles de sa société (...). Enfin, le mécénat est une manière de nourrir la culture d'entreprise en infusant les valeurs jusqu'aux salariés. Il en résulte une fidélisation, une fierté d'appartenance parfois.* » : C. DÉROT, *Le mécénat, un choix éthique de l'entrepreneur ?*, in *L'éthique de l'entrepreneur*, *op. cit.*, p. 213.

²⁷⁰⁶ Sur la définition des parties prenantes : cf. *infra* n° 431 (fin du §). Sur une critique de cette théorie : « *L'idée est que les managers perdront leur pouvoir s'ils ne l'exercent pas de façon jugée responsable par la société tout en insistant sur la dérégulation et le plus faible contrôle des entreprises par les États – la régulation des relations entre l'entreprise et ses parties prenantes devant être le fait de l'entreprise elle-même. (...) Cette théorie se veut pragmatique et réaliste (...). Elle est toutefois elle aussi fortement ambiguë, ce que souligne d'emblée son appellation : parler de stakeholders (par référence aux shareholders – aux actionnaires) est*

est de faire des profits²⁷⁰⁷, ne sont sans doute pas irréconciliables²⁷⁰⁸. À ce titre, il faut d'abord étudier le rayonnement de la conscience éthique au sein de la collectivité de travail, constituée par les parties au contrat de travail (**Section 1**). Ensuite, il faut élargir le champ d'étude, pour prendre en considération l'ensemble des parties prenantes, même celles qui seraient extérieures à l'entreprise (**Section 2**) car, *in fine*, ce rayonnement externe a des conséquences sur le déroulement du travail en interne.

toujours une manière de réserver une place centrale à la vision de l'entreprise et à ses intérêts. Rien ne garantit que les parties prenantes seront considérées autrement que comme un moyen pour l'entreprise d'améliorer son résultat. » : C. RENOARD, *op. cit.*, p. 143-144.

²⁷⁰⁷ cf. *supra* n° 295 et note n° 1717.

²⁷⁰⁸ « Selon la théorie néo-classique à laquelle il adhère, cette maximisation va entraîner à son tour du bien-être social ». « Sans faire l'apologie du libéralisme à laquelle Milton Friedman se livre précisément dans son ouvrage *Capitalisme et liberté*, on peut constater que le respect des droits de l'Homme – ou tout au moins du rôle qu'on leur accorde – est plus important dans les États ayant une telle économie » : A.-B. CAIRE, *art. préc.*, p. 141.

Section 1 : Le rayonnement interne de la conscience éthique

435. La construction d'une conscience éthique digne de ce nom passe par la participation de la collectivité de travail à la définition des convictions à défendre (§1) et par le contrôle de l'adéquation des comportements à ces convictions (§2).

§ 1 : La définition collective de la conscience

436. Le dialogue social, en plus d'être l'un des acquis majeurs du droit du travail, est aussi un outil éthique par nature (I), mais encore faut-il qu'il puisse être couronné de succès et aboutir à accord (II).

I : Le caractère théoriquement éthique du dialogue social

437. L'intérêt d'une définition collective. L'éthique d'entreprise est, encore aujourd'hui, symbolisée par la charte éthique ou le code de bonne conduite²⁷⁰⁹, qui est souvent l'œuvre de l'équipe dirigeante²⁷¹⁰, avec parfois l'aide d'un consultant²⁷¹¹ ou la collaboration de certains cadres, qui se seraient réunis à plusieurs reprises dans le cadre d'un groupe de travail²⁷¹². Cet

²⁷⁰⁹ « Nous définirons le code éthique comme un document écrit, énonçant les valeurs, les normes, les références que l'entreprise veut voir appliquer aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur. Incitatif (à dominante culturelle) ou coercitif (à dominante disciplinaire), il a le mérite d'attirer l'attention du personnel de l'organisation, mais aussi de l'ensemble des parties prenantes sur le fait que la performance économique ne s'obtient pas à n'importe quel prix, que la fin ne justifie pas toujours les moyens ». « En France, le code le plus ancien date de 1977 : il s'agit des « Principes d'action » des Ciments Lafarge, société dirigée par O. Lecerf. » : J. BALLET, F. de BRY, A. CARIMENTRAND et P. JOLIVET, *op. cit.*, p. 316.

²⁷¹⁰ « L'éthique est de même imposée du fait de la subordination salariale plus que librement débattue. Certes le personnel est réuni et des discussions ont lieu. Cependant, les raisons profondes qui conduisent à de telles chartes sont rarement dévoilées et ne sont pas du ressort des salariés (on a pu constater tant dans les sociétés que les associations une floraison de chartes d'éthique suite aux poursuites pénales de dirigeants). La recherche marketing d'investisseurs potentiels est aussi souvent fréquente. » : J. DELGA, *De l'éthique d'entreprise et de son cynisme*, D. 2004, p. 3126.

²⁷¹¹ À propos de la Compagnie générale des eaux : « Impliquée, en effet, dans une affaire de corruption à La Réunion, elle a annoncé quelques jours plus tard – le 15 septembre 1994 – la mise en place d'un comité de déontologie animé par Philippe Waquet, conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation, chargé de mission auprès de Guy Dejouany, président de la compagnie. M. Waquet a été chargé d'apprécier l'évolution des rapports entre le monde de l'entreprise et du droit, et de rédiger une charte-guide de déontologie pour aider le personnel du groupe dans son travail » : F. OSMAN, *Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit*, RTD civ. 1995, p. 509.

²⁷¹² Par exemple, la charte éthique de 2007 du groupe L'Oréal « est le résultat d'une consultation à l'échelle mondiale », « des groupes de travail ont été formés dans chaque grande zone géographique (Asie, Amérique du Nord, Amérique Latine, Europe) », en incluant « des jeunes managers de 22 nationalités qui pourraient un jour

ouvrage est ensuite diffusé à l'ensemble du personnel et, éventuellement, explicité à l'occasion de réunions ou de formations spécifiques²⁷¹³. Le risque majeur d'une telle formalisation unilatérale et verticale de l'éthique est de mettre en veille les consciences des individus composant la collectivité de travail, quel que soit leur statut²⁷¹⁴. Dans une situation de subordination et de crainte omniprésente du chômage, il apparaît plus facile pour les travailleurs de suivre la ligne de conduite éthique de l'entreprise plutôt que la voix de leur conscience morale. Ces derniers pourraient alors être tentés d'obéir servilement, de respecter la règle²⁷¹⁵ sans prendre de recul²⁷¹⁶. Dès lors, pour éviter un tel risque, la démarche éthique

compter parmi nos dirigeants » : E. LULIN, *La démarche éthique de L'Oréal*, Cahiers de droit de l'entreprise 2011, n° 5, p. 23.

²⁷¹³ Le Conseil de prud'hommes de Lille a annulé l'avertissement disciplinaire adressé à un salarié, par ailleurs délégué syndical, qui avait refusé d'effectuer une formation en ligne, consistant à répondre à des questions à choix multiples et qu'il faut recommencer tant que le salarié n'a pas répondu correctement. Les juges ont qualifié la formation de « *dogmatique* », sans « *aucune discussion possible* » et « *entièrement tourné vers l'adhésion finale du salarié* » : Cons. prud'h. Lille, 31 janvier 2011, n° F 10-00229. Comme le relève le Professeur Christophe Collard, si ce type de mécanisme, sans constituer une authentique formation, pourrait néanmoins relever du pouvoir de direction, il faut donner raison aux juges d'avoir considéré que l'objectif de diffusion de l'éthique « *s'accommode mal du dogmatique, du péremptoire, de l'infantilisant* » : C. COLLARD, *Confrontation du code éthique à la loi nationale, Les dangers de la traduction littérale d'un code venu d'ailleurs*, Cahiers de droit de l'entreprise 2011, n°5, p. 36.

²⁷¹⁴ Cela pourrait « *conduire à une trop grande conformité des comportements* » et « *enlever aux acteurs toute responsabilité personnelle* », les collaborateurs n'étant « *pas incités à mobiliser leur conscience éthique pour respecter l'esprit de cette formalisation dans des situations où ils disposent d'une certaine marge de manœuvre* » : S. MERCIER, *L'éthique dans les entreprises*, Éditions La Découverte, 3^{ème} éd., 2014, p. 105. « *Les codes d'éthique, qui d'une certaine manière s'apparentent à des règlements intérieurs, rétrécissent souvent les droits et l'autonomie des salariés sans que ces derniers en prennent toujours conscience.* » : J. DELGA, *art. préc.*, p. 3126. Pour une point de vue plus optimiste : Face à ceux qui craignent que ces instruments « *occultent la conscience individuelle, conduisant à un retour à la morale des interdits et de la casuistique* », le Professeur Philippe Le Tourneau rétorque que « *s'il est vrai que les textes en question posent des prescriptions parfois précises, ils ne sauraient supprimer l'appel de la conscience en complément et pour le surplus* » : Ph. Le TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Essai, Dalloz, Dunod, 2000, p. 70. Pour un point de vue à peine plus nuancé : « *l'homme n'adhère vraiment qu'à ce qu'il a librement consenti ; (...). La situation du salarié dans l'entreprise peut être analysée comme une situation de « soumission librement consentie » (...). Ainsi, lorsque l'organisation tente de développer un consensus autour d'un projet partagé, elle utilise ces pratiques psychologiques qui permettent d'obtenir la soumission de ses acteurs, c'est-à-dire l'adhésion à ce projet, tout en déclarant aux salariés qu'ils sont libres de s'engager ou non. (...) Les chartes éthiques constituent un bon exemple de cette « soumission librement consentie ». Elles indiquent aux salariés comment ils doivent se comporter pour respecter les valeurs de l'entreprise auxquelles ils ne peuvent qu'adhérer* » : J. BALLEST, F. de BRY, A. CARIMENTRAND et P. JOLIVET, *op. cit.*, p. 200-202. Certaines chartes font d'ailleurs référence au sens personnel de l'éthique du collaborateur, comme la préface de la charte d'IBM de 2001 (« *Bien se comporter commence avec la simple honnêteté et l'intégrité de chacun des collaborateurs d'IBM (...). Plus que jamais, la façon dont les autres vous perçoivent et interprètent vos actions dépend aussi de votre bon sens et de votre vigilance* ») : A. GUILLARD et J. ROUSSEL, *L'analyse économique de l'éthique : un succès en trompe l'œil ?*, in *Éthique et responsabilité sociale, 78 experts témoignent, Mélanges en l'honneur de Michel Joras*, dir. F. de BRY, J. IGALENS et J.-M. PERETTI, Éditions EMS, 2010, p. 101-102.

²⁷¹⁵ « *Il serait possible de transposer à cet égard l'analyse faite pour la doctrine administrative, selon laquelle un fonctionnaire attend d'avoir reçu la circulaire pour appliquer la loi pourtant déjà en vigueur* » : P. DEUMIER, *La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux*, D. 2013, p. 1564 ; citant : « *Dans les faits, un fonctionnaire attend d'avoir reçu la circulaire adéquate pour faire application des*

doit élargir le cercle de décision²⁷¹⁷ et être collective. Elle doit être le fruit d'une concertation entre partenaires sociaux, car c'est de là que naîtront les meilleures règles éthiques²⁷¹⁸.

438. L'éthique du contenu. En 2001, dans le cadre de la commission « *Place et effets de la déontologie dans l'entreprise* » créée par l'Observatoire sur la Responsabilité Sociétale des Entreprises, quatre grandes confédérations syndicales de salariés – la CGT, la CFDT, FO et la CFE-CGC – avaient accepté de faire part de leur avis sur ce sujet²⁷¹⁹. Cette démarche avait été saluée par la commission car elle avait lieu à une époque où la question, sortant du champ habituel du dialogue social, semblait encore embarrasser certains partenaires sociaux²⁷²⁰. Pourtant, la définition même du dialogue social²⁷²¹ semble en harmonie avec l'éthique, avec

dispositions législatives ou réglementaires, qui pourtant sont déjà en vigueur » : R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15^e éd., 2001, p. 513. Sur ce sujet : J.-M. OLIVIER, *Les sources administratives du droit privé*, dir. G. DURRY, thèse dactylographiée, Université Paris II, 1981, *passim spéc.* p. 507 et s., n° 288 et s.

²⁷¹⁶ « *Le respect de la loi est essentiel, mais ce respect ne doit pas être servile, il doit être le résultat d'une adhésion et d'une responsabilité assumées* » : F. VERDUN, *Le management stratégique des risques juridiques*, LexisNexis, 2013, p. 213. La démarche éthique ne doit pas résulter d'« un comportement individuel d'obéissance » car « *les capacités de raisonnement éthique ne s'acquièrent que par des processus d'apprentissage* ». « *L'obéissance n'apparaît souvent que pour éviter des sanctions plutôt que comme résultante d'une croyance dans le bien-fondé des exigences formalisées. (...) L'éthique est davantage un processus qu'un produit, elle doit procéder d'un sentiment partagé. (...) L'entreprise se doit donc de formaliser un cadre de référence orientant les comportements (et réduisant leur imprévisibilité) tout en laissant une marge de réflexion à ses collaborateurs afin qu'ils puissent mobiliser leur propre conscience éthique.* » : S. MERCIER, *op. cit.*, p. 105. Pour Monsieur Emmanuel Lulin, Directeur de l'éthique du groupe L'Oréal, il faut « *créer une culture de responsabilité qui fait en sorte que le respect de la loi est une chose naturelle* » car « *faire appel à l'intelligence de ses collaborateurs, plutôt qu'à leur obéissance est plus respectueux et plus pérenne* » : E. LULIN, *op. cit.*, p. 22.

²⁷¹⁷ M. de NANTEUIL, *Rendre justice au travail, Éthique et politique dans les organisations*, PUF, 2016, p. 129 et s.

²⁷¹⁸ « *Les meilleurs codes éthiques sont ceux qui, (...), auront été élaborés en concertation avec le personnel, au sein d'une commission éthique, puis mis en place avec une large information pour mobiliser les salariés autour du respect de leurs règles, dont ils auront compris la finalité* » : Ph. Le TOURNEAU, *op. cit.*, p. 70.

²⁷¹⁹ Si le titre de la commission fait référence à la déontologie, le contenu des discussions concernait en réalité l'éthique d'entreprise.

²⁷²⁰ En 2003, Monsieur Yves Medina écrivait que « *de ce point de vue, la prise de conscience de leurs responsabilités sociétales par les entreprises et leur volonté d'y faire face n'a pas encore eu, en France, la réponse qu'elle mérite de la part des responsables syndicaux, soit qu'ils s'en méfient, soit qu'ils n'y voient pas encore assez clair et que leur position, de ce fait, tarde à être arrêtée* » : Y. MEDINA, *La déontologie, ce qui va changer dans l'entreprise*, Éditions d'Organisation, 2003, p. 96.

²⁷²¹ « *Tel que défini par l'OIT, le dialogue social inclut tous types de négociation, de consultation ou simplement d'échange d'informations entre les représentants des gouvernements, des employeurs et des travailleurs selon des modalités diverses, sur des questions relatives à la politique économique et sociale présentant un intérêt commun. Il peut prendre la forme d'un processus tripartite auquel le gouvernement participe officiellement ou de relations bipartites entre les travailleurs et les chefs d'entreprise (ou les syndicats et les organisations d'employeurs), où le gouvernement peut éventuellement intervenir indirectement. (...) L'objectif principal du dialogue social en tant que tel est d'encourager la formulation d'un consensus entre les principaux acteurs du*

ses mécanismes de transmission de l'information de l'équipe dirigeante vers les représentants du personnel et le contenu « *donnant-donnant* » de la négociation collective, qui aspire à être le plus équitable possible²⁷²². Le nouvel accord de performance collective pourrait très bien illustrer cette situation puisque, en théorie, il peut être demandé aux dirigeants salariés, aux mandataires sociaux et aux actionnaires de fournir « *des efforts proportionnés à ceux demandés aux autres salariés* »²⁷²³. Ces efforts sont susceptibles de prendre la forme d'une diminution de la rémunération des dirigeants salariés ou d'une diminution des dividendes versés aux actionnaires. Mais il faudrait aussi permettre des compensations telles que « *l'attribution d'actions aux personnels* », « *la participation aux bénéfices futurs ou une créance à payer en période plus prospère (même si un salarié n'est plus dans l'entreprise)* »²⁷²⁴. Bien que ce contenu soit facultatif²⁷²⁵ et que la proportion des efforts ne soit pas toujours simple à concevoir²⁷²⁶, la mise en œuvre d'une telle possibilité serait révélatrice de la volonté d'une entreprise de parvenir à un compromis par le dialogue.

monde du travail ainsi que leur participation démocratique. » : <http://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/social-dialogue/lang--fr/index.htm>

²⁷²² « *Le dialogue avec les parties prenantes internes que sont les salariés, ce que l'on nomme dialogue social, peut constituer un facteur de conformité dans l'entreprise* », il est « *l'expression d'un dialogue interne, d'un rapport de force qui vise à définir la répartition des richesses produites par le travail, ainsi qu'à obtenir l'application la plus favorable possible des droits légaux et conventionnels consentis aux salariés* » : F. VERDUN, *op. cit.*, p. 114.

²⁷²³ C. trav., art. L. 2254-2 modifié par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018. Ce mécanisme existait déjà pour les accords de préservation ou de développement de l'emploi (au même article) ainsi que pour les accords de maintien dans l'emploi : C. trav., anc. art. L. 5125-1 II en vigueur entre le 17 juin 2013 et le 24 septembre 2017.

²⁷²⁴ « *L'application d'un tel principe de solidarité n'est évidemment pas facile, mais l'enjeu est de taille. Il s'agit de reconstruire l'entreprise en prenant acte des effets des décisions d'une autorité de gestion sur le devenir des individus.* » : B. SEGRESTIN et A. HATCHUEL, *Refonder l'entreprise*, Éditions du Seuil et la République des Idées, 2012, p. 103.

²⁷²⁵ « *Mais ici, il ne s'agit que d'une simple faculté pour l'accord de prévoir ces dispositions* » : F. DUMONT, *Préserver l'emploi : effet d'annonce pour des mesures discutables*, JCP S 2016, 1304.

²⁷²⁶ « *Si on imagine sans mal en quoi peuvent consister les « efforts proportionnés » des mandataires et dirigeants salariés dès lors que ceux demandés aux salariés prennent la forme d'une diminution de rémunération, on a plus de difficulté à en apprécier la teneur lorsque les efforts demandés aux salariés prendront la forme d'un seul aménagement de la durée du travail* » : S. BÉAL, *Les accords de maintien de l'emploi en quête de sécurité juridique*, SSL 2013, n° 1592.

439. L'éthique de la procédure. Le dialogue social permet de faire participer les travailleurs – au moins par le biais de leurs représentants²⁷²⁷ – aux débats autour du choix des valeurs de l'entreprise²⁷²⁸ et à « *la façon dont les richesses sont produites* »²⁷²⁹. Ils peuvent ainsi exprimer leurs doutes, leurs espoirs et les conditions de leur adhésion²⁷³⁰. D'une part, cette participation constitue un remède contre l'effacement des consciences individuelles, en favorisant, au contraire, l'adhésion des travailleurs aux principes retenus et le sentiment de responsabilité face à leur mise en application. D'autre part, elle répond aux critiques d'une éthique purement cosmétique²⁷³¹. Par conséquent, le déroulement du dialogue social se doit d'être lui-même éthique, l'employeur devant « *rechercher à tout prix l'équilibre des pouvoirs dans la négociation, un comportement de bonne foi des acteurs sociaux, l'exécution loyale de la convention* »²⁷³². Si le niveau de l'entreprise paraît intuitivement devoir être privilégié pour élaborer de concert une éthique entre les parties prenantes internes, il faut réfléchir au niveau le plus approprié et ne pas oublier « *celui des chaînes d'approvisionnement et de production, et celui des territoires* »²⁷³³. Le plus important est de créer un « *espace de discussion* »²⁷³⁴, au

²⁷²⁷ Mais le processus choisi par l'employeur peut aussi les léser : « *Il faut noter que les organisations syndicales et les instances représentatives sont associées de manière très variable à ces démarches. (...) Il demeure que les formes et modalités de cette participation sont laissées au bon vouloir des directions qui peuvent, si elles le souhaitent, court-circuiter les élus et les syndicats en s'adressant directement aux salariés.* » : F. MEYER, *La responsabilité sociale de l'entreprise : un concept juridique ?*, Dr. ouvr. 2005, p. 185, spéc. 192.

²⁷²⁸ « *Il semble que les salariés accueillent d'autant mieux le document qu'ils ont participé à son élaboration (processus démocratique) (...). On peut considérer qu'un code est efficace dans l'entreprise à partir du moment où il existe une cohérence entre l'éthique formelle et informelle et où la participation des salariés est importante.* » : J. BALLE, F. de BRY, A. CARIMENTRAND et P. JOLIVET, *L'entreprise et l'éthique*, Éditions du Seuil, 2^{ème} éd., 2011, p. 341.

²⁷²⁹ I. DESBARATS, *RSE et dialogue social : variations autour du principe de participation*, RLDA 2010, 52.

²⁷³⁰ Comme l'énonce Edgar Morin, « *c'est en l'individu que se situe la décision éthique ; c'est à lui d'élire ses valeurs et ses finalités* » : E. MORIN, *La Méthode*, 6. *Éthique*, Éditions du Seuil, 2004, p. 29.

²⁷³¹ « *Les démarches éthiques qui marchent le mieux naissent d'un travail collectif interne à l'entreprise : elles ne se réduisent pas au choix de quelques concepts imposés par un cercle de dirigeants* » : F. CARDOT, *Ouverture*, in *Éthique de l'entreprise, réalité ou illusion ?*, dir. A. ANQUETIL et al., L'Harmattan, 2010, p. 28. Dans un autre ouvrage, le même auteur écrit : « *pour être mis en œuvre quotidiennement et dépasser le discours d'affichage dans valeurs, l'éthique d'entreprise doit se fonder sur le dialogue (...) l'éthique de la discussion naît du débat avec les parties prenantes internes et externes* » : F. CARDOT, *L'éthique d'entreprise*, Que sais-je ?, PUF 2006, p. 71.

²⁷³² Y. MEDINA, *La déontologie, ce qui va changer dans l'entreprise*, Éditions d'Organisation, 2003, p. 160. « *Pour créer les conditions d'un dialogue social de qualité, dans le cadre des négociations, il est important que les parties aient le même niveau d'information sur les sujets à négocier* ». Cela passe par des formations, une démarche de diagnostic via un agenda social, des réflexions sur l'avenir de l'entreprise avec la création d'un observatoire des métiers ou d'un comité paritaire stratégique, un accord de méthode sur la manière d'éviter les conflits ou de les résoudre, par la facilitation de prise de mandat et par la reconnaissance des acquis professionnels pendant celui-ci : A. PORTELLA, *L'éthique en entreprise*, Studyrama-Vocatis, 2010, p. 71-72.

²⁷³³ À propos de la négociation collective portant – non pas sur l'éthique en particulier mais – sur le sens et le contenu du travail : « *De telles négociations permettraient de tenir compte des intérêts spécifiques des entrepreneurs dépendants, qui peuvent rejoindre ceux de leurs salariés vis-à-vis des entreprises dont ils dépendent. Ou encore d'impliquer toutes les parties prenantes intéressées au dynamisme d'une région. Ici encore, le face-à-face employeur-salarié au sein d'une entreprise ou d'une branche n'est plus adéquat et*

sein duquel l'intervention de tiers doit elle-même être débattue²⁷³⁵. Ce processus formerait un cercle vertueux puisque « *la signature d'accords améliore le climat social, lui-même ratio économique* », si bien que « *la volonté de conclure contribue donc à la quête d'intérêt de l'entreprise* »²⁷³⁶. Enfin, cette procédure négociée d'élaboration de la norme éthique peut être à l'origine de la validité de cette norme, comme l'explique le philosophe Jürgen Habermas dans son ouvrage « *De l'éthique de la discussion* »²⁷³⁷, ainsi qu'un autre philosophe, Paul Ricœur, à travers ses « *désaccords raisonnables* »²⁷³⁸. Cette idée a également été développée

exigerait la présence d'autres acteurs autour de la table des négociations. » : A. SUPIOT, *Pour une réforme digne de ce nom, Et si l'on refondait le droit du travail*, Le Monde diplomatique, octobre 2017, p. 1, 22 et 23.

²⁷³⁴ Selon Habermas, c'est « *un espace où se développe une forme particulière de communication caractérisée par l'argumentation* » : J. HABERMAS, *Théories relatives à la vérité*, in *Logique des sciences sociales et autres essais*, PUF 1987 ; cité par : M. CARON et P.-Y. VERKINDT, *Laisser sa chance à l'intelligence collective dans l'entreprise, Regards sur les rapports entre l'expertise et les instances de représentation du personnel*, Dr. social 2009, p. 425. « *La question de la création ou de la revitalisation des espaces de discussion est donc centrale en ce qu'ils permettent d'assurer une passerelle entre le ressenti (individuel) et l'organisation (collective) du travail. Sous cet angle, les dispositions de l'article 12 de l'accord du 19 juin 2013 sur la qualité de vie prennent tout leur sens. Sans se substituer aux organes de représentation du personnel, les groupes de travail entre salariés d'une entité homogène de production ou d'un service ainsi que les restitutions des discussions pourraient fournir à l'employeur des éléments de réflexion sur, d'une part, d'éventuelles évolutions de l'organisation du travail tournée vers davantage d'autonomie et, d'autre part, le rôle et les moyens du management.* » : S. FANTONI et P.-Y. VERKINDT, *Charge de travail et qualité de vie au travail*, Dr. soc. 2015, p. 106.

²⁷³⁵ Les acteurs externes experts de ces questions peuvent être tentés de prendre parti dans les négociations, leur intervention doit être débattue entre les représentants du personnel et ceux de la direction car le dialogue social doit rester de leur compétence exclusive : A. PORTELLA, *op. cit.*, p. 70.

²⁷³⁶ Y. MEDINA, *La déontologie, ce qui va changer dans l'entreprise*, Éditions d'Organisation, 2003, p. 160.

²⁷³⁷ « *Le droit collectif du travail (...) devient ainsi la parfaite illustration d'un droit trouvant la légitimité de ses propres normes tant dans l'expression de procédures qui président à la production des normes juridiques conformes à la raison en elles-mêmes et dans la manière dont elles sont menées (forme du droit) que dans l'insertion au sein de la règle légale de principes moraux indispensables à l'établissement d'une norme sociale acceptable pour tous (contenu du droit). En pratique, cette idée peut être représentée par l'importance du contenu du droit, assuré légitime, car élaboré dans des conditions assurant une éthique de la discussion.* » : D. GAIRE-SIMONNEAU, *Les mutations du droit contemporain des relations collectives de travail, Pour une lecture habermassienne du droit du travail*, préf. P.-Y. VERKINDT, LGDJ, Lextenso éditions, 2016, p. 25. Voir aussi : J. HABERMAS, *De l'éthique de la discussion*, Flammarion, 2013. Sur la distinction entre l'éthique de la discussion, et la négociation : « *L'originalité de cette éthique de la discussion réside dans la constitution de normes morales à partir d'un dialogue établissant un consensus sur ce qu'il convient de faire. (...) Cette procédure est donc indépendante du contenu particulier auquel elle est susceptible de s'appliquer. (...) Cette discussion ne se réalise pas sous la pression d'une recherche absolue de consensus. Elle se différencie de la négociation. Elle est la recherche coopérative de l'universalité, d'un intérêt commun et s'oppose en cela à la négociation en tant que compromis entre des intérêts divergents* » : J. BALLEET, F. de BRY, A. CARIMENTRAND et P. JOLIVET, *op. cit.*, p. 235.

²⁷³⁸ À travers l'éthique d'entreprise, « *on ne cherche donc plus ce qu'est la vie bonne mais on cherche quelles sont les valeurs, et pour l'entreprise, quelles sont les valeurs du collectif au travail et à quelles conditions les valeurs que nous avons choisies, c'est-à-dire les normes que nous nous sommes données sont valides. Ainsi, une éthique d'entreprise correctement menée doit donner les garanties de la validité du choix de ces normes. Comment y parvenir ? À travers le dialogue, la discussion et le débat ! La décision pertinente, celle que l'on pourra qualifier d'éthique, surgit d'un débat. Débat dans l'entreprise (...) Elle naît, nous dit Paul Ricœur, de « désaccords raisonnables » car les points de vue sont différents et il s'agit de chercher ensemble une synthèse pertinente* » : F. CARDOT, *Ouverture*, in *Éthique de l'entreprise, réalité ou illusion ?*, dir. A. ANQUETIL et al., L'Harmattan, 2010, p. 25-26.

par Monsieur Stéphane Darmaisin dans sa thèse lorsqu'il considère que la formule de l'accord négocié est la plus aboutie car « *le contrat moral* » est alors « *le fruit d'une réflexion collective ce qui renforce sa légitimité* » et « *la manifestation d'une véritable prise de conscience* »²⁷³⁹. Pour le Professeur Christophe Dejours, l'activité de construction de normes – ou « *activité déontique* » – « *est au principe même de l'apprentissage démocratique* » et permet que « *travailler* » ne rime plus seulement avec « *produire* » mais aussi avec « *apprendre à vivre ensemble* »²⁷⁴⁰.

II : Les exemples concrets d'accords collectifs en matière d'éthique

440. L'état des lieux. L'instauration d'une véritable négociation portant sur l'éthique dans l'entreprise semble être le meilleur instrument pour répondre à une crise de valeurs ou, au mieux, pour la prévenir²⁷⁴¹. Mais, en pratique, « *les normes éthiques ne sont que rarement – voire jamais – conclues conformément aux conditions de validité des actes négociés* »²⁷⁴². Dans le meilleur des cas, il est possible de trouver des exemples de concertations auxquelles ont été associés les collaborateurs²⁷⁴³. Ce constat avait déjà été réalisé par le Professeur Paul-Henri Antonmattéi et Monsieur Philippe Vivien dans leur rapport de 2007 sur le sujet²⁷⁴⁴. À

²⁷³⁹ S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, préf. B. TEYSSIÉ, LGDJ, 2000, p. 466.

²⁷⁴⁰ Les règles de travail « *ne se réduisent pas aux prescriptions de l'organisation du travail, elles sont élaborées et remaniées par le collectif lui-même, de telle sorte que les travailleurs sont à la fois les auteurs et les destinataires des normes édictées. À l'inverse des prescriptions et consignes émanant de la hiérarchie, les règles représentent des principes d'action, communément acceptés, produits par ceux qui sont en première ligne face au réel. Elles imposent une autolimitation de l'activité, tout en étant porteuses des inclinations des membres du collectif. En somme, les règles de travail sont le produit d'accords normatifs, c'est-à-dire d'agrément sur ce qui est jugé valide, correct, juste ou légitime dans l'exercice d'une profession* » : C. DEJOURS, I. GERNET et D. ROLO, *La souffrance psychique au travail. Comprendre les enjeux de santé du rapport subjectif au travail*, in *Les risques du travail, Pour ne pas perdre sa vie à la gagner*, dir. A. THÉBAUD-MONY, Ph. DAVEZIES, L. VOGEL et S. VOLKOFF, La Découverte, 2^{ème} éd., 2015, p. 309.

²⁷⁴¹ « *L'accord collectif est certainement la meilleure formule. Si les partenaires sociaux se mettent d'accord sur un certain nombre d'objectifs à atteindre dans les comportements au cours du travail et au sein de l'entreprise, quelle meilleure garantie peut-on avoir de leur pertinence et de leur respect de l'autonomie nécessaire de chaque salarié, que la conclusion d'un accord collectif ? La légalité de celui-ci ou d'une de ses clauses peut toujours être contestée en justice par les représentants du personnel, par un syndicat, ou même par un salarié, au besoin par voie d'exception.* » : Ph. WAQUET, *Règlement intérieur, charte d'éthique et système d'alerte*, SSL 2007, n° 1328.

²⁷⁴² I. DESBARATS, *La RSE « à la française » : où en est-on ?*, Dr. soc. 2018, p. 525.

²⁷⁴³ Par exemple, les trois comportements essentiels attendus par le groupe ING sont « *la responsabilité, la collaboration et l'agilité* ». « *Ils ont été définis au niveau du groupe, en associant les collaborateurs réunis en comités de réflexion, précise Muriel Rocher. Notre rôle est de les mettre en œuvre et de les faire vivre dans nos modes de travail et nos processus RH* » : Le Parisien, *Les valeurs de l'entreprise : plus qu'un simple discours*, 7 février 2018.

²⁷⁴⁴ « *On comprend alors que l'élaboration des chartes donne rarement lieu en pratique à une négociation collective. L'hétérogénéité du contenu des chartes s'y oppose, l'objet de la négociation collective fixé par*

un niveau transnational, il est également possible de trouver des exemples d'accords conclus avec des organisations syndicales internationales, dont la portée juridique est moindre – à moins d'une transposition dans le cadre d'un accord collectif national²⁷⁴⁵ – mais qui peuvent néanmoins avoir des effets vertueux²⁷⁴⁶.

441. Les accords transnationaux avec des organisations syndicales. La première convention de ce genre a été signée par le groupe Danone et l'Union internationale des travailleurs de l'alimentation (UITA) en 1988. Depuis lors, d'autres accords de cette envergure ont vu le jour dont, par exemple²⁷⁴⁷, l'accord « *France Télécom* » du 21 décembre 2006 sur les droits sociaux fondamentaux. Celui-ci est intéressant car il concerne à la fois le choix des sous-traitants en fonction de critères tels que l'interdiction du travail des enfants, la santé des salariés, et la morale des dirigeants à travers la lutte contre la corruption. Ces principes sont assortis d'un mécanisme de suivi semestriel, dont les résultats doivent être transmis aux salariés du groupe²⁷⁴⁸. Plus récemment, un accord-cadre mondial a été conclu le

*l'article L. 131-1 du Code du travail étant trop étroit. La détermination des comportements fondés sur des valeurs éthiques pourrait en revanche y être rattachée, mais c'est le pouvoir de direction qui prime alors naturellement. Cette élaboration unilatérale est d'autant plus justifiée que la charte s'applique dans plusieurs pays. La volonté de ses promoteurs n'est pas d'en voir le contenu varier au gré des résultats d'une négociation collective. Il ne nous paraît pas opportun d'inciter ni, a fortiori, d'imposer une telle négociation. L'élaboration unilatérale des chartes n'exclut pas une concertation avec les représentants du personnel » : P.-H. ANTONMATTEI et Ph. VIVIEN, *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives*, Rapport au ministre délégué à l'Emploi, La Documentation française, 2007, p. 17.*

²⁷⁴⁵ La question de l'autorité juridique de ce type d'accord doit être tranchée selon la loi applicable. Si un tel accord relève de la loi française, encore faut-il qu'il ait été signé par une organisation syndicale représentative en France pour être qualifié d'accord collectif. À défaut, « *il ressortira, au mieux, du droit commun des contrats* ». « *Si les parties à l'accord veulent en garantir les effets, elles peuvent s'attacher à en assurer la transposition, dans chacun des pays concernés, par voie d'accords locaux* » : B. TEYSSIÉ, *La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe*, Dr. soc. 2005, p. 990. « *Afin de « sécuriser » leurs accords, les partenaires peuvent souhaiter en organiser la « transposition » dans chaque pays où il est susceptible d'être appliqué, l'entreprise dominante et/ou chacune des filiales concluant un accord collectif local.* ». L'auteur écrit également que la « *RSE* » « *peut également être considérée tant comme un instrument de performance sociale dans les pays développés que comme une réponse aux insuffisances des droits nationaux dans les pays en développement* » et qu'elle est alors un « *facteur de progrès social d'effectivité des normes sociales internationales* » : C. NEAU-LEDUC, *La responsabilité sociale de l'entreprise, quels enjeux juridiques ?*, Dr. soc. 2006, p. 952, spéc. p. 956 et 958.

²⁷⁴⁶ B. TEYSSIÉ, *La vertu en droit du travail*, in *La vertu*, de J. FOYER et C. PUIGELIER, PUF, 2009, p. 347.

²⁷⁴⁷ De nombreux exemples d'accords où l'entreprise ou le groupe affirme les « *principes constitutifs de son identité* » sont cités par : B. TEYSSIÉ, *art. préc.*, p. 989.

²⁷⁴⁸ Les signataires sont le président directeur général de France Télécom, l'Union Network International (une fédération syndicale mondiale dans le domaine des télécommunications), l'Alliance syndicale mondiale France Télécom (qui représente les syndicats présents dans le groupe dans le monde), la CGT, la CFDT et la CGT-FO : C. SACHS-DURAND, *Commentaire de l'accord France Télécom du 21 décembre 2006 sur les droits sociaux fondamentaux*, RDT 2007, p. 107 ; E. DAOUD et J. FERRARI, *La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique*, JCP S 2012, p. 1391.

22 janvier 2015 entre le groupe Total et IndustriALL Global Union, une organisation syndicale internationale représentant des millions de travailleurs, en présence du Directeur Général de l'OIT. Cet accord constitue un engagement de l'entreprise en matière de droits fondamentaux – liberté syndicale, interdiction des discriminations, protection de la santé et de la maternité – y compris à l'égard des salariés de ses fournisseurs et sous-traitants. Il prévoit l'instauration d'un dialogue avec les représentants du personnel pour élaborer une politique de sécurité²⁷⁴⁹. Un accord assez similaire a été signé le 30 septembre 2015, par le groupe Carrefour et le syndicat UNI Global Union, également en présence du directeur de l'OIT, pour la promotion du dialogue social et de la diversité et pour le respect des droits fondamentaux au travail²⁷⁵⁰. La présence du directeur de l'OIT est sans doute un indice de la proximité du contenu de ces accords avec la « *Déclaration solennelle des droits fondamentaux des travailleurs* », adoptée en juin 1998 et parfois décrite comme « *constituant le socle d'un droit social universel* »²⁷⁵¹.

442. Les accords transnationaux avec des associations. Il y aussi des accords conclus avec des associations, comme ceux existant entre le groupe Areva et l'association Sherpa du 10 juin 2009²⁷⁵². Ces accords prévoyaient la mise en place d'observatoires de la santé sur les sites miniers du Niger et du Gabon, pour prévenir les risques liés à l'exploitation de l'uranium, ainsi que l'indemnisation des anciens salariés du groupe et des sous-traitants, ayant contracté des maladies professionnelles. Mais la conclusion d'un tel accord n'est pas toujours gage de succès et, en 2012, l'association Sherpa a annoncé qu'elle se retirait de ces accords qui n'avaient été exécutés que très partiellement par le groupe. Dans son communiqué, cette dernière a admis que des observatoires de santé ont été installés et que deux familles d'expatriés français – seulement – ont été indemnisées mais elle prenait également acte « *avec regret du fait que la nouvelle Direction d'Areva avait réduit pour l'essentiel l'exécution des accords à une opération de communication, sinon d'affichage* »²⁷⁵³.

²⁷⁴⁹ <http://www.industrialunion.org/fr/industrial-signes-un-accord-cadre-mondial-avec-total>

²⁷⁵⁰ Il s'agissait d'actualiser un premier accord conclu en 2001. Cet accord prévoit notamment que des chartes soient signées par les principaux fournisseurs et sous-traitants, par lesquelles ils s'engagent à respecter les droits fondamentaux énoncés par l'OIT : *Carrefour renouvelle son engagement mondial sur le respect des droits fondamentaux au travail*, LSQ, 6 octobre 2015, n° 16928, p. 2-3.

²⁷⁵¹ J.-E. RAY, *Droit du travail Droit vivant 2018, La relation individuelle de travail*, Éditions Liaisons Wolters Kluwer, 26^e éd., 2018, p. 37, n° 33.

²⁷⁵² Sur la qualification d'engagement unilatéral donnée à ces accords : cf. *infra* n° 455.

²⁷⁵³ <https://www.asso-sherpa.org/sante-des-mineurs-sherpa-se-retire-des-accords-signes-en-2009-avec-areva>

443. Des accords nationaux au domaine circonscrit. Si l'accord collectif consacré entièrement à l'éthique de l'entreprise ou du groupe relève encore du mythe, il peut toutefois être envisagé de s'entendre sur des sujets précis. Ainsi, pour encadrer les manifestations de la conscience personnelle des salariés dans l'entreprise sans tendance, le Professeur Christophe Radé considère qu'il faudrait privilégier la voie de l'accord collectif, fruit de la négociation entre les partenaires sociaux, plutôt que celle du règlement intérieur, adopté unilatéralement par l'employeur²⁷⁵⁴. Le règlement intérieur pourrait néanmoins être amendé mais dans un second temps, après que la direction et les représentants du personnel se sont mis d'accord sur les contours de la mise en veille des convictions. Cela ne correspond donc pas à la situation de la société Paprec qui a d'abord adopté unilatéralement une charte de la laïcité, avant de la soumettre au référendum des salariés²⁷⁵⁵. Quant à la conscience professionnelle, il a déjà été étudié que la discussion collective permet de répondre à la crise que la psychopathologie du travail dénomme « *souffrance éthique* »²⁷⁵⁶ et qui correspond à une contradiction entre le travail et les valeurs morales des travailleurs. Seule une démarche partagée permet la réappropriation du cœur de métier²⁷⁵⁷, mais encore faut-il qu'elle aboutisse²⁷⁵⁸. L'accord

²⁷⁵⁴ Selon lui, « *la recherche d'un consensus sur ces questions sensibles au sein de l'entreprise est bienvenue, et le recours au règlement intérieur, acte adopté unilatéralement par l'employeur, pas nécessairement idéal, précisément en raison de l'absence de négociation collective sur les termes des interdictions. On ne saurait, dès lors, qu'encourager les entreprises à privilégier la voie de la négociation collective pour se doter d'un véritable accord d'entreprise sur le sujet ; cette négociation pourrait d'ailleurs intégrer le bloc "égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et qualité de vie au travail" de l'article L. 2242-8 du Code du travail au titre de la négociation annuelle obligatoire relative à la qualité de vie au travail.* » : C. RADÉ, *Laïcité dans l'entreprise : mieux vaut prévenir que sévir*, Lexbase hebdo éd. soc. 2017, n° 692.8

²⁷⁵⁵ C. RADÉ, *art. préc.*, n° 692.

²⁷⁵⁶ C. DEJOURS et I. GERNET, *Psychopathologie du travail*, Elsevier Masson, 2^{ème} éd., 2016, p. 65 et p. 143. cf. *supra* n° 262.

²⁷⁵⁷ Or, « *si on ne fait pas cette articulation entre le cœur du métier et la démarche éthique, elle reste de l'ordre du cosmétique ou du discours externe. Le fait que la démarche éthique soit de nature collaborative, fondée sur la co-construction des contenus – est très important. (...) Cela demande un investissement et un travail avec les collaborateurs, et cela requiert d'avoir le courage de se confronter aux « vraies questions d'éthique », qui ne sont pas des questions faciles. Le travail à trois ou quatre dans un bureau avec un consultant en communication est peut-être moins engageant, moins impliquant que le travail avec les « gens du métier », mais il est moins efficace en termes de management des opérations* » : J.-J. NILLES, *Comment promouvoir et opérationnaliser l'éthique*, in *Éthique de l'entreprise, réalité ou illusion ?*, dir. A. ANQUETIL et al., L'Harmattan, 2010, p. 78.

²⁷⁵⁸ Ainsi, pour répondre à la crise traversée par les décideurs et le personnel soignant du service public hospitalier, à cause des arbitrages entre qualité des soins et recherche du meilleur coût, le Pacte de confiance pour l'hôpital avait, entre autres, préconisé la création d'un observatoire du dialogue social. « *Le diagnostic est celui de la perte de confiance, de la dégradation des relations sociales, des tensions locales, d'un déficit d'attractivité qui engendrent des difficultés de recrutement, une hausse de l'absentéisme, une augmentation de l'exposition des professionnels aux risques professionnels et psychosociaux. (...) Un dialogue social loyal et vivant constitue une condition sine qua non pour la conciliation de l'efficacité médico-économique et de la performance sociale.* » : E. COUTY et C. SCOTTON, *Le pacte de confiance pour l'hôpital, synthèse des travaux*, Rapport remis au ministère en charge des Affaires sociales et de la Santé en mars 2013, spéc. p. 42 et s. Cet observatoire ne semble pas avoir vu le jour. En revanche, l'Espace Éthique de l'AP-HP, créé en 1995, a été le premier espace de ce genre développé au sein d'un établissement public. S'il n'a pas de mission en termes de

collectif peut être choisi pour prendre acte des changements de métier, améliorer la qualité de vie au travail, encadrer les connexions, définir les étapes de la lutte contre les risques psychosociaux ou celles de la procédure d'alerte. C'est aussi en se saisissant collectivement de l'ensemble de ces sujets que les parties internes à l'entreprise mettront en avant certaines valeurs qui leur sont primordiales et construiront un modèle éthique. Certains vont même jusqu'à considérer que le choix du représentant de l'éthique au sein de l'entreprise, chargé du contrôle de son respect, devrait être collectif²⁷⁵⁹.

§ 2 : Le contrôle interne de la conscience

444. L'éthique dans la gestion des ressources humaines. Si la définition collective de la conscience éthique permet de réduire quelque peu la critique qui suit, celle-ci n'en demeure pas moins présente : l'éthique, lorsqu'elle est au service de l'entreprise, n'est-elle qu'un outil de gestion parmi d'autres ? Voire, pire, ne serait-elle qu'hypocrisie, manipulation²⁷⁶⁰ et pression²⁷⁶¹ de toute part²⁷⁶² ? Il est indéniable que l'éthique permet d'anticiper davantage les comportements des travailleurs et de disposer de solutions quasiment « *prêtes à l'emploi* » en cas de conduite déviante²⁷⁶³. Cette adéquation entre les objectifs de l'entreprise et les

dialogue social, il contribue néanmoins « à faire vivre la démocratie sanitaire au sein de la région » et constitue un lieu de discussions et d'observation des pratiques éthiques. Il s'agit de la définition qu'en donne l'Agence régionale de santé : <https://www.iledefrance.ars.sante.fr/espace-ethique>

²⁷⁵⁹ Pour renforcer la légitimité de tels responsables, « *Le déontologue tire en effet sa légitimité, non seulement d'une expertise reconnue mais aussi d'un consensus sur sa personne. C'est pourquoi il paraît souhaitable de renforcer la légitimité du déontologue en associant directement les partenaires sociaux et les représentants du personnel à sa désignation* » : Y. MEDINA, *op. cit.*, p. 91-92.

²⁷⁶⁰ Réduite au rang de simple outil de gestion, l'éthique peut être instrumentalisée pour intégrer de façon manipulateur les individus dans le système de valeurs le plus compatible avec la compétitivité de l'entreprise ou pour gérer uniquement son image de marque. « *Ecoblanchiment (greenwashing), maquillage (window-dressing), mise en récit (storytelling), autant de qualificatifs visant à dénoncer les dérives de certaines entreprises sans scrupules cherchant à conquérir le « marché de la vertu »* » : S. MERCIER, *L'éthique dans les entreprises*, Éditions La Découverte, 3^{ème} éd., 2014, p. 96.

²⁷⁶¹ L'éthique peut aussi devenir un outil issu de la pression que les actionnaires font régner sur l'équipe dirigeante et un signe de « la remise en question des hiérarchies classiques du fait de la domination du marché financier » : J. DELGA, *De l'éthique d'entreprise et de son cynisme*, D. 2004, p. 3126.

²⁷⁶² L'éthique peut aussi, inconsciemment, être instrumentalisée par les salariés, pour servir leurs intérêts, ce comportement n'étant donc pas réservé aux dirigeants : « *l'éthique, réduite à un outil rhétorique, peut être mobilisée par les différents groupes d'intérêt dans l'entreprise, dans le cadre de leur lutte de pouvoir* » : L. HIRECHE-BAÏADA, *La dynamique des jugements éthiques individuels dans l'entreprise : Quelle(s) réalité(s) ? Quelle(s) illusion(s) ?*, in *Éthique de l'entreprise, réalité ou illusion ?*, dir. A. ANQUETIL et al., L'Harmattan, 2010, p. 69.

²⁷⁶³ « *L'éthique est un outil de management et de contrôle ; et tant qu'on n'osera pas dire les choses et les appeler par leur nom, on aura des soucis, puisque les gens ne sont pas dupes. L'éthique est une modalité du contrôle qui repose sur la prévisibilité des comportements, leur lisibilité* » : J.-J. NILLES, *Comment promouvoir*

aspirations des travailleurs peut cependant aussi être envisagée comme un « *quasi-contrat psychologique entre le management et l'ensemble des collaborateurs* »²⁷⁶⁴, qui apporterait un « *supplément d'âme* »²⁷⁶⁵ dans les relations quotidiennes. Chaque collectif de travail peut y trouver son compte²⁷⁶⁶. Par conséquent, il faut s'intéresser au contrôle de la conscience du point de vue des dirigeants (I) et du point de vue des travailleurs (II).

I : Le contrôle du côté des dirigeants

445. Diriger le contrôle. Pour devenir opérationnelles, les valeurs de l'entreprise²⁷⁶⁷, et surtout leur sauvegarde, ont besoin d'être incarnées par un « *directeur de conscience* ». Même si la direction des ressources humaines se voit parée de nouveaux atouts éthiques²⁷⁶⁸, beaucoup d'entreprises ont choisi de professionnaliser cette fonction²⁷⁶⁹ et de nommer des

et opérationnaliser l'éthique, in *Éthique de l'entreprise, réalité ou illusion ?*, dir. A. ANQUETIL et al., L'Harmattan, 2010, p. 76.

²⁷⁶⁴ « *La déontologie peut-elle devenir l'un des outils de management en permettant une forte articulation des objectifs de fonctionnement de l'entreprise et des aspirations de ses équipes ?* » : Y. MEDINA, *La déontologie, ce qui va changer dans l'entreprise*, Éditions d'Organisation, 2003, p. 113 et 114.

²⁷⁶⁵ Aussi, « *la charte éthique a pour but d'établir les valeurs qui inspirent son action, d'afficher ses bonnes intentions dans les domaines liés à son activité et aussi les engagements éthiques qu'elle prend à l'égard de ses différents partenaires (...) En retour, elle attend de tous, et spécialement du personnel, un comportement conforme à la politique affichée* » : D. BERRA, *Les chartes d'entreprise et le droit du travail*, in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 123 et s. L'expression « *supplément d'âme* » est également utilisée par le Professeur Jean-Emmanuel Ray : J.-E. RAY, *Droit du travail et règles morales*, in *op. cit.*, p. 102-103 ; cf. *supra* note n° 2690.

²⁷⁶⁶ Reprenant le « *dilemme du Samaritain* » entre le choix de l'altruisme et de l'égoïsme, présenté par Buchanan en 1975, et l'appliquant au choix d'un comportement éthique ou non-éthique, des chercheurs révèlent que, lorsque le comportement éthique est réciproque (de la part du salarié et du chef d'entreprise), « *les deux parties sont gagnantes. Pour l'entreprise, cette situation assure, à travers la motivation, voire l'implication des salariés, la performance économique et sociale de l'entreprise. Quant aux salariés, ils sont récompensés par de meilleures rémunérations, des avantages sociaux* » : J. BALLEST, F. de BRY, A. CARIMENTRAND et P. JOLIVET, *L'entreprise et l'éthique*, Éditions du Seuil, 2^{ème} éd., 2011, p. 199.

²⁷⁶⁷ Dans la charte éthique d'EDF, les trois valeurs mises en avant sont : le respect, la solidarité et la responsabilité : <https://www.edf.fr/groupe-edf/nos-engagements/ethique-conformite/politique-ethique-et-conformite/le-respect-des-valeurs-du-groupe>. Dans le code de conduite de Total, les trois valeurs principales sont : le respect, la responsabilité et l'exemplarité : <https://www.total.com/fr/notre-groupe/ethique/notre-engagement-pour-une-conduite-exemplaire>. Dans la charte éthique d'Engie, 4 principes éthiques fondamentaux sont définis : agir en conformité avec les lois et les réglementations, se comporter avec honnêteté et promouvoir une culture d'intégrité, faire preuve de loyauté et respecter les autres : <https://www.engie.com/groupe/ethique-et-compliance/charte-ethique-guide-pratique-ethique/>

²⁷⁶⁸ Le responsable des ressources humaines « *n'est pas un « chargé d'éthique » au sens strict mais sa fonction est étroitement liée à la question. De plus en plus, d'ailleurs, on demande au responsable des ressources humaines de prendre en compte les problématiques éthiques, en étant capable de diffuser dans l'entreprise un certain système de valeurs.* » : A. PORTELLA, *L'éthique en entreprise*, Studyrama-Vocatis, 2010, p. 23.

²⁷⁶⁹ Ainsi, « *la responsabilité de la mise en œuvre et du pilotage de la fonction déontologique dans l'entreprise tend à devenir un vrai métier, et ce métier un vrai plein temps* » : Y. MEDINA, *op. cit.*, p. 46. Il semble préférable de créer une direction *ad hoc* plutôt que de transformer les seuls hauts dirigeants en « *directeurs de*

directeurs en charge de l'éthique qui ont un haut niveau de responsabilités car leur poste englobe toutes les activités et tous les risques de l'entreprise²⁷⁷⁰. Il peut s'agir par exemple d'un « *Directeur Général de l'Éthique* » chez l'Oréal, d'un « *Directeur Éthique et Compliance Groupe* » chez Engie, d'une « *Direction Éthique et Conformité Groupe (DECG)* » chez EDF, d'un « *comité éthique* » chez Total, d'un « *responsable du développement durable* »²⁷⁷¹ chez Monoprix. D'autres intitulés de postes peuvent être envisagés²⁷⁷², tels que ceux de « *chargé de déontologie* », de « *déontologue* »²⁷⁷³, de « *référént déontologue* » dans l'Administration²⁷⁷⁴ ou encore de « *compliance officer* » dans les banques²⁷⁷⁵. Selon la place de la direction de l'éthique au sein de l'entreprise, elle peut devenir une « *querelle de frontières* » entre la direction des ressources humaines, la direction

conscience, détenteurs de valeurs universelles », même si cela ne doit pas les empêcher de « *montrer l'exemple* » : J. BALLEST, F. de BRY, A. CARIMENTRAND et P. JOLIVET, *op. cit.*, p. 181.

²⁷⁷⁰ L'éthique « *donne même lieu à un véritable management qui passe notamment par la création d'emplois spécialement dédiés à ces problématiques* » : A.-B. CAIRE, *L'éthique au service des droits de l'Homme*, in *L'éthique de l'entreprise, Questions d'actualité*, dir. F. BUY et J. THÉRON, Actes du colloque du 21 novembre 2014 organisé par le Centre Michel de l'Hospital à l'École de droit de Clermont Ferrand, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 145-146.

²⁷⁷¹ Cet intitulé de fonction est apparu en France après la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, et désigne celui qui doit « *identifier les enjeux prioritaires et diffuser la démarche de développement durable en interne et en externe* » : A. PORTELLA, *op. cit.*, p. 23.

²⁷⁷² Les exemples d'intitulés de postes sont issus de : F. CARDOT, *L'éthique d'entreprise, Que sais-je ?*, PUF 2006, p. 47 ; Y. MEDINA, *La déontologie, ce qui va changer dans l'entreprise*, Éditions d'Organisation, 2003, p. 47.

²⁷⁷³ La fonction de déontologue est d'abord apparue dans le milieu bancaire et y a été reconnue comme une « *profession à part entière* » dans la seconde moitié des années 1990, en même temps que l'apparition du titre de « *compliance officer* », qui semblait moderniser la profession. Les déontologues ont un domaine d'intervention très large puisqu'ils doivent gérer les conflits d'intérêts pour défendre les clients, prévenir les délits d'initié ou lutter contre le blanchiment d'argent pour protéger l'intégrité du marché, ou encore garantir la réputation de la banque pour protéger son employeur. Ils sont généralement diplômés d'un Institut d'études politiques ou combinent une formation juridique et commerciale. À partir de la seconde moitié des années 1990, un petit nombre de magistrats de l'ordre judiciaire sont venus travailler dans le secteur financier avec pour mission d'anticiper le risque judiciaire, en faisant bénéficier les banques de leur expérience professionnelle passée : Y. MEDINA, *op. cit.*, p. 74-77. Au sein de la Banque postale, ont été créés en 2006 les emplois de « *responsable de la conformité pour les services d'investissement* » et de « *déontologue* », occupés par la même personne : Ph. LOUSKY, *La démarche déontologique de la Banque postale*, Cahiers de droit de l'entreprise 2011, n° 5, p. 24.

²⁷⁷⁴ cf. *supra* n° 227.

²⁷⁷⁵ Le *compliance officer* a pour mission de vérifier « *l'ensemble des processus qui permettent d'assurer le respect des normes applicables à l'entreprise par l'ensemble de ses salariés et dirigeants, mais aussi des valeurs et d'un esprit éthique insufflé par les dirigeants* ». « *La compliance peut aussi être définie comme une action proactive qui vise à organiser et mettre en œuvre les procédures et moyens nécessaires au respect de la réglementation par l'entreprise. Il s'agit d'un commissaire à l'éthique. Il est responsable de la mise en œuvre des règles de déontologie et du contrôle interne, en veillant au respect et à la conformité de la réglementation financière et des procédures internes* » : M.-C. SORDINO, *Alerte et droit pénal*, in *Lanceurs d'alerte : innovation juridique ou symptôme social*, dir. M.-C. SORDINO, Presses de la Faculté de Droit et de Sciences politiques de Montpellier, 2016, p.53. Le métier de « *compliance officer* », ce juriste qui gère autant l'éthique d'entreprise qu'il sécurise la prise de risques, était autrefois réservé au secteur de la banque mais se généralise : A. de BOUTINY, *Le « compliance officer » sécurise le système interne de valeurs*, Les Echos Business, 11 septembre 2013.

juridique et la direction générale²⁷⁷⁶. Quel que soit son nom ou son rattachement dans l'organigramme, ce département est en charge de la promotion des valeurs éthiques de l'entreprise et de l'audit interne du respect de ces principes dans la pratique. Le succès de ces nouveaux métiers n'est pas prêt de se tarir dans les années à venir avec le développement de l'intelligence artificielle et l'encadrement qu'il nécessitera²⁷⁷⁷.

446. Donner l'exemple. Pour avoir du sens²⁷⁷⁸, les convictions éthiques, choisies et incarnées par l'entreprise, doivent être respectées à tous les stades de la relation de travail et par tous les membres de la collectivité de travail, salariés et dirigeants. En effet, un esprit de pédagogie – et non de démagogie – est nécessaire pour animer les sphères dirigeantes des entreprises qui sont conduites à se poser la question suivante : « *comment faire respecter une « grille éthique » par ses équipes lorsque l'on ne donne pas soi-même l'exemple ?* »²⁷⁷⁹. En outre, il ne s'agit pas seulement pour les dirigeants de donner l'exemple mais il faut que leurs comportements soient toujours « *un peu au-dessus* » de ce qui est attendu des salariés puisqu'ils représentent l'entreprise. Dès lors, il faut admettre que l'éthique puisse être appliquée de façon plus ou moins exigeante selon la place occupée dans la hiérarchie de l'entreprise²⁷⁸⁰, sans velléité de transcendance²⁷⁸¹ et sans que cela exonère le collaborateur

²⁷⁷⁶ « C'est donc la dimension sociale, à travers notamment les questions des droits des salariés et de leur comportement, qui est implicitement valorisée lorsque les entreprises se tournent vers la direction des ressources humaines. À l'inverse, les entreprises entendent d'abord réguler le rapport à la loi quand elles désignent la direction juridique comme responsable de l'éthique de l'entreprise » : Y. MEDINA, *op. cit.*, p. 47. Ce dernier cas est illustré par la société Bouygues Telecom puisque le Directeur juridique est aussi le responsable éthique : A. VAN EECKHOUT, *L'éthique : « Apprendre à se poser les bonnes questions au bon moment »*, Cahiers de droit de l'entreprise 2011, n°5, p. 26.

²⁷⁷⁷ C. CHARLOT, *Au secours, mon directeur est un algorithme !*, Trends, 1^{er} juin 2017, p. 28.

²⁷⁷⁸ « L'efficacité des codes dépend également de la réelle volonté de l'entreprise à les faire appliquer ; des moyens mis en place pour les diffuser en interne, former le management et le personnel, et surtout pour en contrôler la bonne application » : A. CHAUVEAU et J.-J. ROSÉ, *op. cit.*, p. 225.

²⁷⁷⁹ Il convient de ne pas faire perdurer l'idée contemporaine, énoncée par le philosophe Marcel Gauchet, selon laquelle « une nouvelle inégalité entre ceux qui sont obligés par le cadre dans lequel ils vivent de respecter les règles et ceux qui ont les moyens de s'y soustraire » : M. LEGROS, « Il y a quelque chose de pourri dans l'empire du Danemark », Dossier « Peut-on être honnête et réussir ? », Philosophie magazine février 2014, n° 76.

²⁷⁸⁰ « Il y a une réflexion qui jusqu'ici n'aurait pas été assez développée : on ne peut pas avoir les mêmes exigences envers celui qui doit incarner le respect de la loi et des valeurs de l'entreprise, et celui qui vient travailler dans l'entreprise pour gagner sa vie et pour qui, sans doute à ce moment-là, le choix personnel, la valeur personnelle peut l'emporter sur la valeur collective, la valeur d'entreprise qui a été mise en place » : F. CARDOT, *Ouverture*, in *Éthique de l'entreprise, réalité ou illusion ?*, dir. A. ANQUETIL et al., L'Harmattan, 2010, p. 30.

²⁷⁸¹ « Une éthique tentant de transcender toutes ces particularités et de traiter de façon équivalente le président du conseil d'administration, le manager moyen, le secrétaire et l'ouvrier d'usine ne présenterait guère d'intérêt. Toute éthique est contextuelle (...). Le problème, bien sûr, est que, dans la vie des affaires, les personnes assument inévitablement plusieurs rôles en même temps. Et ces rôles risquent de rentrer en conflit les uns avec

sans fonction d'encadrement. À ce titre, la rémunération des dirigeants est au cœur des questions éthiques, et peut être objet de contestation de la part des salariés et de leurs représentants²⁷⁸², des actionnaires²⁷⁸³ et de l'opinion publique, le lien entre le montant et les performances n'étant pas toujours aisé à démontrer ni à accepter²⁷⁸⁴. C'est la raison pour laquelle cette rémunération fait l'objet d'un encadrement à travers une règle de gouvernance appelée le « *say on pay* », qui permet le vote des actionnaires sur le montant, afin d'éviter que les dirigeants ne s'enrichissent au profit des autres membres de la société²⁷⁸⁵.

les autres, tout comme ils risquent de rentrer en conflit avec les rôles plus personnels basés sur les obligations familiales, sociales et personnelles. » : R. C. SOLOMON, *Rôles professionnels, vertus personnelles : approche aristotélicienne de l'éthique des affaires (Corporate roles, personal virtues : An Aristotelean approach to business ethics)*, *Business Ethics Quarterly*, 2(3), 1992, p. 317-339, in *Éthique des affaires, Marché, règle et responsabilité*, textes réunis par A. ANQUETIL, Librairie philosophique J. VRIN, 2011, p. 220-221.

²⁷⁸² En 2016, le président du comité d'entreprise de Volkswagen a appelé les dirigeants à renoncer à leur bonus, en précisant qu'« *un renoncement pour des raisons éthiques ne peut découler que d'une décision volontaire du directoire* » : *Bonus chez Volkswagen, le représentant des salariés en appelle à la « morale »*, LSQ 21 avril 2016, n°17066.

²⁷⁸³ « *La contestation de leur rémunération s'est généralisée ces derniers temps dans les assemblées d'actionnaires, favorisée par un accroissement sans précédent de l'écart entre le salaire moyen des salariés de l'entreprise et le salaire le plus élevé (facteur multiplicatif de 20 il y a trente ans et de 200 aujourd'hui) (...) les actionnaires acceptent de plus en plus difficilement que les dirigeants continuent à bénéficier de larges augmentations de salaire quand la bourse baisse* » : A. CHIREZ, *Notation et évaluation des salariés*, Dr. ouvr. 2003, p. 309. Le 16 mai 2003, le comité d'éthique du MEDEF a rappelé à ce sujet que « *l'éthique exige mesure et maîtrise* », tandis que l'AFEP rappelait aussi la nécessité de retrouver le sens de la mesure : L. BELOT et M. ORANGE, *Les grands patrons sont-ils trop payés ?*, *Le Monde*, 23 mai 2003, p. 18.

²⁷⁸⁴ « *Ces rémunérations sont-elles justifiables d'un point de vue éthique ? Il semble qu'ici deux positions soient possibles : d'un côté le niveau de rémunération d'un PDG ne peut être fixé que par les actionnaires auprès desquels il a des devoirs fiduciaires. Dès lors, les écarts de rémunération se justifient dans la mesure où ils sont légitimés par les propriétaires de l'entreprise. D'un autre côté, le dirigeant peut être sensible à l'avis, non seulement de son propre sens de la responsabilité et de la valeur présumée de ses choix de vie (...), mais encore à l'ensemble des parties prenantes de la firme, notamment la société civile, les journalistes ou les syndicats de cadre et de salariés. Dans ce cas, les risques de controverse au moment du versement d'indemnités fixés à l'avance peuvent être plus naturellement évités* » : G. DESLANDES, *Le management éthique*, Dunod, 2012, p. 124.

²⁷⁸⁵ « *En ce sens, un des buts primaires en réaction aux scandales qui ont pu avoir lieu (notamment les affaires Enron et Maxwell) est d'éviter que les dirigeants ne s'enrichissent au détriment de la société et des associés. Au-delà, si l'on veut être certain que les dirigeants ne travaillent pas dans le seul but de s'enrichir personnellement ce mouvement va aussi vers une corrélation entre la rémunération reçue et les résultats obtenus*. « *Pour les associés un des moyens de s'en assurer consiste à déterminer eux-mêmes celle-ci grâce à la procédure dite du « say on pay », c'est-à-dire par un vote quant aux rémunérations des dirigeants.* » : J. THÉRON, *art. préc.*, p. 52 et 59. Pour approfondir ce sujet : N. CUZACQ, *De l'éthique de la rémunération à la rémunération éthique du dirigeant*, *Bull. Joly Sociétés* 2013, p. 673.

II : Le contrôle du côté des travailleurs

447. Du recrutement à la rupture. Les convictions éthiques doivent d'abord servir de nuancier au moment du recrutement, permettant de comparer les qualités professionnelles – et, à travers elles, les qualités personnelles²⁷⁸⁶ utiles dans le métier – du candidat aux valeurs de l'entreprise²⁷⁸⁷. Il faut à la fois vérifier que le candidat est conscient des valeurs de l'entreprise et scruter le potentiel de sa conscience éthique²⁷⁸⁸. Néanmoins, il n'est pas recommandé d'intégrer les préceptes éthiques au contrat de travail car il faut alors s'assurer du consentement non équivoque du salarié²⁷⁸⁹ et obtenir son accord en cas de modification²⁷⁹⁰. Après l'embauche, lorsque commence l'exécution du contrat de travail, les valeurs vont continuer de jouer un rôle essentiel de fidélisation²⁷⁹¹ et de mobilisation du personnel²⁷⁹². C'est la raison pour laquelle il est essentiel que leur application soit reconnue comme équitable²⁷⁹³, en termes de promotions²⁷⁹⁴ et de sanctions²⁷⁹⁵, ces dernières devant alors être prévues par le règlement intérieur²⁷⁹⁶.

²⁷⁸⁶ La question suivante doit être posée : « *l'éthique peut-elle s'acquérir ou bien s'agit-il d'une qualité morale propre aux individus ?* ». Si l'éthique est perçue comme « *la reproduction de normes comportementales et l'orientation dans des situations complexes de l'action individuelle et collective en fonction d'une priorisation des valeurs humanistes* », un apprentissage social apparaît possible : M. BRASSEUR et L. MAGNIEN, *L'éthique professionnelle peut-elle s'apprendre ? Le cas du management et du coaching*, in *Éthique et responsabilité sociale, 78 experts témoignent, Mélanges en l'honneur de Michel Joras*, dir. F. de BRY, J. IGALENS et J.-M. PERETTI, Éditions EMS, 2010, p. 37.

²⁷⁸⁷ Selon Monsieur Philippe Legrez, Délégué général de la Fondation d'entreprise Michelin, « *le recrutement du personnel joue un rôle dans la prévalence de l'éthique au sein de l'entreprise* » : Ph. LEGREZ, *L'éthique à l'échelle internationale : l'expérience Michelin*, in *L'éthique de l'entreprise, Questions d'actualité, op. cit.*, p. 125. Par exemple, chez ING, « *le recrutement prend en compte l'adéquation entre le candidat et les valeurs de l'entreprise, et l'évaluation de la performance des collaborateurs intègre cette dimension* » : *Le Parisien, Les valeurs de l'entreprise : plus qu'un simple discours*, 7 février 2018.

²⁷⁸⁸ L'entreprise doit s'assurer que « *le futur salarié est bien conscient des valeurs et objectifs promus par l'entreprise. Aussi, en matière de recrutement, la charte est-elle à la fois un facteur d'attraction et de sélection* » : Y. MEDINA, *op. cit.*, p. 116-117.

²⁷⁸⁹ Selon la circulaire DGT n° 2008-22 du 19 novembre 2008, « *certaines entreprises choisissent d'intégrer tout ou partie de la charte au contrat de travail, soit lors de sa conclusion, soit par un avenant ultérieur. Cette méthode n'est pas sans risques ni conditions pour l'employeur : il doit en effet s'assurer de l'accord clair et non équivoque du salarié. De telles dispositions doivent répondre aux conditions de l'article L.1121-1 du code du travail* ».

²⁷⁹⁰ F. VERDUN, *Les risques juridiques liés à la démarche éthique de l'entreprise*, Cahiers de droit de l'entreprise, n° 5, sept.-oct. 2011, p. 39.

²⁷⁹¹ Il s'agit d'« *un facteur fort de fidélisation des collaborateurs* » : Y. MEDINA, *op. cit.*, p. 114.

²⁷⁹² « *Il ne suffit pas de donner plus d'argent aux salariés pour qu'ils augmentent leur implication et qu'ils perçoivent une communauté d'intérêts. Les interactions sociales, les pratiques managériales participatives mais aussi les valeurs véhiculées, comme la réciprocité et l'équité au sein de l'entreprise et surtout la confiance, jouent un rôle moteur* » : S. BENHAMOU, *Gouvernance, participation des salariés et performance des entreprises : enjeux et prospective économique et sociale*, Dr. soc. 2014, p. 550. Sur la dimension psychologique visant à motiver le personnel : D. BERRA, *art. préc.*, p. 123 et s.

²⁷⁹³ À la suite de scandales liés aux comportements de salariés se procurant des « *compléments de ressources* » par des procédés que la morale réprovoque, le groupe Siemens avait décidé de rendre public le nombre de salariés

448. L'éthique et la discipline. Les valeurs et comportements décrits dans un document relatif à l'éthique de l'entreprise²⁷⁹⁷ sont en effet susceptibles de constituer des standards professionnels²⁷⁹⁸ sur lesquels peuvent éventuellement s'appuyer l'employeur et, surtout, le juge²⁷⁹⁹ pour caractériser une faute à l'origine d'une sanction, pouvant aller jusqu'au licenciement²⁸⁰⁰. Ainsi, ont pu constituer des fautes graves²⁸⁰¹ le fait d'autoriser un tiers à

licenciés chaque année pour violation des principes éthiques. En 2007, 150 salariés du groupe avaient ainsi fait l'objet de mesures disciplinaires sur ce fondement : M. de VERGES, *Siemens s'enfoncé dans les scandales de corruption*, *Le Monde*, 10 novembre 2007, p. 15 : cité par B. TEYSSIÉ, *La vertu en droit du travail*, in *La vertu*, de J. FOYER et C. PUIGELIER, PUF, 2009, p. 338.

²⁷⁹⁴ La charte est aussi un moyen « de s'assurer que le comportement de sa chaîne hiérarchique reste cohérent avec les règles déontologiques qu'elle s'est données ». « Le respect des mêmes devenir un critère, parmi d'autres, de promotion interne et de reconnaissance » : Y. MEDINA, *op. cit.*, p. valeurs peut. 117. Il faut toutefois fixer avec prudence les critères d'évaluation basés sur les valeurs de l'entreprise : cf. *supra* n° 242.

²⁷⁹⁵ Pour qu'une charte éthique soit efficace et respectée, il faut que « les actes non éthiques soient clairement sanctionnés par la direction » car la sanction « constitue une sorte de test que celle-ci (la charte) a vraiment du sens » : A. ANQUETIL, *Le sens et la portée du concept d'intégrité pour l'éthique individuelle au sein de l'entreprise*, in *Éthique de l'entreprise, réalité ou illusion ?*, dir. A. ANQUETIL et al., L'Harmattan, 2010, p. 50. Sur les liens potentiels entre éthique et droit pénal : V. WESTER-OUISSE, *Le droit pénal face aux codes de bonne conduite, RSC*, 2000, p. 351. Les préceptes des codes et chartes « doivent être assortis de sanctions disciplinaires (y compris par l'intégration, éventuellement, de certaines de ses dispositions dans le règlement intérieur), mais aussi de récompenses (« la carotte et le bâton ») » : Ph. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Essai, Dalloz, Dunod, 2000, p. 70.

²⁷⁹⁶ « Attendu, d'abord, que dès lors que le règlement intérieur fixe les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur, une sanction ne peut être prononcée contre un salarié que si elle est prévue par ce règlement intérieur » : Cass. soc., 26 octobre 2010 n° 09-42.740, Bull. civ. V, n° 243 ; Cass. soc., 12 décembre 2013 n° 12-22.642, inédit ; Cass. soc., 11 décembre 2015, n° 14-19.954, inédit ; Cass. soc., 23 mars 2017, n° 15-23.090.

²⁷⁹⁷ À ce titre, une filiale d'un groupe étranger ne peut se contenter de traduire littéralement le code de la société mère. Les dispositions d'un code éthique définissant la notion de « famille » dans le cadre des conflits d'intérêts ou imposant de limiter les conversations aux « bavardages » si le salarié croise un représentant de la concurrence dans une « réunion mondaine » renforcent l'idée, selon le juge, d'un document « contenant des affirmations péremptoires sur la conscience qu'un salarié doit avoir durant l'exécution de son contrat de travail et même au-delà, pour lui-même et sa famille » et qui « contrevient à leur liberté d'opinion » : TGI Lille, réf., 30 novembre 2010, n° 10-00981 et CA Douai, 30 septembre 2011, n° 10-08965 ; comm. C. COLLARD, *Confrontation du code éthique à la loi nationale, Les dangers de la traduction littérale d'un code venu d'ailleurs*, Cahiers de droit de l'entreprise, n° 5, sept.-oct. 2011, p. 34-35. Dans son code de conduite, « la firme Novartis prévoyait que les salariés devaient demander l'autorisation de se marier à leur employeur dans l'hypothèse où ils épousaient un conjoint en relation d'affaires avec Novartis ou travaillant pour une entreprise concurrente. » : J. DELGA, *art. préc.*, p. 3126. Sa diffusion a constitué un trouble manifestement illicite : TGI Nanterre, réf. 6 octobre 2004, cf. *infra* note n° 2812.

²⁷⁹⁸ En revanche, si le comportement contraire à l'éthique a eu lieu dans le cadre de la vie personnelle du salarié, ce dernier ne peut être sanctionné mais un licenciement pour motif personnel peut éventuellement être envisagé par l'employeur : CA Paris, 15 mars 2007, n° 05-7402, *SA Riff Productions c/ Guertzson ép. Noisette « dite Perline »* (en l'espèce, le comportement contesté était la participation à une association).

²⁷⁹⁹ Si l'employeur ne démontre pas en quoi le salarié a fait preuve d'inadaptation récurrente à la culture managériale de l'entreprise, telle qu'exprimée dans la charte éthique, le juge peut considérer sans cause réelle et sérieuse le licenciement fondé sur le refus d'accepter la modification de son contrat, liée à l'inadaptation : CA Paris, pôle 6, ch. 11, 4 juin 2009, n° 06-13.646 ; cité par F. VERDUN, *Les risques juridiques liés à la démarche éthique de l'entreprise*, Cahiers de droit de l'entreprise, n° 5, sept.-oct. 2011, p. 39.

²⁸⁰⁰ Le juge peut aussi rappeler à l'employeur de ne pas être trop intrusif dans la vie personnelle des salariés par le biais de l'application de ses normes éthiques : « Mais attendu, d'abord, qu'appréciant souverainement les

utiliser des comptes à l'étranger pour y faire transiter des commissions occultes²⁸⁰², le fait de dissimuler à son employeur sa participation dans la création et la gestion d'une société concurrente²⁸⁰³, le fait d'accepter de recevoir des fonds de la part d'un membre du personnel et de lui en avoir remis²⁸⁰⁴, le fait de divulguer des informations jugées confidentielles par l'employeur²⁸⁰⁵ ou encore le fait de bénéficier de commissions indues et de détourner la clientèle, à l'occasion d'une prise d'intérêts dans une société concurrente²⁸⁰⁶. Dans ces

éléments qui lui étaient produits, la cour d'appel a retenu que le salarié (de la Caisse d'Épargne) n'avait méconnu ni la charte des principes déontologiques des Caisses d'épargne ni les consignes et instructions données par l'employeur en prenant avec son conjoint, dans le cadre de sa vie privée, une participation dans une société civile immobilière » : Cass. soc., 1^{er} février 2001, n° 98-46.393, inédit.

²⁸⁰¹ Plusieurs des exemples de jurisprudence qui suivent proviennent de : P. DEUMIER, *Les sources de l'éthique des affaires, Codes de bonnes conduites, chartes et autres règles éthiques*, in *Libre droit : Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 354.

²⁸⁰² « *Et attendu que la cour d'appel a retenu que M. X. (ingénieur des ventes), cadre exerçant ses fonctions dans un contexte international, avait, de façon dommageable nuit au crédit et à la réputation de l'entreprise, autorisé un tiers à utiliser ses comptes ouverts à l'étranger pour y faire transiter à deux reprises des commissions occultes et illicites, et avait manqué aux prescriptions d'un guide de normes éthiques s'imposant à lui en permettant à la même personne d'utiliser aux mêmes fins des comptes tenus au nom d'une société dont son épouse était administrateur et actionnaire de complaisance ; qu'elle a pu en déduire que le comportement de l'intéressé avait rendu impossible son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis et constituait une faute grave* » : Cass. soc., février 2001, n° 02-45.628, inédit.

²⁸⁰³ « *Mais attendu que la cour d'appel a relevé que (...), M. D. avait été nommé chargé de mission à la direction générale Rhône Alpes de la société Carrefour et que, titulaire d'une importante délégation de pouvoirs, (...) que, peu après cette nomination, il avait participé à la création d'une société, dont il détenait 45 % des parts sociales avec le titre de gérant statutaire, ayant comme objet social des fonctions de communication et d'intermédiaire commercial ; que, tant l'existence de cette société que le rôle qu'y jouait M. D... ont été dissimulés à l'employeur, malgré une note de service qui lui imposait d'avertir son employeur de tout investissement personnel susceptible de le placer dans une position ambiguë* » : Cass. soc., 24 février 1993, n° 90-45.101, inédit.

²⁸⁰⁴ « *Mais attendu que l'arrêt attaqué relève que X (caissier dans une agence du Crédit Lyonnais) reconnaissait avoir accepté de recevoir des fonds d'un membre du personnel et de lui en avoir remis sur des pièces de caisse émanant de la clientèle ; qu'il n'ignorait pas que cette pratique était formellement interdite, à peine de congédiement immédiat par les consignes du guide du manipulateur dont il avait eu connaissance lors de son entrée en fonction et qui étaient affichées dans son local de travail* » : Cass. soc. 28 octobre 1970, n° 69-40.444, Bull. civ. V, n° 559.

²⁸⁰⁵ Les règles de confidentialité étaient édictées dans une charte éthique très détaillée et dans des directives communiquées à l'ensemble des salariés. La cour d'appel, infirmant le jugement de première instance, a donc considéré que le licenciement reposait sur le non-respect des règles de fonctionnement interne de l'entreprise et sur le manquement du salarié à son obligation de loyauté : CA Bordeaux, 13 mars 2008, n° 06-3223 ; cité par F. VERDUN, *Les risques juridiques liés à la démarche éthique de l'entreprise*, Cahiers de droit de l'entreprise, n°5, sept.-oct. 2011, p. 40.

²⁸⁰⁶ En l'espèce, un ingénieur commercial adjoint de la société IBM France n'avait pas fait part de sa participation majoritaire ni de son activité professionnelle dans une autre société, en violation des « *règles de conduite dans les affaires* » que l'employeur fait signer chaque année par les salariés : CA Paris, 14 mai 1987, *Lafargue/ SA IBM France*, Juris-Data n° 1987-025303. Au sujet de l'exigence de signature par le salarié, la Cour de cassation a jugé que, lorsque le document reprend le contenu d'une obligation légale déjà existante, celle-ci n'a pas lieu d'être : Cass. soc., 19 octobre 1994, n° 93-40.652, inédit. En outre, il a été jugé en première instance, dans une affaire relative à l'« *Eurodisney Look* », une brochure dans laquelle étaient reprises l'essentiel des prescriptions relatives à l'image des salariés, que la signature d'un tel document au moment de l'embauche ne l'empêche pas d'avoir la nature d'une adjonction au règlement intérieur, rejetant ainsi la thèse de l'incorporation au contrat de travail : TGI Créteil, 19 janvier 1995, CGT c/ Eurodisney ; H. SELLAMI, *Codes d'entreprise*,

différents cas, il s'agissait de « *guide de normes éthiques* », de « *note d'éthique professionnelle* », de « *guide du manipulateur* » et de « *règles de conduite dans les affaires* »²⁸⁰⁷. En réalité, le fait de contrevenir à ce type de document permet de justifier une atteinte à la loyauté²⁸⁰⁸. D'autres comportements qui, sans constituer des infractions pénales, sont communément considérés comme « *immoraux* » peuvent aussi être sanctionnés disciplinairement, à l'image du favoritisme²⁸⁰⁹ ou du fait d'accepter des cadeaux²⁸¹⁰. Les règles de conduite peuvent donc potentiellement avoir une valeur disciplinaire²⁸¹¹. Les juges veillent alors à ce que l'employeur respecte la procédure de modification du règlement intérieur²⁸¹², en soumettant le document à l'avis des représentants du personnel et en le

pouvoirs de l'employeur et libertés des salariés, RPDS 1996, p. 7, spéc. p. 15. En revanche, les juges du droit considèrent qu'une cause réelle et sérieuse peut être retenue lorsque le salarié refuse de signer, de façon réitérée, des documents d'origine professionnelle ayant pour objet la marche de l'entreprise, parmi lesquels figure une attestation de conformité à un code d'éthique : « *les refus systématiques opposés sans motif sérieux par la salariée à sa hiérarchie constituaient des manquements à ses obligations découlant du contrat de travail qui étaient de nature à en justifier la rupture* » : Cass. soc., 26 février 2013, n° 11-26.949, inédit.

²⁸⁰⁷ Dans le milieu bancaire, le manquement à certaines règles déontologiques peut également constituer une faute grave. À propos d'un guichetier ayant passé des virements pour son compte : CA Paris 30 mai 2013, n° 10-08165. À propos d'un cadre bancaire ayant incité deux clientes âgées à souscrire des engagements financiers en usant de procédés déloyaux : CA Paris 9 mars 2011, n° 09-6382.

²⁸⁰⁸ Cela apparaît expressément dans les affaires suivantes : « *qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel a pu décider que le comportement du salarié, qui avait manqué à l'obligation de loyauté professionnelle, rendait impossible son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis et constituait une faute grave* » : Cass. soc., 24 février 1993, n° 90-45.101, inédit ; « *Considérant (...) qu'il a ainsi manqué au devoir élémentaire de loyauté à l'égard de ce dernier* » : CA Paris, 14 mai 1987, *Lafargue/ SA IBM France*, Juris-Data n° 1987-025303. A contrario : « *Et attendu, ensuite, qu'elle a pu décider, qu'en s'abstenant de porter à la connaissance de l'employeur l'exécution d'opérations financières strictement personnelles, le salarié n'avait pas manqué à l'obligation de loyauté envers son employeur* » : Cass. soc., 1^{er} février 2001, n° 98-46.393, inédit.

²⁸⁰⁹ Le licenciement du salarié qui a mis ses fonctions à profit pour favoriser une station de radio dont il était le gérant en lui confiant l'essentiel du budget prévu par la Chambre d'agriculture de la Réunion pour la promotion radiophonique de son activité, repose sur une faute grave : Cass. soc., 11 février 2003, n° 00-45.871, inédit.

²⁸¹⁰ Le licenciement d'un chef de rayon ayant accepté un cadeau d'un fournisseur repose sur une cause réelle et sérieuse dès lors que le règlement intérieur de l'entreprise interdit les pratiques de favoritisme envers les fournisseurs : CA Nancy, 13 mars 2007, n° 04-3271, *Sté Cora Verdun c/ C.* ; RJS 1/08, p. 104.

²⁸¹¹ « *Ces dispositions doivent faire l'objet d'une analyse substantielle les confrontant à la catégorie juridique de discipline* » : A. JEAMMAUD, *L'entreprise, champ de validité de normes non-conventionnelles*, in *Le singulier en droit du travail*, dir. J.-M. BÉRAUD et A. JEAMMAUD, Dalloz, 2006, p. 149. Mais, même si les règles éthiques ne relèvent pas du règlement intérieur, « *le seul fait de lui être annexé peut conférer à un document une forme d'« autorité morale » contribuant, de fait, à en assurer le respect dans l'entreprise* » : B. TEYSSIÉ, *La vertu en droit du travail*, in *La vertu*, de J. FOYER et C. PUIGELIER, PUF, 2009, p. 345.

²⁸¹² « *La diffusion sur le site intranet de l'entreprise de nouvelles dispositions relatives au « code de conduite Novartis » constitue un trouble manifestement illicite en ce qu'elles portent atteinte à la vie privée du personnel, et en ce qu'elles n'ont pas été précédées de l'information et de la consultation du CE, du CHSCT, ni de la communication préalable à l'inspection du travail, en ce qu'elles constituent une modification du règlement intérieur et un risque pour la santé mentale du personnel* » (les dispositions en cause obligent les collaborateurs à demander l'autorisation de l'entreprise pour exercer des activités gouvernementales, politiques, bénévoles ou civiques et visent à gérer indirectement les activités des autres membres de la famille des collaborateurs) : TGI Nanterre, réf. 6 octobre 2004, n°04-2865, *Comité d'établissement Novartis Pharma c/ SAS Novartis Pharma* ; RJS 12/2004, n°1244 ; note de F. SARAMITO, Dr. ouvr., 2005, p. 219 ; note de S. HADJALI, Gaz. Pal. 19 avr.

communiquant ensuite, accompagné dudit avis, à l'inspection du travail²⁸¹³. Cependant, le juge administratif a pu aller plus loin, en faisant produire des effets disciplinaires à une note de service qui n'avait pourtant pas été incorporée au règlement intérieur. Le Conseil d'État a ainsi reconnu la validité d'un licenciement pour faute d'une employée du service vacances de la ligue française de l'enseignement, qui avait sollicité auprès d'une compagnie de transport aérien la délivrance, pour son usage personnel, de billets à tarif réduit, en dépit de l'interdiction figurant dans ladite note²⁸¹⁴. Analysant cette décision dans leur rapport, le Professeur Paul-Henri Antonmattéi et Monsieur Philippe Vivien ne s'en sont pas émus, considérant qu'« *une règle à caractère déontologique peut s'imposer aux salariés alors qu'elle ne figure pas dans le règlement intérieur* »²⁸¹⁵.

449. La détermination délicate de la valeur des clauses éthiques. Les deux auteurs précités ont conclu la partie dédiée aux chartes éthiques, de leur rapport de 2007, sur la proposition de n'appliquer le régime du règlement intérieur qu'aux clauses qui fixent un comportement éthique dont la qualification lie l'employeur, contrairement à celles encadrant un comportement « *dont la violation peut fonder une éventuelle sanction* ». Ces dernières devraient être soumises à l'avis des représentants du personnel mais pas à la procédure de

2005, p. 59. Voir aussi : TGI Libourne, 15 septembre 2005, n° 05-143, *préc. cf. supra* note n° 2040 ; TGI Nanterre, réf., 20 décembre 2006, *CE d'Exxon Mobil* (ici, en revanche, la consultation du CHSCT n'avait pas été requise) ; TGI Nanterre, 19 octobre 2007 ; I. DESBARATS, *Codes de conduite et chartes éthiques sous surveillance*, RDT 2008, p. 39 ; Ph. WAQUET, *Règlement intérieur, charte d'éthique et système d'alerte*, SSL 2007, n° 1328. Dans cette dernière affaire, la Cour de cassation a jugé que ne peuvent être déclarées licites les dispositions du code de conduite qui soumettent la divulgation d'informations à usage interne à l'autorisation préalable de la société Dassault, sans définir précisément ces informations : Cass. soc., 8 décembre 2009, n° 08-17.191, *préc. cf. supra* note n° 2046. Le code éthique de la société Schindler obligeait les collaborateurs à informer la direction si leur conjoint était impliqué dans une activité en concurrence avec Schindler, et à révéler tout manquement aux valeurs éthiques (incluant le consentement tacite à des manquements par des subordonnés), sous peine de procédure de sanctions disciplinaires. La société a été condamnée à retirer son code éthique, qui n'avait pas été adopté selon les règles propres au règlement intérieur. La juridiction a par ailleurs jugé que le code était inopposable aux salariés : TGI Versailles, 17 juin 2004, *CCE Schindler et FTM CGT c. Schindler SA* ; Dr. ouvr. 2004, p. 473, note de M.F.B.C.

²⁸¹³ C. trav., art. L. 1321-4.

²⁸¹⁴ « *Considérant, en premier lieu, qu'en jugeant que la règle à caractère déontologique contenue dans la note de service du 5 janvier 1993 s'imposait à Mme X..., alors même qu'elle n'avait pas été incorporée aux dispositions du règlement intérieur, la cour administrative d'appel n'a, en tout état de cause, commis aucune erreur de droit* » : CE 11 juin 1999, n° 195706 ; « *Confondre discipline et déontologie n'est donc pas sans risque si l'on ne veut pas reconnaître notamment à toutes les chartes d'entreprise un caractère juridique* » : C. GIRAUDET, *Nature juridique d'une disposition déontologique contenue dans une note de service*, D. 2000, p. 88.

²⁸¹⁵ P.-H. ANTONMATTEI et Ph. VIVIEN, *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives*, Rapport au ministre délégué à l'Emploi, La Documentation française, 2007, p.23.

modification du règlement intérieur²⁸¹⁶. Cette distinction, qui est loin d'être évidente²⁸¹⁷, n'est que rapidement mentionnée dans la circulaire n° 2008-22 de la DGT du 19 novembre 2008, prise à la suite du rapport²⁸¹⁸. Mais il ne s'agit pas du critère de distinction retenu par l'administration. Pour réussir à distinguer les clauses relevant du pouvoir disciplinaire de l'employeur de celles relevant du pouvoir – plus large – de direction²⁸¹⁹, et leur appliquer le régime adéquat, la circulaire donne comme consigne aux services déconcentrés d'analyser avec attention le contenu du document²⁸²⁰ et de le comparer aux prescriptions de l'article L. 1321-1 du Code du travail²⁸²¹. En d'autres termes, la circulaire rappelle que relève du régime disciplinaire les règles générales et permanentes relatives à la discipline mais sans que ce critère ne soit davantage précisé. Pour y voir plus clair, il vaut mieux se référer à l'annexe 1 de la circulaire, intitulée « *guide de contrôle des codes de conduite* », qui répertorie les clauses relevant du champ du règlement intérieur²⁸²². Aussi, dans le corps de la circulaire, il est rappelé aux agents de contrôle que, si les dispositions du document éthique sont étrangères au champ du règlement intérieur mais que ce dernier est présenté comme un « *instrument de*

²⁸¹⁶ P.-H. ANTONMATTEI et Ph. VIVIEN, *rapport préc.*, p. 25-26.

²⁸¹⁷ « *On peut néanmoins regretter que les juges du fond n'aient pas saisi l'occasion de clarifier un débat aujourd'hui source d'incohérences et d'insécurité. Au-delà, on peut s'interroger sur la pertinence d'une classification distinguant de façon binaire : les normes comportementales dont les manquements sont assortis de sanctions, donc relevant du domaine du règlement intérieur ; et celles dont la violation n'est pas affichée comme étant directement assortie de sanctions, donc ne relevant pas du domaine du règlement intérieur.* » : A. TEISSIER, *Codes de conduite : conditions de validité*, JCP S 2008, n° 1071.

²⁸¹⁸ Cette distinction est mentionnée en page 12.

²⁸¹⁹ Cette distinction a pour origine celle proposée par le Professeur Alain Supiot : « *Si l'employeur se lie lui-même, soit en instituant un droit (...), soit par une qualification juridique (comme la qualification de faute professionnelle), on a affaire à une véritable règle de droit susceptible d'être invoquée par le salarié (...), et applicable par le juge sous réserve du contrôle de sa licéité externe (...) et interne (...). Si au contraire ces normes ne lient aucunement l'employeur, on a affaire à de simples actes de gestion, qui visent à normaliser le comportement des salariés. On quitte alors le domaine du droit pour le domaine des faits. Ces règles de normalisation participent de l'ensemble plus vaste de la pratique du pouvoir de direction. Elles ne sauraient donc lier le juge (...)* » : A. SUPIOT, *La réglementation patronale de l'entreprise*, Dr. soc. 1992, p. 215, spéc. p. 223.

²⁸²⁰ Il est précisé en page 7 de cette circulaire relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur que « *l'assimilation de cette décision au règlement intérieur sera fonction du contenu des codes et chartes ainsi mis en place dans l'entreprise, quel que soit l'intitulé choisi* » et que « *seul le contenu du document définit le champ de la compétence administrative* ». Il est à nouveau rappelé en page 12 que « *le fondement légal de la compétence des inspecteurs et contrôleurs du travail est donc déterminé par le contenu de ces documents* ».

²⁸²¹ Il est fait référence à cet article en pages 10, 11 et 12.

²⁸²² Par exemple, en matière de conflit d'intérêts, relève du champ du règlement intérieur la clause d'un document éthique qui impose au salarié d'obtenir l'autorisation préalable de la direction avant d'effectuer des investissements à titre personnel en vue de détenir une participation dans une société. En revanche, tel n'est pas le cas de celle selon laquelle le salarié doit déclarer ses liens familiaux avec d'autres membres de l'entreprise (qui constitue, par ailleurs, une atteinte disproportionnée à la vie privée). Concernant l'activité du salarié, est disciplinaire la clause qui impose au salarié de consacrer la totalité de son activité professionnelle à l'employeur (par référence à la circulaire DRT du 10 septembre 1991), à l'inverse de celle qui rappelle que le salarié ne saurait impliquer son entreprise dans une position partisane.

gestion de l'entreprise », ils peuvent néanmoins formuler des observations, au titre par exemple de l'exigence de proportionnalité de la règle édictée²⁸²³. En outre, dans un tel cas de figure, les représentants du personnel peuvent être consultés au titre de leur compétence générale²⁸²⁴.

450. Conclusion de section. Il est attendu du travailleur d'avoir un comportement conforme aux valeurs éthiques de l'entreprise, qui, dans le meilleur des cas, ont été discutées, voire négociées, collectivement. Mais, pour que cette attente soit comblée, il faut que celles des travailleurs le soient également²⁸²⁵. Or, leurs attentes consistent à effectuer un travail qui a du sens²⁸²⁶ et à pouvoir être fier d'appartenir à une entreprise²⁸²⁷ qui respecte, elle aussi, ses engagements, en son sein et à l'extérieur de son enceinte.

²⁸²³ C. trav., art. L. 1121-1 et L. 8112-1.

²⁸²⁴ La circulaire renvoie à l'ancien article L. 2323-6 du Code du travail, à remplacer par l'article L. 2312-8 dudit code, avec l'avènement du comité social et économique.

²⁸²⁵ « *Le contrat de travail survivra longtemps, à condition que l'on repense sa définition pour mieux retranscrire le rapport employeur/salarié à l'aune de ces mutations. À condition aussi, et c'est l'objet des développements figurant dans ce rapport, que les attentes des salariés soient davantage prises en compte dans le projet d'entreprise auquel ils collaborent. Faute de le faire, les entreprises seraient confrontées à une désaffection croissante des salariés pour leur statut. Ce qui se traduit au mieux par leur désengagement, au pire par leur reconversion vers d'autres formes de travail que leur offre l'évolution des technologies.* » : *Le rôle sociétal de l'entreprise, Élément de réflexion pour une réforme*, Rapport du Club des juristes, dir. A. FRÉROT et D. HURSTEL, avril 2018, p. 39-40. Le rapport indique aussi : « *Il (le salarié) aspire enfin à épouser les valeurs de son entreprise, notamment dans son rôle de préservation de l'environnement tel que la RSE l'impose. Les attentes se résument ainsi : atténuation de l'impact de la subordination vu comme un lien d'obéissance ; se faire entendre par les décisionnaires et/ou par la gouvernance ; profiter d'un partage de la valeur* » : p. 44.

²⁸²⁶ « *Qu'est-ce qu'une entreprise ? (...) Malgré la place de l'entreprise dans le monde moderne, ces questions n'ont reçu que des réponses très partielles et toujours ambivalentes, tant de la part du droit que des sciences morales. Pour le citoyen ordinaire, l'entreprise est pourtant un objet omniprésent et souvent incontournable de la vie quotidienne. (...) Comme salarié ou candidat au recrutement, il espère que l'entreprise lui permettra d'acquérir des compétences et de participer à une activité collective ordonnée et efficace. L'entreprise devrait aussi être une communauté d'investissement des énergies et des rêves, dont on attend en retour un statut social et des promesses d'avenir. Mais ces aspirations restent absentes des conceptions juridiques et des doctrines économiques en vigueur* » : B. SEGRESTIN et A. HATCHUEL, *Refonder l'entreprise*, Éditions du Seuil et la République des Idées, 2012, p. 21.

²⁸²⁷ Ce que veulent les travailleurs, « *c'est être fiers, adhérer au projet collectif qui est leur projet professionnel et pouvoir en parler avec dignité et fierté. C'est là un ressort essentiel dans le monde du travail et un fondement de la réussite sociale et économique de l'entreprise* » : F. CARDOT, *Conclusion*, in *Éthique de l'entreprise, réalité ou illusion ?*, dir. A. ANQUETIL et al., L'Harmattan, 2010, p. 178.

Section 2 : Le rayonnement externe de la conscience

451. Élargir le cercle d'influence. Même si elle n'est pas citoyenne, l'entreprise est incontestablement une composante essentielle de la société. Dès lors, sa conscience éthique ne peut pas se contenter d'une application strictement interne, dans le cadre des relations de travail, aussi importante soit celle-ci. En élargissant le cercle des parties prenantes à celles situées à l'extérieur de l'entreprise, il faut alors se demander qui du droit (§1) ou de la réputation (§2) est le mieux à même d'assurer l'effectivité des déclarations de conscience.

§ 1 : La juridicité de la conscience éthique

452. Du constat d'un droit mou... Comme cela a déjà été évoqué, il existe, en France, un certain scepticisme à l'égard de la légitimité du rôle éthique joué par l'entreprise²⁸²⁸. Contrairement à la tradition américaine de communauté veillant à la moralité de ses membres, l'éthique y est « *strictement liée à la conscience* »²⁸²⁹ et relève d'abord de la libre adhésion de chacun à la vision qu'il a de son devoir²⁸³⁰. Mais, si le caractère volontaire de la démarche éthique peut sembler constituer un avantage, en entraînant plus facilement l'adhésion à la règle²⁸³¹, son caractère non obligatoire a pu être largement dénoncé. En effet, par opposition au « *vrai* » droit, ou « *droit dur* »²⁸³², les règles éthiques ont été qualifiées de « *soft law* »²⁸³³,

²⁸²⁸ Plus largement, les entreprises de l'Europe du Sud ne sont pas pionnières en matière de formalisation de l'éthique et « *tendent à concevoir leurs outils en s'appuyant sur les expériences de leurs homologues anglo-saxons et nord-européens, intégrant du coup des éléments de compliance, de respect environnemental et de régulation sociale* » : Y. MEDINA, *La déontologie, ce qui va changer dans l'entreprise*, Éditions d'Organisation, 2003, p. 17-18.

²⁸²⁹ « *En France, ou plus largement en Europe continentale, il s'agit d'une morale liée usuellement au désintéressement. (...) Pourtant il existe des pays comme les États-Unis où l'éthique, à l'instar du droit ou de la justice, n'est pas aussi strictement liée à la conscience, n'est pas véritablement une figure symbolique de la morale. L'éthique anglo-saxonne, comme le droit, s'adapte aux faits et aux réalités du terrain. L'application est effectuée au cas par cas, de manière quasi stratégique, contrairement à la France qui ne voit dans l'éthique ou le droit que la transposition de grands principes, (...). La notion de conscience, de bien ou de mal est presque étrangère.* » : J. DELGA, *De l'éthique d'entreprise et de son cynisme*, D. 2014, p. 3126.

²⁸³⁰ « *Les Français semblent surpris que l'on veuille faire de l'éthique une règle collective en entreprise, les problèmes éthiques relevant plutôt de leur propre arbitre* » : S. MERCIER, *L'éthique dans les entreprises*, Éditions La Découverte, 3^{ème} éd., 2014, p. 96.

²⁸³¹ « *Ces modèles éthiques ne semblent pas tant nés d'une croyance dans une bonne conscience des entreprises mais dans une impossibilité d'atteindre des comportements sans la participation volontaire des entreprises* » et leur caractère volontaire est « *dédouble* : le code de bonne conduite est adopté volontairement par une entreprise ; ses partenaires se lient volontairement à elle » : P. DEUMIER, *Les sources de l'éthique des affaires, Codes de bonnes conduite, chartes et autres règles éthiques*, in *Libre droit : Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 348.

²⁸³² « *La pratique des « chartes » professionnelles, d'entreprise, d'éthique et autres « codes de bonne conduite » s'est développée ces dernières années. Il y a sans doute à cela un effet de mode comme si l'emploi du mot*

ou de « *droit mou* » ou « *souple* » en français, dans la mesure où leur non-respect apparaissait difficilement sanctionnable. Pour certains auteurs, ce phénomène n'ôte rien à la juridicité des règles en lien avec cette conscience car ce qui compte, *in fine*, c'est qu'elles soient capables de guider l'action de la collectivité de travail²⁸³⁴. Toutefois, il doit être constaté que les entreprises peinent encore à faire respecter certaines règles dans des pays où elles ont des intérêts commerciaux²⁸³⁵, à l'instar des règles de sécurité dans les usines et ateliers de textile au Bangladesh²⁸³⁶. Si la difficulté principale est liée au contrôle de l'application de ces règles, celle qui consiste à fixer des règles qui aient du sens dans d'autres pays n'est pas moindre²⁸³⁷. Par ailleurs, certains auteurs dénoncent le profit que les entreprises tirent de cette situation qui

« charte » permettait de ne pas donner au document une connotation juridique trop pesante, la charte étant bien entendu supposée plus souple, plus adaptable, plus réaliste que la norme juridique. » : P.-Y. VERKINDT, *Le droit du travail*, Dalloz, 2005, p. 52.

²⁸³³ « Un pas de plus est franchi lorsque la norme applicable à la relation de travail est librement choisie par l'entreprise. Tel est le cas des codes de conduite, labels sociaux ou écologiques, règles d'investissement éthiques, etc., que les entreprises promettent de s'appliquer à elles-mêmes. De telles règles prolifèrent depuis quelques années en matière sociale et environnementale, renvoyant à un droit mou tout ce qui, sur les marchés internationaux, concerne les hommes et la nature, le droit dur étant en revanche de règle en matière de libre circulation des marchandises et des capitaux » : A. SUPIOT, *Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises*, in *Analyse juridiques et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 541, spéc. p. 543-544. « Cette impression d'inutilité découle principalement de l'appartenance de la RSE à la soft law, c'est-à-dire au droit souple, parfois qualifié de post-moderne, qui remet en cause les critères traditionnels de la juridicité, à savoir l'obligatorité et la sanction. » : A.-B. CAIRE, *L'éthique au service des droits de l'Homme*, in *L'éthique de l'entreprise, Questions d'actualité, op. cit.*, p. 145. Il s'est créé « une sorte de « soft law » de la responsabilité sociétale, qui va chercher son inspiration dans des principes internationaux, tels que les principes directeurs de l'OCDE ou la convention tripartite de l'OIT, et qui n'ont pas nécessairement leur traduction dans le droit national » : Y. MEDINA, *op. cit.*, p. 133.

²⁸³⁴ À propos du droit : « Que lui demande-t-on en effet ? Quelle est sa fonction ? Organiser la vie des hommes en société, guider l'action humaine. Et pour ce faire plusieurs moyens s'offrent à lui : un moyen autoritaire, fait d'ordres et de contraintes, quantitativement très important, car longtemps unique et, par là même, identifié au droit lui-même, et un moyen souple, fait de recommandations et de déclarations. Par conséquent, définir le droit comme un ordre de contrainte, c'est confondre la fin et les moyens du droit, c'est le définir par son moyen, la contrainte ; or celle-ci n'est plus qu'un moyen parmi d'autres - certes longtemps privilégié mais plus le seul aujourd'hui -, permettant au droit de remplir sa mission d'organisation et de guidance de l'action humaine. Fonction de régulation sociale servie doublement par le droit dur qui régit et par un droit souple qui régule la vie des hommes en société. » : C. THIBIERGE, *Le droit souple, Réflexions sur les textures du droit*, RTD civ. 2003, p. 599.

²⁸³⁵ « L'une des grandes difficultés de la RSE en matière sociale réside dans les problèmes liés au respect de ces principes dans les relations avec les pays tiers ; les failles souvent béantes de la RSE sont constatées lors de catastrophes liées aux conditions de travail dans les pays tiers » : C. MALECKI, *Responsabilité sociale des entreprises, Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, LGDJ Lextenso éditions, 2014, p. 300.

²⁸³⁶ cf. supra n° 501 et note n° 1945.

²⁸³⁷ « La difficulté pour un grand groupe est alors de fixer des règles qui aient du sens non seulement dans le pays d'origine, mais aussi à l'étranger... ». Face à un code de conduite, il faut se demander : « ces règles sont-elles applicables mondialement ? ». L'évaluation des compétences à la lumière de la notion d'égalité de traitement n'est pas toujours compréhensible pour tous. Tel est l'exemple d'un patron, au Moyen-Orient, qui voulait installer près de son bureau un salarié d'origine indienne aux compétences reconnues, mais de caste inférieure à un autre salarié ayant la même origine, et qui doit gérer le mécontentement de ce dernier, placé plus loin dans le couloir et ne comprenant pas la situation : Ph. LEGREZ, *L'éthique à l'échelle internationale : l'expérience Michelin*, in *L'éthique de l'entreprise, Questions d'actualité, op. cit.*, p. 123.

permet de faire échapper leurs engagements à un cadre juridique contraignant²⁸³⁸ et de les résumer à des codifications de bonnes intentions²⁸³⁹ ou de « *vagues et naïves propositions à l'eau de rose* »²⁸⁴⁰.

453. ...à l'espoir d'un droit dur. Sans doute faut-il admettre que l'éthique est « *le symptôme d'une crise de l'idéologie économique* »²⁸⁴¹ et peut-être aussi d'une crise de l'autorité²⁸⁴². Mais, dans le même temps, il est permis d'être optimiste au sujet de l'éthique d'entreprise et de considérer que « *peut-être son omniprésence dans le discours juridique n'est (...) pas le signe de son insignifiance mais celui de sa force* »²⁸⁴³. Le Professeur Pascale Deumier utilise la formule intéressante de « *la « conscientisation du droit », qui fait pénétrer les droits fondamentaux dans les esprits par la discussion, l'échange et le dialogue* »²⁸⁴⁴. En d'autres termes, les principes de l'éthique d'entreprise permettraient de faire prendre conscience du nécessaire respect des droits de l'Homme²⁸⁴⁵, incluant celui de vivre et de

²⁸³⁸ La RSE « *s'est imposée comme le cadre de référence pour fonder un mouvement de privatisation du processus de régulation de la mondialisation de l'économie et, à tout le moins, pour retarder l'avènement d'une norme juridique contraignante en favorisant le recours à la soft law* ». Mais ce système d'autorégulation n'est pas suffisant. Par exemple, la liberté syndicale est encore bafouée malgré la convention n° 87 de l'OIT, reconnue comme fondamentale dans la Déclaration de 1998 : I. DAUGAREILH, *La responsabilité sociale des entreprises*, in *Prendre la responsabilité au sérieux*, dir. A. SUPIOT et M. DELMAS-MARTY, PUF, 2015, p. 183-184.

²⁸³⁹ C. ROQUILLY, *Analyse des codes de conduite des sociétés du CAC 40*, Cahiers de droit de l'entreprise 2011, n° 5, p. 28.

²⁸⁴⁰ Ph. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Essai, Dalloz, Dunod, 2000, p. 70.

²⁸⁴¹ A. SUPIOT, *Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises*, in *Analyse juridiques et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 541, spéc. p. 550.

²⁸⁴² Il est possible d'observer qu'« *à une autorité - des parents, des enseignants, du chef d'entreprise, des pouvoirs publics...-, jadis fortement caractérisée par la soumission et la contrainte, s'est en partie substituée une autorité soucieuse de légitimer son action, ouverte au dialogue, et en quête de l'adhésion de ses destinataires* ». « *On peut préférer voir le droit souple comme un symptôme et comme un vecteur : symptôme de l'évolution de la société et du droit marquant l'avènement d'une nouvelle période de reflux d'une société de commandement et d'émergence d'un nouveau paradigme juridique. Le droit souple apparaît aussi comme un vecteur d'harmonisation des droits, des règles, des conduites ; vecteur d'évolution et de cohérence du droit ; vecteur d'éthique aussi. Chacune de ces qualités porteuses du défaut opposé. C'est qu'en lui-même, le droit souple n'est ni bon, ni mauvais ; il est ; il est un outil et, à ce titre, sera donc ce que nous en ferons : porteur du meilleur comme du pire, l'exigence de discernement à son endroit s'avère tout particulièrement de mise.* » : C. THIBIERGE, *Le droit souple, Réflexions sur les textures du droit*, RTD civ. 2003, p. 599.

²⁸⁴³ A.-B. CAIRE, *L'éthique au service des droits de l'Homme*, in *L'éthique de l'entreprise, Questions d'actualité*, op. cit., p. 132 et 133.

²⁸⁴⁴ P. DEUMIER, *La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux*, D. 2013, p. 1564. La même idée est développée par Françoise Cardot qui explique que l'éthique a permis la prise de conscience du travail - et des mauvais traitements - des enfants dans les usines des sous-traitants du groupe Nike. Selon elle, « *l'éthique n'offre pas de solution mais rend conscient des problèmes* ». Ainsi, le travail des enfants révolte la sensibilité occidentale mais, dans certains pays du Sud, l'enfant appartient à un écosystème familial que certains de ces pays tentent de préserver en équilibrant temps de travail et temps d'éducation. : F. CARDOT, op. cit., p. 9 et p. 57.

²⁸⁴⁵ Si la RSE est « *envisagée comme « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société* », elle « *apparaît comme indissociable des droits de l'Homme* » : A.-B. CAIRE, art. préc., p. 139.

travailler dans un environnement sain²⁸⁴⁶, et du droit en général. Mais il y a alors un risque que ces principes ne fassent que rappeler des obligations légales « *pesant déjà sur les acteurs économiques* »²⁸⁴⁷. Il doit donc être permis d'être un peu plus exigeant et de considérer, à l'instar de la Commission européenne²⁸⁴⁸ et de l'OIT²⁸⁴⁹, que le respect du droit – et en particulier du droit social – doit être « *un préalable nécessaire* »²⁸⁵⁰, de sorte que les règles d'origine privée ne puissent qu'élever le niveau de protection accordée aux travailleurs par le droit étatique²⁸⁵¹. Dès lors, en partant du postulat que les entreprises participent à la création de véritables normes juridiques²⁸⁵², il faut s'intéresser aux qualifications juridiques plus précises qui peuvent être retenues aujourd'hui (I), et se demander si, demain, l'incorporation des convictions éthiques dans la définition de la société pourrait rendre leur application plus efficace (II).

²⁸⁴⁶ Articler 1^{er} de la Charte de l'environnement du 28 février 2005 ; article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

²⁸⁴⁷ P. MORVAN, *Sur la défense des valeurs par la jurisprudence sociale récente*, RJS 2018, p. 543 et s., spéc. p. 545.

²⁸⁴⁸ Pour assumer leur responsabilité sociale et environnementale, « *il faut au préalable que les entreprises respectent la législation en vigueur et les conventions collectives entre les partenaires sociaux* » car la « *RSE* » « *concerne les actions de celles-ci qui vont au-delà des obligations juridiques qui leur incombent à l'égard de la société et de l'environnement* » : Communication de la Commission, *Responsabilité sociale des entreprises: une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, COM(2011) 681 final, p. 4 et 7.

²⁸⁴⁹ « *Par responsabilité sociale des entreprises, on désigne les initiatives que les entreprises prennent volontairement, en plus et au-delà de leurs obligations légales, et qui constituent un moyen pour elles de tenir compte de leur impact sur toutes les parties prenantes. La responsabilité sociale des entreprises complète, sans la remplacer, la réglementation ou la politique sociale de l'État.* » : *Une mondialisation juste crée des opportunités pour tous*, Rapport de la Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation, OIT, février 2004, p. 138, § 550.

²⁸⁵⁰ Il faut rappeler que, selon certains, c'est la réflexion éthique qui doit être préalable au droit : « *Mais alors, quels rapports l'éthique issue de cette voie autonome va-t-elle entretenir avec le Droit ? (...) certains font de la réflexion éthique à la fois un préalable à l'élaboration de la règle de droit et une mesure d'évaluation lors de l'application desdites règles, ce qui maintient l'éthique en position d'auxiliaire du droit, alors que d'autres font de l'élaboration des règles éthiques une manifestation du pluralisme juridique, un phénomène d'autorégulation qui peut éventuellement bénéficier d'une réception par le système juridique étatique et acquérir une valeur juridique au sein de cet ordre ou au contraire rester cantonnée dans sa sphère et son ordre juridique particulier* » : B. OPPETIT, *Éthique et vie des affaires*, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 319, spéc. p. 331 ; B. OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 274-275.

²⁸⁵¹ P.-Y. VERKINDT, *Le droit du travail*, Dalloz, 2005, p. 153.

²⁸⁵² « *L'entreprise peut activement participer au durcissement du contexte légal, ou conclure des contrats avec d'autres institutions (par exemple des ONG), permettant de sanctionner juridiquement le respect de ces engagements volontaires. (...) les relations entre RSE et droit peuvent s'inscrire sur un continuum, incluant une forme de « facilitation » de l'État (par ex. à travers la distribution de subventions conditionnées), et une forme d'exigence de l'État, notamment sur les moyens pour répondre à la RSE (par ex. à travers l'obligation de reporting introduite dans certaines législations)* » : K. LEVILLAIN, *Les entreprises à mission, Un modèle de gouvernance pour l'innovation*, Magnard-Vuibert, 2017, p. 35. Sur ce sujet, une thèse a été récemment publiée : M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, préf. P. DEUMIER, Dalloz, 2018.

I : Les qualifications juridiques actuelles

454. Pour devenir opposables à l'entreprise par certaines parties prenantes, les règles éthiques de l'entreprise vont devoir obtenir une qualification de la part du juge (A) ou du législateur (B).

A. La conscience éthique saisie par le juge : des engagements contraignants

455. **Des engagements unilatéraux.** La question principale de la juridicité est très bien résumée par le Professeur Antoine Lyon-Caen : « *Tôt ou tard il faudra savoir si les entreprises peuvent, d'une façon ou d'une autre, être obligées d'exécuter leurs engagements ou tenues pour responsables des conséquences de leur inexécution* »²⁸⁵³. Il ne s'agit donc pas seulement d'imposer des obligations aux parties prenantes internes de l'entreprise, que sont les salariés et les dirigeants²⁸⁵⁴. En réalité, si la règle éthique, qu'elle soit issue d'un acte unilatéral ou d'un accord transnational, contient un engagement de l'employeur à l'égard des salariés qui s'avère plus favorable que le contrat de travail, les accords collectifs nationaux ou la loi, ces derniers vont être en mesure de l'invoquer, si nécessaire avec l'aide du juge²⁸⁵⁵. Différentes qualifications juridiques pourraient être convoquées²⁸⁵⁶, telles que l'obligation naturelle²⁸⁵⁷ ou le quasi-contrat²⁸⁵⁸. Mais la seule qualification retenue par les

²⁸⁵³ « *L'adhésion à un programme de responsabilité sociale des entreprises peut ainsi être comprise comme un moment de mutation d'une obligation naturelle en obligation civile. Elle peut aussi être interprétée comme générant des engagements unilatéraux dont bénéficient des collectivités. (...) Certains imaginent peut-être que l'appartenance à l'aristocratie des entreprises citoyennes a pour contrepartie une soustraction de leurs engagements, aux rets du droit. Les entreprises auraient alors inventé un droit qui, dans sa souplesse extrême, se refuserait à en être.* » : A. LYON-CAEN, *Moi engagement*, RDT 2013, p. 591.

²⁸⁵⁴ Sur le contrôle interne de la conscience : cf. *supra* n° 444 et s.

²⁸⁵⁵ L'engagement de l'entreprise doit pouvoir être invoquée par le salarié : A. SUPIOT, *La réglementation patronale de l'entreprise*, Dr. soc. 1992, p. 215, spéc. p. 223, *préc. cf. supra* note n° 2819.

²⁸⁵⁶ La RSE n'a pas « *le pouvoir de faire obstacle à ce qu'un engagement entrant dans les catégories juridiques produise les effets juridiques qui y sont attachés. Ainsi, si un code de conduite porte une disposition illicite, il sera censuré. À l'inverse, il pourra produire effet s'il entre dans les qualifications d'avenant au règlement intérieur, de contrat, quasi-contrat ou obligation naturelle. La RSE peut ainsi, à tout moment, être extirpée du monde de la soft law par le simple fait qu'un engagement volontaire peut, comme tout acte ou comportement, entrer dans le champ d'une catégorie légale et être dès lors soumis à son régime.* » : P. DEUMIER, *La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux*, D. 2013, p. 1564.

²⁸⁵⁷ « *C'est sous l'angle de la transformation d'une obligation naturelle en une obligation civile, pleinement contraignante, qu'une norme éthique peut être analysée, une telle transformation étant jugée possible par l'adhésion à une démarche RSE* » : I. DESBARATS, *La RSE « à la française » : où en est-on ?*, Dr. soc. 2018, p. 525. Ainsi, un comportement inspiré par la RSE « *peut être considéré comme un devoir éthique que s'imposent, de manière volontaire, des dirigeants* » et traduire « *l'existence d'une obligation naturelle à la charge de l'entreprise* », qui devient obligation civile par l'engagement pris : J. ARNAL et J.-P. GALAVIELLE, *L'éthique économique entre droit et régulation sociale*, in *Économie sociale et droit, Économie et droit du travail*, Tome 1,

juridictions est celle de l'engagement unilatéral de l'employeur. Ont par exemple été qualifiés d'engagements unilatéraux le guide du personnel de l'une des sociétés filiales du groupe Total²⁸⁵⁹ ou les accords conclus par l'association Sherpa et le groupe Areva²⁸⁶⁰. Comme l'ont souligné plusieurs auteurs, les juges font respecter l'adage « *Tu patere legem quam ipse fecisti* », ou « *Subis les conséquences de ta propre loi* »²⁸⁶¹.

dir. C. BOURREAU-DUBOIS et B. JEANDIDIÉ, XXVI^e Journées de l'Association d'Économie Sociale à Nancy les 7 et 8 septembre 2006, L'Harmattan, 2006, p. 115, spéc. p. 122. « *L'obligation naturelle suppose une morale, une conscience et les personnes morales ne sont traditionnellement pas envisagées comme dotées d'une telle morale. Pour autant il n'y a pas, en réalité, d'incompatibilité radicale entre les deux notions. Passées les premières hésitations il est possible d'observer qu'au contraire le mouvement qu'illustre la « Responsabilité sociale des entreprises » et que l'on retrouve au travers du slogan « d'entreprise citoyenne » révèle précisément la volonté de certaines personnes morales, de dépasser la seule réalisation de profits ou d'économies pour intégrer d'autres « valeurs ».* » : F. G. TRÉBULLE, *Responsabilité sociale des entreprises : entreprise et éthique environnementale*, Rép. Sociétés, Dalloz, 2017, n° 48.

²⁸⁵⁸ Selon le Professeur François-Guy Trébulle, deux éléments militaient en faveur de l'invocation des quasi-contrats : l'ouverture de cette catégorie par la Cour de cassation en 2002 (Cass. ch. mixte, 6 septembre 2002, n° 98-22.981, Bull. ch. mixte, n° 4 : « *l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer* ») et la lettre de l'ancien article 1371 du Code civil. À partir de cette ancienne définition, « *on peut observer que l'adhésion à une démarche de « Responsabilité sociale des entreprises » est un fait volontaire dont il résulte un engagement, ou une apparence d'engagement - celui de respecter l'environnement notamment.* » : F. G. TRÉBULLE, *op. cit.*, n° 47 ; cité par : I. DESBARATS, *art. préc.* Toutefois, il faut souligner que, depuis cette analyse, la définition du quasi-contrat, désormais présente à l'article 1300 du Code civil, a quelque peu évolué : « *Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui* ».

²⁸⁵⁹ « *Si un guide du personnel, (...), ne peut être qualifié d'accord collectif ni d'accord d'entreprise, il n'en demeure pas moins qu'il constitue un engagement unilatéral de l'employeur, qui s'impose à ce dernier, tant qu'il ne l'a pas dénoncé, en respectant un délai de prévenance raisonnable.* » : CA Paris, 26 octobre 1990, 22^e ch. B, *SA Air Total France c/ Schimanovitz*, RJS 1/1991, n° 129 ; cité par E. DOCKÈS, *L'engagement unilatéral de l'employeur*, Dr. soc. 1994, p. 227.

²⁸⁶⁰ Dans le jugement du 11 mai 2012, le tribunal des affaires de sécurité sociale de Melun a qualifié les accords d'engagements unilatéraux et a reconnu la faute inexcusable de la filiale d'Areva, qualifiée au préalable de coemployeur du salarié ayant travaillé pour la société exploitant la mine d'uranium du Niger, dont Areva est concessionnaire. Ainsi, même en l'absence de transposition dans des accords collectifs nationaux ou des contrats de travail nationaux, ces accords ne sont pas dépourvus de statut juridique, car, sur le fondement de la théorie de l'engagement unilatéral, une entreprise pourrait être sanctionnée pour non-respect des engagements pris : E. DAOUD et J. FERRARI, *La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique*, JCP S 2012, p. 1391. Si la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ont, elles aussi, reconnu « *l'engagement unilatéral de la société Areva de veiller à la santé des travailleurs occupés dans les mines d'uranium et d'indemniser tout salarié d'Areva ou de l'une de ses filiales souffrant d'une pathologie* », elles n'ont en revanche pas admis la qualité de coemployeur la filiale d'Areva : Cass. soc., 22 janvier 2015, n° 13-28.414, inédit ; G. DEDESSUS LE MOUSTIER, *Coemploi et faute inexcusable*, Bull. Joly Sociétés 2015, p. 192.

²⁸⁶¹ A. SUPIOT, *art. préc.*, p. 223 ; E. DOCKÈS, *art. préc.*, p. 227. L'arrêt « *Unigrains* », concernant le règlement intérieur, constitue, par exemple, une autre illustration de l'application de cet adage latin : « *Attendu que le règlement intérieur (...), s'impose à tous les membres du personnel comme au chef d'entreprise, dès lors qu'il est régulièrement pris, et constitue un acte réglementaire de droit privé* » : Cass. soc., 25 septembre 1991, n° 87-42.396, Bull. civ. V, n° 381.

456. Des standards de comportement. Les règles éthiques peuvent également s'analyser comme des standards que s'impose l'entreprise²⁸⁶², qui doit par ailleurs être de bonne foi²⁸⁶³. Le juge peut alors prendre ce standard en considération pour apprécier le comportement de l'entreprise et le qualifier éventuellement de fautif²⁸⁶⁴, sur le terrain contractuel ou délictuel²⁸⁶⁵. Cependant, pour le Professeur Pascale Deumier, la règle éthique ne peut pas, dans ce cas, prétendre à la qualification de norme juridique car elle n'est qu' « *un simple standard de comportement propre à alimenter, parmi d'autres circonstances, la notion floue de faute* »²⁸⁶⁶. Aussi, les conséquences d'une condamnation pour discrimination sont-elles susceptibles de s'avérer d'autant plus sévères que l'entreprise a communiqué sur son respect de valeurs comme l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes²⁸⁶⁷ ou la diversité²⁸⁶⁸. De surcroît, le fait pour l'entreprise de contrevenir à ses principes éthiques peut

²⁸⁶² « *Le standard est un outil d'analyse du comportement des parties à un contrat ou des auteurs d'une faute. (...) Élevant le niveau d'exigence qu'elle revendique, elle élève par là même les conditions d'analyse de la normalité de son comportement.* » : F. G. TRÉBULLE, *op. cit.*, n° 37.

²⁸⁶³ « *Le contrat de travail est exécuté de bonne foi* » : C. trav., art. L. 1222-1 ; « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* » : C. civ., art. 1104, al. 1^{er}.

²⁸⁶⁴ « *Il apparaît ainsi que, dans le cadre contractuel ou délictuel, la faute de l'entreprise manquant à ses engagements pourra être sanctionnée. Il n'est en effet pas nécessaire qu'une disposition légale soit violée pour caractériser une faute et la sanction, par la jurisprudence, de la violation de règles purement privées ou d'engagements contractuels spécifiques va clairement dans ce sens.* » : F. G. TRÉBULLE, *op. cit.*, n° 38.

²⁸⁶⁵ Le recours à la faute peut aussi être envisagé « *que ce soit sur le fondement de l'article 1240 du code civil considéré, par certains, comme « l'un des outils les plus accueillants pour le droit souple » ou sur celui des articles L. 223-22 et L. 225-251 du code de commerce sanctionnant la faute de gestion des dirigeants en cas de dommage subi par la société* » : I. DESBARATS, *art. préc.* ; citant : P. DEUMIER, *La réception du droit souple par l'ordre juridique*, in *Le droit souple*, Actes du colloque organisé par l'association Henri Capitant le 27 mars 2008 à l'Université du Littoral, Dalloz, 2009, p. 122.

²⁸⁶⁶ La norme de droit souple « *joue un rôle d'étalon du comportement plus que de prescription juridique* » : P. DEUMIER, *art. préc.*, p. 123.

²⁸⁶⁷ « *À titre d'exemple, la cour d'appel de Paris a lourdement condamné une banque qui revendiquait le respect du principe d'égalité professionnelle à verser à une ancienne salariée la somme de 157 000 euros au titre du préjudice financier de la discrimination et 7 000 euros au titre du préjudice moral, alors que cet établissement avait décroché le label diversité en 2009 et était signataire d'un accord sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes notamment en termes de rémunération (CA Paris, 5 mai 2010, n° 08/08694, BNP Paribas, Juris-Data n° 2010-006095).* » : E. DAOUD, J. FERRARI et B. GOURVEZ, *Responsabilité sociétale des entreprises*, JCl Travail Traité, LexisNexis, fasc. 1-50, 2014, n° 80.

²⁸⁶⁸ Le groupe L'Oréal a été désigné en 2007 comme l'un des groupes d'entreprises les plus éthiques au monde par Ethisphere Magazine, une publication de l'Ethisphere Council. Mais, la même année, l'une des filiales du groupe a été condamnée pénalement par la cour d'appel de Paris pour discrimination dans une offre d'emploi. Les faits constitutifs du délit avaient été commis en 2000, l'année au cours de laquelle le groupe s'est doté d'une charte éthique. Les directives adressées par la société de marketing, à laquelle la filiale de L'Oréal avait confié sa campagne, à la société d'intérim en charge du recrutement, faisaient état de la mention « *BBR* » pour « *bleu blanc rouge* ». Dans un arrêt du 23 juin 2009, la Cour de cassation a rejeté les moyens de la filiale, la société Gemey Maybelline Garnier, relatifs à sa condamnation, confirmant sur ce point l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 juillet 2007 : Cass. crim., 23 juin 2009, n° 07-85.109, Bull. crim., n° 126 ; cité par M. MARZANO, *L'éthique appliquée*, PUF, Que sais-je, 2^{ème} éd., 2012, p. 121-122 ; comm. Y PAGNERRE, *Discrimination - Entre refus d'embauche discriminatoire et offre d'emploi discriminatoire*, JCP S 2009, n° 45, 1502. Cet épisode ne semble cependant pas avoir terni la réputation éthique du groupe, qui été réélu pour 9^{ème} fois dans cette

aussi appartenir aux manquements permettant de justifier la prise d'acte de la rupture de son contrat par un salarié²⁸⁶⁹.

457. Des pratiques commerciales trompeuses. Les salariés ne sont d'ailleurs pas les seuls à être créanciers de l'obligation pour l'entreprise d'agir de façon éthique, qui peut concerner d'autres cocontractants de l'entreprise. Les fausses allégations éthiques des entreprises peuvent constituer des manœuvres dolosives pour les fournisseurs ou les actionnaires, qui sont des causes de nullité relative du contrat²⁸⁷⁰, ou des pratiques commerciales trompeuses²⁸⁷¹ pour les consommateurs ou clients, sanctionnées par les articles L. 121-2 et suivants du Code de la consommation²⁸⁷². Le recours au droit de la consommation a déjà eu lieu aux États-Unis. Dans l'affaire « *Nike c/ Kasky* », la Cour suprême de Californie a déclaré recevable l'action pour publicité mensongère qui concernait une campagne de relations publiques du groupe Nike sur les conditions de travail chez ses sous-traitants²⁸⁷³. En France, les ONG Sherpa et ActionAid France Peoples solidaires ont déposé plainte, à plusieurs

catégorie en 2018 : <https://www.loreal-finance.com/fr/actualites/loreal-reconnue-pour-la-9e-fois-comme-lune-des-societes-les-plus-ethiques-au-monde-par-linstitut-ethisphere-1233.htm>.

²⁸⁶⁹ La prise d'acte de la rupture par un pharmacien produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, celui-ci ayant démontré que l'exercice de sa fonction était devenu incompatible avec « *les règles d'éthique professionnelle* », auxquelles l'employeur contrevenait (la société pharmaceutique s'était par ailleurs dotée d'un code d'éthique et de conduite) : CA Versailles 29 juin 2011, n° 10-04.466 ; cité par : F. VERDUN, *Les risques juridiques liés à la démarche éthique de l'entreprise*, Cahiers de droit de l'entreprise 2011, n° 5, p. 40.

²⁸⁷⁰ C. civ. art. 1131 : « *Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat* ». L'article 1137 du Code civil, situé également dans le paragraphe relatif aux vices du consentement, définit le dol comme « *le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges* ».

²⁸⁷¹ « *En effet, dès lors que la jurisprudence retient une lecture très large de la publicité envisagée comme « tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou service qui est proposé » (Cass. crim. 14 octobre 1998, Bull. crim., n° 262), il est possible de retenir qu'un mensonge sur la prise en compte de l'environnement par l'entreprise, dès lors qu'il est porté à la connaissance du public, pourrait être regardé comme constitutif de la publicité trompeuse sanctionnée* » : F. G. TRÉBULLE, *op. cit.*, n° 45. Sur ce sujet, v. également : I. DESBARATS, *art. préc.*, p. 525 ; E. DAOUD, J. FERRARI et B. GOURVEZ, *op. cit.*, n° 80.

²⁸⁷² L'article L. 121-4 comprend une liste de vingt-deux pratiques réputées trompeuses, parmi lesquelles figurent le fait de se prétendre faussement signataire d'un code de bonne conduite, d'affirmer à tort que ce code de bonne conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou privé ou d'afficher un label de qualité sans autorisation : S. LE GAC-PECH, *Droit de la consommation*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2017, p. 210.

²⁸⁷³ Cour suprême des États Unis d'Amérique, 26 juin 2003, *Nike Inc e.a., Petitioners c/ Marc Kasky*, 45 P. 3d 243, 301. Cal. Sup. Ct 2002. La Cour suprême a estimé que « *lorsqu'une entreprise, dans la promotion et la défense de ses ventes et profits, formule des considérations factuelles sur ses propres produits ou son activité, elle est astreinte à une obligation de vérité (finalement la société décidera de transiger avec son adversaire)* » : E. DAOUD, J. FERRARI et B. GOURVEZ, *op. cit.*, n° 83 ; citant R. BEAUCHARD, *Responsabilité sociale des entreprises : la communication saisie par le droit*, RDT 2011, p. 396.

reprises, pour pratiques commerciales trompeuses contre le groupe Samsung²⁸⁷⁴. Elles veulent que soit sanctionné le décalage entre les engagements éthiques dont Samsung a fait un argument commercial et les violations présumées des droits des travailleurs de ses usines de Chine, du Vietnam et de Corée²⁸⁷⁵.

B. La conscience éthique saisie par le législateur : des informations « extra-financières »

458. La gouvernance d'entreprise. Le législateur s'est aussi saisi du sujet de la conscience éthique des entreprises, à travers leurs règles de gouvernance. Cette notion, issue du concept anglophone de « *corporate governance* »²⁸⁷⁶, est constituée par un ensemble de règles visant à rendre compte du système de prise de décisions en son sein, en vue de faciliter l'imputabilité de ces dernières²⁸⁷⁷. À l'origine, ces règles étaient elles-mêmes le fruit de la volonté de nombreuses entreprises de prendre en considération certains principes éthiques, afin d'équilibrer davantage les pouvoirs au sein des sociétés cotées. Cette volonté a d'abord pris la forme d'un outil de la « *soft law* », à savoir le code intitulé « *AFEP/MEDEF*²⁸⁷⁸ », qui s'applique aux sociétés cotées mais que les autres sociétés sont également invitées à respecter²⁸⁷⁹. Paru pour la première fois en juillet 1995 sous la forme du rapport dit « *Viénot I* » portant sur « *le conseil d'administration des sociétés cotées* », et régulièrement révisé, le

²⁸⁷⁴ La dernière plainte a été réalisée avec constitution de partie civile. Les deux premières, qui avaient été déposées en 2013 et 2014, avaient été classées sans suite : L'Opinion, *Une nouvelle plainte déposée contre Samsung par des ONG*, 25 juin 2018, <https://www.lopinion.fr/edition/economie/nouvelle-plainte-deposee-contre-samsung-ong-154561>.

²⁸⁷⁵ E. DAOUD, J. FERRARI et B. GOURVEZ, *op. cit.*, n° 83.

²⁸⁷⁶ Certains l'ont traduit par l'expression de « *gouvernement d'entreprise* » : Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, 20^{ème} éd., 2016, p. 294, n°293.

²⁸⁷⁷ « *La notion de corporate governance se réfère au système de contrôle et de direction mis en place par une organisation : qui supervise quoi ? Mais aussi quels sont les principes qui président au pilotage de la stratégie, incluant notamment les systèmes de contrôle, d'alerte et de distribution des rôles qui garantissent le respect d'une éthique propre à la firme. (...) Considéré sous l'angle éthique, le modèle de gouvernance détermine en quelque sorte le système d'imputation des tâches et des responsabilités* » : G. DESLANDES, *Le management éthique*, Dunod, 2012, p. 45. La gouvernance est « *le système formé par l'ensemble des principes destinés à cadrer la manière dont l'entreprise est dirigée, administrée et contrôlée. Ce système a pour vocation de réguler les rapports, les relations entre les nombreux acteurs impliqués ou parties prenantes (en anglais stakeholders)* » : J. THÉRON, *L'éthique de la gouvernance, Questions actuelles*, in *L'éthique de l'entreprise, Questions d'actualité*, dir. F. BUY et J. THÉRON, Actes du colloque du 21 novembre 2014 organisé par le Centre Michel de l'Hospital à l'École de droit de Clermont Ferrand, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 52.

²⁸⁷⁸ L'AFEP est l'acronyme de l'Association française des entreprises privées, qui représente plus de 110 des plus grands groupes privés exerçant leurs activités en France, et le MEDEF est celui du Mouvement des entreprises de France, l'une des organisations patronales française.

²⁸⁷⁹ « *La gouvernance d'entreprise s'adresse avant tout aux sociétés cotées sur un marché réglementé dont le capital est en partie propriété d'investisseurs institutionnels à l'instar des fonds de pension anglo-saxons. La totalité des sociétés du CAC 40 et la grande majorité de celles du SBF 120 déclarent d'ailleurs adhérer au code AFEP/MEDEF* ». « *Pour autant, par phénomène de capillarité, les moyennes entreprises viennent ou viendront peut-être par être contaminées* » : J. THÉRON, *art. préc.*, p. 55.

code l'a été pour la dernière fois en juin 2018²⁸⁸⁰. Il est intéressant de constater que, dans sa dernière édition, le code recommande que le conseil d'administration « *s'attache à promouvoir la création de valeur sur le long terme en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de ses activités* »²⁸⁸¹. Le législateur n'est intervenu que dans un second temps, en 2008, pour retranscrire dans le Code de commerce le principe « *comply or explain* », en vertu duquel les sociétés anonymes qui se réfèrent volontairement à un tel « *code de gouvernement d'entreprise* »²⁸⁸² doivent expliquer, le cas échéant, pourquoi elles en écartent certaines dispositions et celles qui ne s'y réfèrent pas doivent justifier des raisons de ce choix²⁸⁸³.

459. La déclaration de performance extra-financière. Par ailleurs, la loi relative aux nouvelles régulations économiques (« *NRE* ») du 15 mai 2001²⁸⁸⁴ a créé, au sein de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce²⁸⁸⁵, une obligation dite de « *reporting* » extra-financier pour les grandes sociétés²⁸⁸⁶. Appelée « *déclaration de performance extra-financière* »²⁸⁸⁷ depuis

²⁸⁸⁰ <http://www.afep.com/publications/le-code-afep-medef-revise-de-2018/>

²⁸⁸¹ Cela ressort en effet de l'une des missions attribuées au conseil d'administration par l'article 1.1 du code. En plus de cette disposition, l'expression de « *responsabilité sociale et environnementale* » apparaît trois fois, aux articles 1.4 sur l'information du conseil d'administration, 12.1 sur la formation des administrateurs et 24.1.1 sur la rémunération des dirigeants. Il est fait deux fois mention des risques en matière sociale et environnementale, aux articles 1.5 sur l'information du conseil d'administration et 15.2 sur l'examen des comptes par le comité d'audit. Il s'agit de répondre aux attentes du rapport « *Notat-Senard* » et des parties prenantes, ainsi que de prendre en compte les dispositions du projet de loi « *PACTE* », même si l'AFEP et le MEDEF énoncent clairement qu'elles préfèrent que les sujets relevant de la « *RSE* » demeurent traités par le droit souple. Sur le rapport et le projet de loi précités : cf. *infra* n° 462 et 463.

²⁸⁸² Il en existe d'autres, comme le code de gouvernance des entreprises moyennes françaises (« *Code ADAE* »), qui a été publié en 2015 par l'association des dirigeants et administrateurs d'entreprise (ADAE), ou le code de gouvernance Middlenext, destiné aux sociétés à actionnariat contrôlé, quelle que soit leur taille).

²⁸⁸³ C. com., art. L. 225-37-4, 8°, depuis l'entrée en vigueur le 22 juillet 2017 de l'article 3 de l'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises. Auparavant, ce principe figurait : C. com., anc. art. L. 225-37 (pour les sociétés anonymes à conseil d'administration) et L. 225-68 (pour les sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance), créés par la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire. Les entreprises peuvent choisir de se conformer ou non au code AFEP/MEDEF. Si elles décident de ne pas s'y conformer, elles doivent alors expliquer pourquoi son application n'est pas pertinente les concernant et doivent déclarer quels sont les principes auxquels elles se réfèrent, à la place dudit code : F. VERDUN, *op.cit.*, p. 106.

²⁸⁸⁴ Article 116 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

²⁸⁸⁵ Son contenu avait été successivement renforcé par : la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite « *Grenelle II* » ; la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité ; la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte ; la loi n° 2016-138 du 11 février 2016 relative à la lutte contre le gaspillage alimentaire ; la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels et l'ordonnance n° 2017-1162 du 12 juillet 2017 portant diverses mesures de simplification et de clarification des obligations d'information à la charge des sociétés.

²⁸⁸⁶ Les sociétés cotées doivent atteindre les seuils de 20 millions d'euros pour le total du bilan, 40 millions d'euros pour le montant net du chiffre d'affaires et 500 pour le nombre moyen de salariés permanents employés

l'ordonnance du 19 juillet 2017²⁸⁸⁸, elle demeure insérée dans le rapport de gestion établi par le conseil d'administration ou le directoire²⁸⁸⁹. Cette déclaration doit présenter « *des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité* » et, si elle est cotée, « *les effets de cette activité quant au respect des droits de l'homme et à la lutte contre la corruption* ». Plus précisément, la société doit décrire les principaux risques liés à son activité, à ses relations d'affaires, à ses services et produits, ainsi que les politiques appliquées et les diligences mises en œuvre pour atténuer la survenance de ces risques. Elle doit également rendre compte des résultats de ces politiques. Comme l'indiquent les dispositions réglementaires liées à cette obligation, les informations contenues dans cette déclaration concernent par exemple « *l'organisation de la société pour prendre en compte les questions environnementales* », « *les actions de lutte contre le gaspillage alimentaire* » ou encore « *les relations entretenues avec les parties prenantes de la société et les modalités du dialogue avec celles-ci* »²⁸⁹⁰.

460. Une déclaration peu contraignante. Cette déclaration est considérée comme un emblème de la RSE puisqu'elle reflète les engagements éthiques de l'entreprise. Pourtant, elle n'est pas exempte de certaines critiques. Concernant les indicateurs présentés, leur caractère, qui doit être à la fois « *pertinent* » au regard de l'activité de la société, tout en étant général, implique le « *risque d'une communication complètement creuse* »²⁸⁹¹. En outre, si des organismes tiers indépendants sont censés vérifier les informations²⁸⁹², cette obligation de transparence n'est pas sanctionnée²⁸⁹³, en raison de la pression que les lobbies ont réussi à

au cours de l'exercice. Quant aux sociétés non cotées, elles doivent atteindre les seuils de 100 millions d'euros pour le total du bilan, 100 millions d'euros pour le montant net du chiffre d'affaires et 500 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice : C. com., art. R. 225-104.

²⁸⁸⁷ La « *DPEF* » a remplacé le rapport de responsabilité sociétale et donne lieu à un « *recentrage des entreprises sur les enjeux fondamentaux de leurs activités, qu'il s'agisse de ceux auxquels elles sont elles-mêmes confrontées ou bien de ceux que leurs partenaires doivent gérer* » : I. DESBARATS, *art. préc.*, p. 525.

²⁸⁸⁸ Article 1^{er} de l'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises. Cette ordonnance transpose la directive dite « *Barnier* » 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014.

²⁸⁸⁹ V. not. C. com., art. L. 225-100 al. 2 et L. 225-100-1.

²⁸⁹⁰ C. com., art. R. 225-105.

²⁸⁹¹ R. RAFFRAY, *art. préc.*, p. 42.

²⁸⁹² C. com., art. R. 225-105-2. Mais « *sauf démarche particulière de la société, l'avis ne sera communiqué qu'aux seuls actionnaires, ce qui en relativise fortement l'impact* » : R. RAFFRAY, *art. préc.*, p. 44.

²⁸⁹³ « *Ainsi, les sanctions attachées à l'obligation de produire une déclaration de performance extra-financière apparaissent assez légères. Pourtant, ce serait méconnaître les ressorts de la RSE que de percevoir la force du reporting extra-financier à travers ce seul prisme. Certes, d'un point de vue juridique, le reporting ne consiste*

exercer à ce sujet²⁸⁹⁴. En effet, à défaut de publication spontanée de la déclaration de la part de l'entreprise²⁸⁹⁵, est seulement prévue la possibilité d'agir en référé pour enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au conseil d'administration, ou au directoire, de communiquer les informations concernées²⁸⁹⁶. Enfin, étant donné que lors de la création de la déclaration de performance extra-financière en juillet 2017, le législateur n'a pas cru bon de tenir compte du devoir de vigilance voté à peine quelques mois plus tôt, les sociétés sont contraintes de réaliser deux reportings différents²⁸⁹⁷. Cette incohérence est révélatrice de la nécessité d'un encadrement plus global de la conscience éthique des entreprises, qui, jusqu'à présent, n'est

qu'en des obligations de dire et non de faire, mais l'obligation de transparence qu'il véhicule impose aux entreprises une métamorphose de leur gestion des risques RSE axée sur leur prévention. Dès lors que l'entreprise doit appréhender les problématiques de droits sociaux et d'environnement en termes de risques (cartographie des risques), dont elle doit rendre compte de la gestion à travers des mesures, elle est contrainte de se placer dans une perspective d'action préventive, qui la conduit au-delà du simple reporting. » : B. PARANCE et E. GROULX, *La déclaration de performance extra-financière, Nouvelle ambition du reporting extra-financier*, JCP E 15 mars 2018, n° 11, p. 1128.

²⁸⁹⁴ Cela serait dû au « législateur caressant le secret espoir d'une adhésion des groupements à ce nouveau paradigme de l'entreprise et à ces nouvelles normes. Politiquement, cette absence de sanction s'explique par le lobbying important exercé par les acteurs économiques privés et le choix opéré par la Commission comme par le législateur français en leur faveur » : R. RAFFRAY, *art. préc.*, p. 43. L'obligation de reporting « est davantage morale que juridique, du fait d'un consciencieux lobbying qui démontre toute la faiblesse des convictions des pouvoirs publics sur le sujet de la RSE » : B. PETIT, *Reporting RSE : un nouveau coup d'épée dans l'eau...*, Environnement, n° 7, juillet 2014, étude 12. « Ce refus d'assortir une obligation juridique d'une sanction légale entre en résonance avec les remarques du Conseil d'État selon lequel « la loi est faite pour prescrire, interdire, sanctionner. Elle n'est pas faite pour bavarder, créer des illusions, nourrir des ambiguïtés et des déceptions. » : I. DESBARATS, *La RSE « à la française » : où en est-on ?*, Dr. soc. 2018, p. 525 ; citant : Conseil d'État, Rapport public 2006, Jurisprudence et avis de 2005, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française, 2006, p. 282.

²⁸⁹⁵ « S'agissant tout d'abord de sa publicité, il est prévu que la déclaration devra être insérée dans le rapport de gestion qui sera présenté à l'assemblée générale des actionnaires dans un délai de 6 mois à compter de la clôture de l'exercice. De plus, elle devra être rendue publique sur le site Internet de l'entité dans un délai de 8 mois à compter de la clôture de l'exercice, et y demeurer pour une durée de 5 ans. » : B. PARANCE et E. GROULX, *art. préc.*, p. 1128.

²⁸⁹⁶ C. com., art. L. 225-102-1 dernier alinéa.

²⁸⁹⁷ En effet, « dans le cadre de l'ordonnance, il s'agit d'une obligation de transparence sur les risques pertinents au regard de l'activité de l'entreprise », qui « bénéficie du principe « appliquer ou expliquer » et fait l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant (OTI) accrédité ». Or, « dans le cadre de la loi sur le devoir de vigilance, les sociétés doivent établir et mettre en œuvre un plan portant sur tous les risques d'atteintes graves concernant l'ensemble de leur chaîne de valeur sur les thèmes largement couverts par l'ordonnance, mais sans l'application du principe « appliquer ou expliquer » et avec à la clé un régime de responsabilité civile lourd en cas de défaillance ». « En pratique, l'empilement de textes sur les mêmes sujets implique de devoir procéder à deux exercices de reporting qui ne sont pas de même nature. » : *Le rôle sociétal de l'entreprise, Élément de réflexion pour une réforme*, Rapport du Club des juristes, dir. A. FRÉROT et D. HURSTEL, avril 2018, p. 60. « S'agissant de l'articulation avec la loi Sapin 2, des incohérences apparaissent qui devront être corrigées dans le temps par le législateur. (...) Néanmoins, il est évident que le durcissement progressif des enjeux RSE apportés par ces deux lois contribue au renforcement de la qualité du reporting extra-financier qui viendra se nourrir des exigences portées par ces dispositifs. » : B. PARANCE et E. GROULX, *art. préc.*, p. 1128. Sur une autre incohérence relative au système d'alerte, entre la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre et la loi « Sapin II » : cf. *supra* n° 348, notes n° 2063 et 2065.

prise en considération qu'au compte-gouttes. Peut-être en ira-t-il différemment dans un futur proche, si une réforme de la définition de la société parvenait à voir le jour.

II. La réforme à venir de la définition de la société²⁸⁹⁸

461. Les premiers travaux de réflexion. L'entreprise ne se résume pas à la société, qui n'en est qu'un véhicule parmi d'autres. Toutefois, pour cette partie de l'étude qui concerne l'entreprise classique, la société s'avère être l'outil le plus pertinent car le plus usité. En outre, contrairement à l'entreprise, la société possède une définition juridique. Pour savoir ce qu'est une société, il faut d'abord ouvrir le Code civil, avant le Code de commerce, et consulter ses emblématiques articles 1832 et 1833. Ceux-ci concernent respectivement l'objet social et l'intérêt social, dont les envies de réforme agitent la doctrine depuis bientôt dix ans. D'aucuns jugent la définition que donne le premier alinéa de l'article 1832 de l'objet social trop restrictive : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* »²⁸⁹⁹. Elle semble en effet faire écho à la fameuse thèse de Milton Friedman²⁹⁰⁰. Quant au très concis article 1833, il ne fait référence qu'aux associés : « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés* »²⁹⁰¹. Pour revenir sur les entreprises sociales, certains auteurs

²⁸⁹⁸ La définition de la société est à prendre au sens large, comme englobant les articles qui suivent l'article 1832 du Code civil, et non pas au sens strict comme le Conseil d'État dans son avis relatif au projet de loi « PACTE » : « *Le Conseil d'État constate, à titre liminaire, qu'en ne modifiant pas les dispositions de l'article 1832 du code civil le projet de loi n'a ni pour objet ni pour effet de changer la nature, les éléments constitutifs ou les finalités du contrat de société.* » : CE, Ass., Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, séance du 14 juin 2018, NOR : ECOT1810669L/Verte2, §96.

²⁸⁹⁹ Dans sa version antérieure à la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée, le même alinéa disposait que la société était « un contrat ».

²⁹⁰⁰ cf. supra n° 295 et note n° 1717.

²⁹⁰¹ « *La morale et le droit des affaires entretiennent des rapports difficiles dans cette construction de l'intérêt social. Certes, le droit entendu de la manière la plus étroite donne tous pouvoirs aux propriétaires pour définir l'avenir de la société qui leur appartient. Mais une vue à plus long terme devrait pousser à prendre en considération d'autres aspects étroitement liés à l'objet de la société, qui est l'entreprise : la qualité des rapports que celle-ci entretient avec ses salariés, ses clients ou ses fournisseurs sont le gage de sa réussite future. La richesse globale de la société est assurément faite de tout cela. Cette vue est-elle plus morale ? On hésite à la définir ainsi, car elle a finalement un substrat qui n'est rien moins qu'intéressé. Elle est cependant sans doute morale à la marge* » : M. GERMAIN, *Morale et droit des affaires*, in *Droit et morale*, dir. D. FENOUILLET, F. DRUMMOND et D. BUREAU, Dalloz, 2011, p. 190. Le rapport « Viénot I » précité avait déjà proposé de définir l'intérêt social comme « *l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais*

avaient pu penser que, pour inclure la société commerciale classique dans leur champ, il serait nécessaire de réformer l'article 1832 pour « *lui permettre de viser un but désintéressé* »²⁹⁰², sans être « *confrontée à la nullité de son pacte social* »²⁹⁰³. Mais, en 2014, le législateur a démontré que cela n'était pas nécessaire²⁹⁰⁴. En parallèle, une réflexion d'ordre plus général a démarré dès 2009 au sein du Collège des Bernardins, qui a proposé différents cycles de recherche sur la définition de l'entreprise²⁹⁰⁵. En 2010, l'association Sherpa était la première à proposer de compléter l'article 1832, pour inclure les préoccupations sociales et environnementales dans l'objet social²⁹⁰⁶. En 2013, le Rapport « *Pour une économie positive* » du groupe de réflexion présidé par Monsieur Jacques Attali mettait en avant la nécessité de refondre aussi l'article 1833 du Code civil, pour y inclure l'intérêt des parties prenantes ainsi que la triple mission économique, sociale et environnementale de l'entreprise²⁹⁰⁷. En 2014, l'avant-projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des

qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise » (consultable en ligne sur le site de l'European Corporate Governance Institute, p. 8).

²⁹⁰² D. HIEZ, *La participation du droit à l'établissement d'une économie sociale et solidaire*, in *Vers une théorie de l'économie sociale et solidaire*, dir. D. HIEZ et E. LAVILLUNIERE, Larcier, 2013, p. 329.

²⁹⁰³ Puisque « *le droit des sociétés dans sa forme actuelle ne permet pas le but social* », une nouvelle formulation de l'article 1832 doit être proposée : « *La société est constituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie soit en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter soit en vue de financer ou de développer une activité qui répond à un besoin social* » : D. HURSTEL, *La nouvelle économie sociale, Pour réformer le capitalisme*, Odile Jacob, 2009, p. 97-98 et 100 ; cité par : D. HIEZ, *Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix*, *Revue des sociétés* 2012, p. 671.

²⁹⁰⁴ cf. *supra* n° 402 et s. « *La centralité de la notion d'objet social réside dans le pont qu'il pourrait constituer entre la réaffirmation du projet d'entreprise et la formalisation juridique de la société. Il n'est pas inintéressant de constater que la timide avancée permise par la loi sur l'ESS fait précisément de l'objet social l'espace de déclaration du projet d'utilité sociale.* » : P. FRANCOUAL, *Utilité sociale, objet social étendu et intérêt social élargi : de nouveaux horizons pour les sociétés commerciales ?*, RLDA 2016/117, p. 16.

²⁹⁰⁵ Le premier concernait « *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales* » (2009-2011) et le deuxième « *L'entreprise : propriété, création collective, monde commun* » (2012-2014). Le troisième, et dernier à ce jour, qui s'intitulait « *Gouvernement de l'entreprise et création de commun* » (2015 – 2018), a porté sur la gouvernance de l'entreprise, son objet social et sa mission. La synthèse des travaux issus du dernier cycle de recherche propose de : clarifier le statut des dirigeants, renforcer la participation des salariés et introduire, en droit, les sociétés à mission : <https://media.collegedesbernardins.fr/content/pdf/Recherche/synthese-travaux-entreprise.pdf>. Dans l'exposé des motifs de la proposition de loi n° 476 (cf. *infra* n° 463), il est écrit que « *les travaux du collège des Bernardins, autour de personnalités comme Antoine Lyon-Caen, Armand Hatchuel et Blanche Segrestin, ont été fondateurs de cette pensée nouvelle sur l'entreprise* ».

²⁹⁰⁶ En 2010, elle a proposé d'ajouter un alinéa supplémentaire à l'article 1832 : « *Les associés s'engagent à satisfaire aux exigences sociales et environnementales que la poursuite durable et responsable de l'activité encadrée implique* » : Y. QUEINNEC et W. BOURDON, *Réguler les entreprises transnationales : 46 propositions*, Cahiers de propositions, FNGM, Sherpa, décembre 2010.

²⁹⁰⁷ Ce Rapport proposait, dans sa première proposition intitulée « *Repenser profondément les objectifs de l'entreprise* », la modification de l'article 1833 en ce sens : « *la société doit avoir un objet licite, être constituée et gérée dans l'intérêt pluriel des parties prenantes et concourir à l'intérêt général, notamment économique, environnemental et social* ». Il cite les travaux préalables de Yann Queinnec et William Bourdon dans leur rapport « *Réguler les entreprises transnationales* » (*Forum pour une nouvelle gouvernance mondiale*, 2010), et

chances économiques porté par Monsieur Emmanuel Macron, alors ministre de l'Économie et des Finances, envisageait également de modifier l'article 1833 précité. Il était prévu d'ajouter un alinéa précisant que la société « *doit être gérée au mieux de son intérêt supérieur, dans le respect de l'intérêt général économique, social et environnemental.* » Mais cette proposition avait finalement été retoquée par le Conseil d'État²⁹⁰⁸. Deux ans plus tard, en novembre 2016, un « *plaidoyer en faveur d'une économie de marché responsable* », proposant la réécriture des deux articles précités pour valoriser le projet d'entreprise à long terme et signé par quinze personnalités, était publié dans le Monde²⁹⁰⁹.

462. Les rapports récents. Devenu Président de la République, Monsieur Emmanuel Macron et son ministre de l'Économie, Monsieur Bruno Lemaire, sont en train de relancer ce chantier. En effet, après l'annonce par le gouvernement d'une réflexion sur ce sujet en octobre 2017, Monsieur Stanislas Guérini²⁹¹⁰, député, et Madame Agnès Touraine, présidente de l'Institut Français des Administrateurs, ont remis un rapport au ministre de l'Économie au mois de décembre suivant, sur le thème « *partage de la valeur et engagement sociétal des entreprises* »²⁹¹¹. L'une de leurs propositions principales concerne la création d'« *entreprises à mission* », à objet social élargi²⁹¹². Par la suite, le 9 mars 2018, Madame Nicole Notat,

ceux de Gaël Giraud et Cécile Renouard (*Vingt propositions pour réformer le capitalisme*, Flammarion, 2012) : J. ATTALI, Rapport « *Pour une économie positive* », La Documentation française et Fayard, 2013, p. 83.

²⁹⁰⁸ D. IWEINS, *Modifications du Code civil : quels risques pour l'entreprise ?*, Les Echos, 19 mars 2018 ; S. HUSSON, *Ces articles du code civil qui enflamment le patronat*, La Croix, 14 décembre 2017.

²⁹⁰⁹ Le plaidoyer est signé par quinze personnalités dont Christine Lagarde, Martin Hirsch, Daniel Hurstel (qui avait déjà proposé de réécrire l'article 1832), Michel Germain et Antoine Frérot (également actif sur le sujet au sein du Club des Juristes). Les propositions de rédaction sont les suivantes : « *L'article 1832 devrait être rédigé dans l'esprit de cette proposition : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent d'affecter des actifs, sous la forme d'apports en numéraire, en nature ou en industrie, à une entreprise commune en vue de développer un projet d'entreprise et de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie susceptible d'en résulter. » De même, l'article 1833 pourrait être modifié comme suit : « Toute société doit avoir un projet d'entreprise licite et être gérée dans l'intérêt commun des associés et des tiers prenant part, en qualité de salariés, de collaborateurs, de donneurs de crédit, de fournisseurs, de clients ou autrement, au développement de l'entreprise qui doit être réalisé dans des conditions compatibles avec l'accroissement ou la préservation des biens communs. »* » : *Plaidoyer en faveur d'une « économie de marché responsable »*, Le Monde, 16 novembre 2016, article consulté en ligne le 30 juillet 2018.

²⁹¹⁰ Dans un entretien accordé au magazine *Entreprise & Carrières*, celui-ci explique d'ailleurs considérer que l'élargissement de l'objet social des entreprises passe « *notamment par la rupture des barrières entre l'économie sociale et solidaire, pleine de vertus mais de contraintes, et les autres entreprises, qui sont plus en pointe* » : *Entreprise & Carrières* 2018, n° 1373, p. 7.

²⁹¹¹ Source : <https://www.economie.gouv.fr/plan-entreprises-pacte#presentation> consulté le 20 juin 2018.

²⁹¹² Le dossier de presse contenant la restitution des travaux et les propositions est accessible sur le site du ministère de l'Économie : <https://www.economie.gouv.fr/plan-action-croissance-transformation-entreprises-restitution-travaux>

ancienne secrétaire générale de la CFDT et présidente de Vigeo-Eiris, et Jean-Dominique Senard, président du groupe Michelin²⁹¹³, ont remis leur rapport sur « *L'entreprise, objet d'intérêt collectif* » aux ministres concernés, dont celui de l'Économie. Ce rapport propose, d'une part, d'ajouter un alinéa à l'article 1833 du Code civil – un second alinéa énoncerait que « *La société doit être gérée dans son intérêt propre, en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* »²⁹¹⁴ – mais de ne pas modifier l'article 1832²⁹¹⁵. D'autre part, le rapport préconise de modifier l'article 1835 du Code civil²⁹¹⁶ et certains articles du Code de commerce, afin d'introduire le complément nécessaire de l'intérêt propre de l'entreprise, à savoir sa raison d'être²⁹¹⁷. Dans son rapport postérieur d'avril 2018²⁹¹⁸, le Club des Juristes expliquait qu'il existe, en effet, au sujet de l'intérêt social, « *un décalage croissant entre la lettre du Code civil et la réalité, plus nuancée, du droit positif* »²⁹¹⁹.

²⁹¹³ N. NOTAT et J.-D. SENARD, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances, du Travail, 9 mars 2018, La Documentation française.

²⁹¹⁴ Le rapport précise que « *chaque mot proposé a été pensé* » car le texte « *invite à une prise de conscience* », à « *une prise de recul de l'entreprise sur les risques et opportunités provoqués par ses décisions et son activité, en matière sociale et environnementale* » : N. NOTAT et J.-D. SENARD, *rapp. préc.*, p. 46.

²⁹¹⁵ « *La plupart des projets de modifications du Code civil qui ont circulé dans la presse préconisent une gestion dans l'intérêt des parties prenantes. Ces formulations, qui cherchent à limiter le pouvoir de l'actionnaire en instaurant une multiplicité de contre-pouvoirs, conformément à la tradition américaine des checks and balances (freins et contrepoids) s'intégreraient mal dans l'édifice législatif français. Il est néanmoins possible de lutter contre les effets de la financiarisation et notamment contre le court-termisme par une conception inverse. Au lieu d'institutionnaliser des parties prenantes dans l'entreprise pour faire contrepoids aux actionnaires ou associés, il serait plus pertinent de rappeler l'existence d'un intérêt de l'entreprise.* » : N. NOTAT et J.-D. SENARD, *rapp. préc.*, p. 42-43.

²⁹¹⁶ Le nouvel alinéa proposé est le suivant : « *L'objet social peut préciser la raison d'être de l'entreprise constituée.* » : N. NOTAT et J.-D. SENARD, *rapp. préc.*, p. 70.

²⁹¹⁷ Dans sa recommandation n° 2, le rapport préconise de reformuler en ce sens l'article L. 225-35 du Code de commerce : « *Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société en référence à la raison d'être de l'entreprise, et veille à leur mise en œuvre, conformément à l'article 1833 du Code civil. [...]* ». Il ajoute qu'« *une modification similaire devra être ajoutée aux conseils de surveillance (L225-68 du Code de commerce), et déclinée dans les organes stratégiques des autres formes statutaires (mutuelles, coopératives, SAS dotés d'un conseil, etc.)* » : N. NOTAT et J.-D. SENARD, *rapp. préc.*, p. 6 et 50. Cette raison d'être pourrait être inscrite dans les statuts pour une entreprise souhaitant réaliser une mission. À ce titre, le rapport propose également la modification de l'article 1835 du Code civil précisant que « *l'objet social peut préciser la raison d'être de l'entreprise constituée* ». Cette nouvelle notion juridique « *se définit comme ce qui est indispensable pour remplir l'objet social, c'est-à-dire le champ des activités de l'entreprise* » : S. VERNAC, *Du bon gouvernement de l'entreprise en société*, RDT 2018, p. 261, spéc. p. 264.

²⁹¹⁸ Le 10 avril 2018, le Club des juristes organisait, en partenariat avec la rédaction des Echos, un débat sur la future réforme de l'entreprise : « *Est-ce à la Loi de rendre l'Entreprise éthique ?* ». Dans le rapport du même Club dédié à la réforme, certains membres de la commission *ad hoc* se révèlent favorables à une modification du Code civil qui permettrait de mettre en place « *un cercle vertueux* », tandis que d'autres considèrent qu'il peut être dangereux d'y inscrire l'intérêt des parties prenantes alors que certaines sociétés - comme de nombreuses sociétés civiles de petite dimension - ne portent pas de véritable projet d'entreprise et ne sont donc pas concernées. Enfin, certains membres estiment que le recours à la « *soft law* » doit être privilégié : *Le rôle sociétal de l'entreprise, Élément de réflexion pour une réforme*, Rapport du Club des juristes, dir. A. FRÉROT et D. HURSTEL, avril 2018, p. 92 et s.

²⁹¹⁹ *Le rôle sociétal de l'entreprise, rapp. précit.*, p. 57.

L'intérêt social doit être entendu comme « *l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même* »²⁹²⁰, ce que les rédacteurs du rapport « *Notat-Senard* » traduisent par « *intérêt propre* » dans leur proposition de réforme précitée de l'article 1833. Le Club des Juristes rappelle que « *la Cour de cassation a fait de l'intérêt social une notion centrale du droit des sociétés et lui a donné un contenu différent du seul intérêt commun des associés* »²⁹²¹, pour permettre aux entreprises qui le souhaitent de tenir compte dans leurs choix stratégiques d'autres préoccupations²⁹²².

463. Le projet de loi « PACTE ». Les propositions du rapport « *Notat-Senard* » ont été reprises dans le projet de loi « *Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises* », appelé plus brièvement « *PACTE* », qui a été présenté en conseil des ministres le 18 juin 2018²⁹²³. L'article 61 du projet, qui appartient à une section intitulée « *Repenser la place des entreprises dans la société* », vise à consacrer la notion jurisprudentielle d'intérêt social et à lui adjoindre la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux²⁹²⁴, au sein de l'article 1833 du Code civil²⁹²⁵ et des articles L. 225-35 et L. 225-64 du Code de

²⁹²⁰ *Le rôle sociétal de l'entreprise, rapp. précit.*, p. 56.

²⁹²¹ Le rapport explique que la Cour de cassation a censuré à plusieurs reprises des décisions de cours d'appel en relevant « *qu'en statuant comme elle l'a fait, confondant l'intérêt social et l'intérêt des associés, la cour d'appel a violé l'article 1832* » (Cass. civ. 1^{ère}, 2 octobre 2013, n° 12-23.591, inédit) et décide, pour les sociétés civiles, que « *la sûreté donnée par une société doit, pour être valable, non seulement résulter du consentement unanime des associés, mais également être conforme à son intérêt social.* » (Cass. com., 8 novembre 2011, n° 10-24438, inédit). Quant à la chambre sociale de la Cour de cassation, elle se réfère au standard de l'intérêt de l'entreprise. Pour approfondir ce sujet : Y. PAGNERRE, *L'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Economica, 2011, p. 63 ; C. LECOEUR, *La notion d'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, dir. M. BUY, avant-propos P.-H. ANTONMATTÉI, PUAM, 2015.

²⁹²² *Le rôle sociétal de l'entreprise, rapp. précit.*, p. 56.

²⁹²³ Pour un rappel de la définition de société et d'intérêt social, ainsi qu'une présentation de la réforme proposée par le projet de loi « *PACTE* » : J. PAILLUSSEAU, *Entreprise et société. Quels rapports ? Quelle réforme ?*, D. 2018, p. 1395.

²⁹²⁴ L'impact juridique de la modification visant à consacrer la notion d'intérêt social devrait être nul puisque la notion est déjà appliquée par la jurisprudence. Concernant l'ajout d'une « *prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux* », « *l'impact juridique devrait être limité : l'obligation d'une prise en considération correspond en effet à une obligation de moyens devant être observée à l'occasion des décisions de gestion* ». « *Cette obligation de moyens ne présage pas de l'orientation ou du contenu de la décision de gestion. Elle n'est qu'une étape impérative de la réflexion menée* ». « *Les nouvelles dispositions ne créent pas de nouveau régime de responsabilité délictuelle.* » : *Étude d'impact du projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, NOR : ECOT1810669L/Bleue-1, 18 juin 2018, p. 545-546.

²⁹²⁵ La rédaction est toutefois un peu différente de celle du rapport puisqu'il est question d'« *intérêt social* » et non plus d'« *intérêt propre* » : « *La société est gérée dans son intérêt social et en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.* ». « *Le projet d'article ne propose pas de définition rigide, mais plutôt d'en consacrer la notion, à savoir l'obligation proposée d'une gestion des sociétés « dans l'intérêt social, en considération des enjeux sociaux et environnementaux ».* La mention des enjeux sociaux et environnementaux permet de préciser que tout dirigeant devrait s'interroger sur ces enjeux et les considérer avec attention, dans l'intérêt de la société, à l'occasion de ses décisions de gestion. Si l'intérêt social correspond ainsi à l'horizon de gestion d'un dirigeant, la considération de ces enjeux apparaît comme des moyens lui

commerce²⁹²⁶. Le même article du projet de loi permet aussi d'inscrire la raison d'être de l'entreprise²⁹²⁷ dans les statuts²⁹²⁸, en modifiant l'article 1835 du Code civil²⁹²⁹ et les deux articles susvisés du Code de commerce. Si les organisations syndicales sont plutôt favorables à ce projet de réforme²⁹³⁰, les organisations patronales se montrent plus réservées, exigeant d'introduire certaines conditions²⁹³¹, dont celle de ne pas permettre la confusion entre l'entreprise classique et l'entreprise sociale²⁹³². Le projet de loi a commencé à être examiné en

permettant d'estimer les conséquences sociales et environnementales de ses décisions. Par conséquent, un éventuel dommage social ou environnemental ne pourra pas prouver à lui seul l'inobservation de cette obligation. » : PACTE : présentation du Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises, JCP E 28 juin 2018, n° 26, act. 517.

²⁹²⁶ « *Ce sont ces moyens et ces réflexions que seraient amenés à mettre en place les conseils d'administration et les directoires dans les sociétés anonymes et les gérants des sociétés en commandite par actions. Les modifications proposées au sein du Code de commerce visent en effet à faire de ces organes les acteurs d'une politique de gestion prenant en considération ces enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de leur société, comme le demanderait le nouvel article 1833 du Code civil.* » : PACTE, art. préc., act. 517.

²⁹²⁷ « *La raison d'être peut ainsi « avoir un usage stratégique, en fournissant un cadre pour les décisions les plus importantes ». A la manière « d'une devise pour un État, la raison d'être pour une entreprise est une indication, qui mérite d'être explicitée, sans pour autant que des effets juridiques précis y soient attachés ». Ce projet d'article incite ainsi, sous la forme d'un effet d'entraînement, les sociétés à ne plus être guidées par une seule « raison d'avoir », mais également par une raison d'être, forme de doute existentiel fécond permettant de l'orienter vers une recherche du long terme.* » : Exposé des motifs du projet de loi « PACTE » : NOR : ECOT1810669L.

²⁹²⁸ « *Les conséquences du non-respect de la « raison d'être » se situent en premier lieu dans les relations entre le dirigeant et les associés. (...) Les conséquences sur la responsabilité de la société et du dirigeant sont, comme pour la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux, difficiles à anticiper.* » mais elles « *ne sont donc pas à exclure et dépendront notamment de l'appréciation qui sera faite par les juges du fond de l'existence de la faute et du lien de causalité entre celle-ci et le préjudice allégué.* » : Étude d'impact du projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, NOR : ECOT1810669L/Bleue-1, 18 juin 2018, p. 547-548.

²⁹²⁹ La rédaction du nouvel alinéa proposé est à nouveau différente de celle du rapport : « *Les statuts peuvent préciser la raison d'être dont la société entend se doter dans la réalisation de son activité.* ».

²⁹³⁰ Par exemple, pour la CFDT, la création d'un nouveau statut à objet social étendu doit permettre à toute entreprise d'intégrer des objectifs sociaux, environnementaux, ou autres dans l'objet social. Dès lors, « *la réécriture de l'article 1833 du Code civil est nécessaire pour intégrer dans le droit la prise en compte d'intérêts autres que ceux des associés lors des prises de décision* » : M. LÉON, *Modifier l'objet social de l'entreprise pour favoriser le changement de modèle de développement*, in *Que peut-on attendre en droit du travail d'une modification de « l'objet social de l'entreprise » ? (la suite)*, dir. J. PORTA et T. SACHS, RDT 2018, p. 172.

²⁹³¹ « *Le MEDEF n'est pas favorable à une modification de l'objet social dans le Code civil sauf à y introduire la notion d'intérêt social. Si la loi devait être modifiée, privilégions le Code de commerce et les missions des conseils et ouvrons la possibilité de créer des entreprises à mission* » : J. SIMON, *Le renforcement de la contribution des entreprises à l'intérêt général ne passe pas par une modification législative de leur objet social*, in *Que peut-on attendre en droit du travail d'une modification de « l'objet social de l'entreprise » ? (la fin)*, dir. J. PORTA et T. SACHS, RDT 2018, p. 256.

²⁹³² En effet, « *dans l'ESS, la responsabilité sociale et environnementale n'est pas une option, elle fait partie intégrante de l'activité* ». De son côté, « *l'entreprise à mission, dans les formes proposées jusque lors, n'est engagée que par ses propres choix, sans qu'aucun processus d'évaluation obligatoire ne soit imposé (...). Ses activités lucratives resteront prépondérantes, là où l'entreprise sociale et solidaire, contrôlée par une tierce partie, garantira toujours une répartition mesurée de ses excédents.* » : J.-P. AZAIS, S. DARRIGAND et B. RESSE, *Objet social de l'entreprise : l'économie sociale et solidaire en avance sur son temps*, in dossier préc., dir. J. PORTA et T. SACHS, RDT 2018, p. 258.

commission spéciale par les députés le 5 septembre 2018 et les débats au sein de l'Assemblée nationale devraient débiter à la fin du mois de septembre. Toutefois, étant donné la taille du texte et les milliers d'amendements déposés, celui-ci ne devrait pas être adopté avant le début de l'année 2019²⁹³³. Sans attendre la fin du processus, le 6 décembre 2017, le groupe Nouvelle Gauche a déposé la proposition de loi n° 476, intitulée « *Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances* » et qui prévoit de compléter l'article 1833. Elle a été renvoyée en commission²⁹³⁴. En février 2018, la Plateforme RSE, dont le pôle des organisations de la société civile a fait aussi une proposition en ce sens, a synthétisé l'ensemble des propositions²⁹³⁵ dans un tableau²⁹³⁶. Il manque toutefois deux propositions ultérieures, celle de la Fondation Jean Jaurès, qui vise notamment à réécrire l'article 1833 et à créer un article 1833 bis sur la société à mission élargie²⁹³⁷, et celle du think tank Terra Nova, qui envisage la réécriture des deux articles²⁹³⁸.

²⁹³³ A. TONNELIER et E BARTHET, *Coup d'envoi pour l'examen du projet de loi Pacte*, Le Monde, 4 septembre 2018.

²⁹³⁴ Il est proposé de compléter l'article 1833 par une phrase en ce sens : « *la société est gérée conformément à l'intérêt de l'entreprise, en tenant compte des conséquences économiques, sociales et environnementales de son activité* ». L'exposé des motifs précise : « *La définition des sociétés, issue du code Napoléon, se concentre sur les associés et ne rend compte ni de la réalité de l'entreprise, ni de la recherche d'objectifs autres que le profit. Le nouvel article renverse cette perspective (...). Cet article connecte ainsi la société et l'entreprise et incite ses dirigeants à internaliser les externalités négatives qu'elle peut produire.* ». La proposition a été examinée en séance publique le 18 janvier 2018.

²⁹³⁵ « *Tous ces projets, qui témoignent d'une prise de conscience publique des enjeux attachés à la question posée, s'inscrivent dans le prolongement de réflexions anciennes portant notamment sur le statut et les finalités de l'entreprise* » : C. CLERC, *Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale*, RDT 2018, p. 107.

²⁹³⁶ Il s'agit de l'annexe 3 intitulée « *Rappel des propositions de révision des articles 1832 et 1833 du Code civil* » : Plateforme RSE, *Contribution au plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises*, Avis février 2018, p. 21.

²⁹³⁷ La première proposition est : « *Réécrire l'article 1833 du code civil : « Toute société doit avoir un objet licite, être constituée dans l'intérêt des parties constituantes de l'entreprise et prendre en compte l'intérêt des parties prenantes.* » ». La deuxième est : « *Proposer un article 1833 bis du code civil : « La société commerciale à mission élargie s'engage à poursuivre un intérêt sociétal clairement défini dans son objet, dont les modalités de mise en œuvre sont précisées dans son projet de mission.* » ». La troisième consiste à « *Définir statutairement les parties prenantes de l'entreprise. Elles comprennent fournisseurs, clients, acteurs de la société civile, territoires et générations futures.* » : V. SCHMITE, M. VALIERGUE et P. VICTORIA, *Entreprises engagées, Comment concilier l'entreprise et les citoyens*, Rapport février 2018, Fondation Jean Jaurès, p. 1.

²⁹³⁸ La proposition de réforme de l'article 1833 est la suivante : « *Toute société doit avoir un objet licite. Elle est gérée conformément à l'intérêt de l'entreprise, en prenant en considération les impacts économiques, sociétaux et environnementaux de son activité* ». Quant à celle de l'article 1832 : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent d'affecter des actifs, sous la forme d'apports en numéraire, en nature ou en industrie, à une entreprise commune en vue de développer un projet d'entreprise qui prend en considération différentes parties prenantes, de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie susceptibles d'en résulter* » : Terra Nova, *L'entreprise contributive, 21 propositions pour une gouvernance responsable*, consultable en ligne.

§ 2 : La réputation de la conscience éthique

464. Définition de la réputation. Dans son accord précité du 21 décembre 2006, concernant les droits sociaux fondamentaux, France Télécom avait inséré une disposition prévoyant que si « *un signataire syndical de l'accord considère que celui-ci n'est pas appliqué dans l'une des entités du groupe, il doit saisir d'abord la direction générale de celui-ci, avant toute communication externe au groupe* ». Cette clause renvoie à l'enjeu d'image : « *le désir de régler un éventuel conflit en interne avant d'en référer au public montre bien que la réputation sociale du groupe est en cause.* »²⁹³⁹. Comme le décrivait déjà très bien Nietzsche dans son *Gai Savoir*, le maintien de la réputation l'emporte souvent sur la conscience véritable car « *on s'en tire mieux avec sa mauvaise conscience que sa mauvaise réputation* »²⁹⁴⁰. La réputation désigne la « *façon dont une personne est considérée par la société* » ou une « *qualité qui est lui reconnue* »²⁹⁴¹. Ce constat semble d'autant plus indéniable à l'heure de la versatilité des réseaux sociaux²⁹⁴². Preuve, s'il en fallait, de l'importance de la notion pour les entreprises, Madame Catherine Malecki dédie un chapitre entier de son ouvrage sur la « RSE » à la réputation. Celle-ci y est définie comme « *une opinion collective fondée sur des perceptions ou sur un ensemble de perceptions de toutes les parties prenantes* » qui peut être « *positive ou négative, stable ou aléatoire* »²⁹⁴³. La

²⁹³⁹ C. SACHS-DURAND, *Commentaire de l'accord France Télécom du 21 décembre 2006 sur les droits sociaux fondamentaux*, RDT 2007, p. 107, spéc. p. 108.

²⁹⁴⁰ « *Ce que les autres savent de nous – Ce que nous savons de nous-mêmes et ce que nous avons gardé dans la mémoire, pour le bonheur de notre vie, n'est pas si décisif qu'on le croit. Il arrive un jour que ce que les autres savent sur nous (ou croient savoir) se jette sur nous – et maintenant nous reconnaissons que c'est là ce qu'il y a de plus puissant. On s'en tire mieux avec sa mauvaise conscience que de sa mauvaise réputation* » : F. NIETZSCHE, *Le Gai Savoir* (« *la gaya Scienza* »), trad. H. ALBERT, Société du Mercure de France, 1901, p. 95, § 52 (consultable en ligne sur Gallica).

²⁹⁴¹ Mais elle est aussi parfois synonyme d'honneur, comme lorsqu'il est question d'atteinte à l'honneur : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^{ème} éd., 2017, entrée « *réputation* », p. 909.

²⁹⁴² A. CORTINA, *Conciencia y reputación*, El País, 22 août 2015, p. 11. « *La réputation est une notion fragile qui nécessite du temps à se construire mais qui peut être détruite en une fraction de seconde. Durable mais très vulnérable, déjà au XVIII^e siècle, a fortiori au XXI^e avec internet* » : C. MALECKI, *Responsabilité sociale des entreprises, Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, LGDJ Lextenso éditions, 2014, p. 338-339. « *Problème côté employeur : dans notre société de la réputation, l'image de l'entreprise est essentielle : il faut donc être bien placé sur le marché mondial de la vertu. Toute atteinte à cette « image de marque » est donc mal ressentie, y compris d'ailleurs de la part de nombreux collègues trouvant les dérapages de quelques-uns dangereux pour leur emploi.* » : J.-E. RAY, *Actualité des TIC - Tous connectés, partout, tout le temps ?*, Dr. soc. 2015, p. 516. « *L'image d'une grande entreprise constitue aujourd'hui un tout : elle doit donc éviter ce que la psychologie sociale appelle la « dissonance cognitive », i.e. des écarts excessifs entre l'image montrée à l'opinion publique et la réalité sociale interne telle qu'elle est présentée à l'extérieur* » : J.-E. RAY, *De la grève interne aux actions collectives externalisées*, Dr. soc. 2003, p. 591.

²⁹⁴³ La réputation est devenue « *une donnée croissante de la gouvernance d'entreprise durable* ». « *Si, par exemple, une évolution vers l'éolien ou vers les énergies renouvelables pour un grand groupe pétrolier peut être*

réputation de l'entreprise a aussi pu être décrite comme « *un actif intangible* », une composante de son « *capital immatériel* »²⁹⁴⁴.

465. La crainte de la mauvaise réputation. Ainsi, l'entreprise capitaliste ne s'intéresserait à l'éthique que « *dans la mesure nécessaire à l'amélioration de son image* »²⁹⁴⁵. En d'autres termes, il s'agirait d'une démarche purement intéressée²⁹⁴⁶. Plutôt que de conscience éthique, il ne serait alors question que de « *bonne* » conscience éthique, qui suppose une morale de facilité, peu exigeante, et implique l'ignorance ou le refus des responsabilités. Le phénomène est d'une telle ampleur que la peur de la réprobation des tiers à l'entreprise, mais aussi de celle des parties prenantes internes²⁹⁴⁷, apparaît comme un instrument plus efficace que la sanction juridique pour garantir le respect des convictions éthiques affichées²⁹⁴⁸. Mais le droit n'a peut-être pas dit son dernier mot, qu'il s'agisse de contrôler les dispositifs d'évaluation de la « *bonne* » conscience (I) ou d'encadrer les mécanismes de réprobation de l'absence de conscience (II).

saluée positivement par les parties prenantes, une mauvaise gestion d'une catastrophe écologique peut soudainement affecter l'image « réputationnelle » dudit groupe » : C. MALECKI, op. cit., p. 337-338 et p. 345.

²⁹⁴⁴ La valeur comptable de l'entreprise pourrait « *s'estimer par la différence entre la valeur des actions sur le marché* » et « *l'ensemble des actifs physiques et immatériels chiffrables immédiatement* ». Elle « *s'obtient par le constat que peuvent faire les parties prenantes de l'entreprise de la cohérence entre les déclarations de l'entreprise et ses actes* » : F. VERDUN, *Le management stratégique des risques juridiques*, LexisNexis, 2013, p. 127. « *Dans le village mondial Web 2, pour une grande entreprise internationale, sa réputation est un actif aussi important que son capital social : d'où de nouveaux rapports de force... et à ce jour la signature par 90 entreprises multinationales d'accords avec une fédération syndicale mondiale.* » : J.-E. RAY, *De la négociation collective interne au dialogue sociétal externe*, Dr. soc. 2013, p. 261.

²⁹⁴⁵ D. HURSTEL, *La nouvelle économie sociale*, Odile Jacob, 2009, p. 15.

²⁹⁴⁶ L'entreprise « *attend des retours : amélioration de son image et de sa réputation (en particulier, grâce à des retombées médias) pouvant avoir un impact positif sur ses ventes ; adhésion plus grande des salariés, qui vont également développer de nouvelles compétences, améliorer leur esprit d'équipe, leurs capacités de management, à travers leurs expériences de bénévolat ; mise en place de plates-formes de dialogue avec les décideurs politiques locaux et nationaux ; maintien de la licence to operate (notion de « permis » accordé par la société aux entreprises pour développer leurs activités)* » : A. CHAUVEAU et J.-J. ROSÉ, *L'entreprise responsable*, Éditions d'Organisation, 2003, p. 193.

²⁹⁴⁷ En effet, les travailleurs, qu'ils soient indépendants, salariés, dirigeants, fonctionnaires ou agents contractuels, sont les premiers à pouvoir véhiculer une image – *a priori* légitime – de la structure à laquelle ils appartiennent.

²⁹⁴⁸ « *La réprobation des tiers concernés pourrait se révéler en pratique beaucoup plus efficace que les presque 9000 articles du Code du travail, pour ne citer que la réglementation française* » : E. DAOUD et J. FERRARI, *La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique*, JCP S 2012, p. 1391.

I. L'évaluation de la « *bonne conscience* » éthique

466. La notation extra-financière. Si les informations extra-financières ont pris place à côté des informations financières, il en va de même en matière de notation d'entreprise. Certes, à l'instar des travailleurs qui sont évalués, les entreprises peuvent, elles-aussi, être notées. Les agences de notation extra-financière²⁹⁴⁹, comme l'agence Vigeo Eiris²⁹⁵⁰, évaluent les risques environnementaux, sociaux et de gouvernance des entreprises, appelés risques « *ESG* ». À cette fin, elles prennent en compte différents critères, tels que « *la qualité des relations d'emploi, les carrières, la conflictualité sociale, les conditions de travail, les politiques de rémunération des entreprises candidates (ou non) à la notation* »²⁹⁵¹. En réalité, les critères et leur pondération résultent de choix pratiqués par chaque agence, qui décide ainsi de valoriser plus ou moins les démarches citoyennes ou celles de reclassement en cas de licenciement collectif. Dès lors, certains auteurs considèrent que l'objectivité des notes obtenues ne peut pas être assurée en présence de tels arbitrages²⁹⁵². À l'inverse, d'autres estiment que, comme la notation extra-financière ne correspond pas au respect d'une norme prédéfinie, que ce sont justement « *la multiplicité des points de vue* » et l'évolution des notes « *à l'intérieur d'un secteur d'activité* » qui permettent de se faire « *un avis raisonné sur la performance extra-financière d'une entreprise* ». En outre, les analystes disposeraient, malgré

²⁹⁴⁹ Elles se distinguent donc des agences de notation financière qui « *ont pour fonction d'évaluer la solvabilité des emprunteurs, leur capacité à rembourser leur dette* » et « *de fournir aux investisseurs sous une forme synthétique – une note – une information sur la solvabilité des emprunteurs, sur leur risque de défaut* » : J. BALLEST, F. de BRY, A. CARIMENTRAND et P. JOLIVET, *L'entreprise et l'éthique*, Éditions du Seuil, 2^{ème} éd., 2011, p. 277.

²⁹⁵⁰ Sur son site internet, elle se décrit comme « *une agence internationale indépendante de recherche et services ESG (Environnement, Social et Gouvernance) à destination des investisseurs et des organisations privées, publiques et associatives* ». Les agences Vigeo et Eiris ont fusionné en 2015. L'agence Vigeo a été créée en France en 2002 par Madame Nicole Notat, qui a participé au Rapport « *Notat-Senard* » : cf. *supra* n° 462. Elle avait acquis trois agences de notation (dont Arese en 2003) et ouvert plusieurs bureaux dans le monde avant la fusion. Quant à l'agence Eiris, créée à Londres en 1983, elle avait développé un réseau mondial de partenaires et ouvert deux autres bureaux.

²⁹⁵¹ « *Évidemment, ces pratiques ne cesseront pas de surprendre un juriste qui jugera que noter la manière dont une entreprise applique le droit du travail est une hérésie : le droit est appliqué ou ne l'est pas. On imagine mal des degrés dans une telle application.* » : R. BEAUJOLIN-BELLET et J.-Y. KERBOUC'H, *La notation sociale des entreprises*, SSL 28 octobre 2002, n° 1095, p. 85.

²⁹⁵² En réalité, « *les différentes étapes de la notation sont autant de choix normatifs. (...) Ainsi, l'agence SAM ne prend pas en compte les plans sociaux et les heures supplémentaires, tandis que l'agence Vigeo détaille la gestion de l'emploi et du reclassement du personnel. Des différences culturelles entraînent des systèmes de notation différents. Les approches américaines sont plus attentives à rechercher la « citoyenneté » d'entreprise ; la recherche de la satisfaction des parties prenantes domine dans les approches européennes* ». « *Mais c'est le choix de la pondération des critères qui est déterminant. Le critère de transparence est survalorisé en raison de l'influence anglo-saxonne. La gestion de l'emploi par un dirigeant est difficile à noter et à juger ; (...)* ». : G. BESSE, *À qui profite la RSE ? La responsabilité sociétale des entreprises peut-elle réguler les effets sociaux de la mondialisation ?*, Dr. soc. 2005, p. 991, spéc. p. 998 et 999.

la diversité des méthodes, d'une culture commune²⁹⁵³. Les premiers clients intéressés par cette évaluation sont les institutions financières et les investisseurs en général, désireux de réaliser des placements financiers en fonction de critères éthiques. Aussi, comme son nom ne l'indique pas, la notation sociale poursuit néanmoins un objectif financier²⁹⁵⁴. Mais, le marché des investisseurs intéressés par les fonds éthiques étant trop étroit, les agences ont dû développer une autre activité, à destination de leurs seconds clients. Cette activité consiste à réaliser des diagnostics directement pour le compte d'entreprises, d'associations ou d'autres types d'organisation. Les agences sont alors rémunérées par les entreprises notées, ce qui empêcherait de garantir leur parfaite indépendance²⁹⁵⁵. Elles doivent donc asseoir leur crédibilité et prouver qu'elles sont en mesure de « *noter en toute impartialité une entreprise sur ses performances sociales après un audit approfondi* »²⁹⁵⁶, sans doute en fusionnant entre elles comme Vigeo et Eiris, pour disposer de moyens suffisants. Pour répondre à cette critique et à celle du manque de transparence quant à leurs méthodes, il faudrait envisager de soumettre ces agences à « *un cahier des charges méthodologiques et déontologiques* », créé par l'AMF²⁹⁵⁷. Pour cela, elles revendiquent elles-mêmes l'application d'une déontologie professionnelle stricte et le respect de valeurs issues de la « *RSE* »²⁹⁵⁸. Ces agences doivent donc gérer leur propre enjeu de réputation.

²⁹⁵³ A. CHIREZ, *Notation et évaluation des salariés*, Dr. ouvr. 2003, p. 309.

²⁹⁵⁴ « *De même, le fait d'être reconnue comme une entreprise socialement responsable, par exemple, en étant représentée dans un indice boursier de valeurs éthiques, peut jouer en faveur de la cotation d'une entreprise et apporte donc un avantage financier concret* » : Commission européenne, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, Livre vert*, Communautés européennes, 2001.

²⁹⁵⁵ D'après les propos du Professeur Jacques Igalens, repris par : C. ROLLOT, *Les agences de notation sociale à la recherche d'une crédibilité*, *Le Monde*, 14 janvier 2003, p. VIII ; cité par : A. CHIREZ, *art. préc.*, p. 309. « *Mais une agence peut-elle émettre des avis neutres sur des sociétés tout en étant par ailleurs payée par ces mêmes entreprises pour les conseiller sur leur politique de développement durable ? On se trouve ici confronté au même genre de difficultés qu'avec les agences de notation financière...* » : *Les agences de notation sociale*, Alternatives Economiques, 1^{er} novembre 2009, Hors-série pratique n° 041.

²⁹⁵⁶ A. CHIREZ, *art. préc.*, p. 309 ; C. ROLLOT, *art. préc.*, p. VIII.

²⁹⁵⁷ J. BALLEZ, F. de BRY, A. CARIMENTRAND et P. JOLIVET, *op. cit.*, p. 278-279.

²⁹⁵⁸ Ainsi, selon son site internet, « *Vigeo Eiris applique des règles strictes de déontologie. La recherche est indépendante de tout intérêt financier et économique. Des règles d'impartialité dans la construction de nos opinions sont observées afin de prévenir tout conflit d'intérêt ou toute stratégie d'influence.* ». Sa démarche de « *RSE* » est également détaillée et son code de conduite peut être consulté. Quant à son actionnariat, le caractère pluraliste de sa composition serait « *garant de l'indépendance de l'agence. Le choix de faire entrer des entreprises dans l'actionnariat de Vigeo Eiris aux côtés d'investisseurs et d'organisations de la société civile est motivé par la recherche d'un actionnariat pluraliste garant de l'indépendance de l'agence* » : <http://www.vigeo-eiris.com/fr/vigeo-eiris/politique-rse/>

467. La labellisation et la certification. À côté de la notation, les entreprises peuvent chercher à obtenir une labellisation²⁹⁵⁹, qui peut concerner soit la qualité de leurs produits, à travers le « *label AB* »²⁹⁶⁰ ou l'appartenance au commerce équitable²⁹⁶¹, soit la qualité de leurs ressources humaines, avec le « *label diversité* »²⁹⁶² ou le label « *entreprise du patrimoine vivant* »²⁹⁶³. Elles peuvent aussi prétendre à une certification auprès d'un cabinet spécialisé, en se référant aux normes de l'AFNOR²⁹⁶⁴, au niveau national, et à celles de l'ISO²⁹⁶⁵, au niveau international. Ce sont des normes d'origine purement privée, à propos desquelles il existe un consensus²⁹⁶⁶, comme celles des normes ISO « *14001 : 2015* » sur le management environnemental²⁹⁶⁷ ou « *45001* » sur la santé et la sécurité²⁹⁶⁸. Le phénomène est d'une telle

²⁹⁵⁹ Concernant la labellisation, certaines initiatives sont privées comme le label Max Havelaar ou le label FSC, tandis que d'autres sont publiques, comme les écolabels européens ou les marques NF : J. ARNAL et J.-P. GALAVIELLE, *L'éthique économique entre droit et régulation sociale*, in *Économie sociale et droit, Économie et droit du travail*, op. cit., p. 115, spéc. p. 123.

²⁹⁶⁰ La marque AB de certification est la propriété exclusive du Ministère de l'agriculture, qui en définit les règles d'usage. Par délégation de ce Ministère, les organismes certificateurs délivrent les autorisations d'utilisation sur les étiquetages (marque AB de certification), tandis que l'Agence Bio est en charge de la gestion de la marque AB sur les supports de communication. Ce label garantit que le mode de production est respectueux de l'environnement et du bien-être animal. Ce label repose sur le règlement européen (CE) n°834/2007, qui précise l'ensemble des règles à suivre concernant la production, la transformation, la distribution, l'importation, le contrôle et l'étiquetage des produits biologiques, et ses règlements d'application, ainsi que sur des cahiers des charges homologués en France.

²⁹⁶¹ La commission de concertation du commerce est chargée de reconnaître les systèmes de garantie et les labels de commerce équitable : cf. *supra* n° 404 et note n° 2455.

²⁹⁶² Ce label a été créé par l'État en 2008 avec les partenaires sociaux et des experts. Il vise à reconnaître l'engagement effectif, volontaire et durable d'un organisme pour prévenir les discriminations et promouvoir la diversité dans le cadre de la gestion de ses ressources humaines, tout en prenant en compte son contexte d'intervention (ancrage territorial, relations fournisseurs, clients, usagers). Accessible aux entreprises, associations, ministères, établissements publics et collectivités territoriales, le label Diversité s'intéresse à la diversité sous toutes ses expressions, au travers des 24 critères de discrimination définis par la loi. Le label est piloté par la DGEFP et mis en œuvre par AFNOR Certification. Plus de 350 structures sont labellisées. « *La création d'un label diversité a été lancée dans la foulée par l'ANDRH en 2007. Si, comme pour le label égalité, sa mise en œuvre est confiée à l'AFNOR, il n'est pas mis en place par le ministère du Travail, mais par celui de l'Immigration et de l'identité nationale* » : A JUNTER et R. SÉNAC-SLAWINSKI, *La diversité : sans droit ni obligation*, Revue de l'OFCE, vol. 114, n° 3, 2010, p. 167.

²⁹⁶³ Ce label, qui est une marque de reconnaissance de l'État et a été créé par l'article 23 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, peut « être attribué à toute entreprise qui détient un patrimoine économique, composé en particulier d'un savoir-faire rare, renommé ou ancestral, reposant sur la maîtrise de techniques traditionnelles ou de haute technicité et circonscrit à un territoire ».

²⁹⁶⁴ L'Association Française de la Normalisation est l'organisation française qui représente la France auprès de l'Organisation internationale de normalisation.

²⁹⁶⁵ L'Organisation Internationale de la Normalisation (en anglais *International Organization for Standardization*) a été créée en 1947 et compte des représentants de 165 pays.

²⁹⁶⁶ « Ces normes « objectives » (ISO) sont des normes privées, élaborées par des experts au sein d'agences présumées indépendantes » et « leur observation est semblablement contrôlée par des organismes indépendants de certification » : A. SUPIOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Éditions du seuil, 2005, p. 263.

²⁹⁶⁷ « La norme ISO 14001:2015 donne à la direction, au personnel et aux parties prenantes extérieures l'assurance que l'impact environnemental fait l'objet de mesures et d'améliorations. ». Sur son site internet, l'ISO indique également que plus de 300.000 certifications ISO 14001 ont été délivrées dans 171 pays.

ampleur que même les normes ISO ne donnant pas lieu officiellement à certification, comme la norme ISO 26000²⁹⁶⁹, sont récupérées par les agences de notation ou les bureaux de certification, qui proposent leur propre système d'attestation à leurs clients²⁹⁷⁰. Une fois le label ou la certification obtenue, il va falloir conserver cet atout en passant positivement l'épreuve des audits de contrôle²⁹⁷¹. Mais, comme en matière de notation, ces systèmes sont souvent opaques, étant constaté qu'« *il est difficile de connaître les méthodes de formation retenues pour les auditeurs* » et « *les rapports sont confidentiels* »²⁹⁷². Comme l'avait déjà soulevé l'OIT en 2004²⁹⁷³, il semble nécessaire d'insuffler davantage d'indépendance et de transparence dans les systèmes d'accréditation, pour éviter notamment le risque que la certification ne soit qu'affichage.

²⁹⁶⁸ Si une telle norme semble faire une concurrence suspecte à la quatrième partie du Code du travail, l'AFNOR, qui représente la France à l'ISO, précise que « *le principe de la primauté de la loi sur la norme volontaire est clarifié dans le texte final* » et que « *les deux textes peuvent ainsi se compléter* » : <https://normalisation.afnor.org/actualites/sante-securite-travail-liso-45001-approuvee-verra-jour-mars-2018>

²⁹⁶⁹ cf. *supra* n° 331 et 432.

²⁹⁷⁰ À l'inverse, la norme ISO 26000, qui aspire à « *être un document de référence pour la RSO* » et « *viser à harmoniser les pratiques en matière de RSO en fournissant un vocabulaire ainsi qu'une nomenclature commune* », ne vise pas la certification. Mais alors, « *comment les organisations vont-elles pouvoir mesurer leur progrès ?* », « *comment la norme peut-elle devenir un instrument de régulation si elle ne définit pas des indicateurs de manière plus précise ?* ». « *Il restera donc difficile de savoir si une entreprise déploie une véritable politique RSO sans imposer un audit de certification par une tierce partie. A contrario, et faute de certification, ISO 26000 implique le risque d'inviter de nombreux organismes certificateurs à définir chacun une méthodologie différente d'évaluation et de reconnaissance.* » : P. IMBS, *ISO 26000 : la nouvelle norme de la responsabilité sociétale*, in *Éthique et responsabilité sociale, 78 experts témoignent, Mélanges en l'honneur de Michel Joras*, dir. F. de BRY, J. IGALENS et J.-M. PERETTI, Éditions EMS, 2010, p. 165-169. Par exemple, l'agence Vigeo Eiris propose une « *attestation Vigeo Eiris 26 000* », tandis que le Bureau Veritas Certification propose de procéder à l'« *évaluation CAP 26 000* ».

²⁹⁷¹ Même si des audits sont pratiqués régulièrement par les autorités compétentes pour vérifier si l'entreprise continue d'observer les normes en question, il n'est pas forcément aisé de s'assurer que ces dernières sont respectées au quotidien, et pas uniquement lors de la constitution de dossiers ou de procédures types destinées à être présentées lors du passage de l'inspecteur.

²⁹⁷² G. BESSE, *art. préc.*, p. 991.

²⁹⁷³ Face aux doutes que certains acteurs émettent quant à l'impact réel des initiatives volontaires en matière de RSE, « *pour que les initiatives volontaires soient crédibles, il faut qu'elles s'accompagnent d'un souci de transparence et de la volonté de rendre des comptes, ce qui suppose l'existence de systèmes efficaces pour l'évaluation des résultats, l'information publique et la surveillance. (...) Le recours à des systèmes d'accréditation et de certification indépendants est de plus en plus fréquent, et certaines entreprises voient dans cette méthode une source de crédibilité.* » : *Une mondialisation juste crée des opportunités pour tous*, Rapport de la Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation, OIT, février 2004, p. 139, § 554-555.

II. La réprobation de l'absence de conscience

468. La sanction de la société civile. Lorsque l'éthique n'est brandie qu'à des fins de communication²⁹⁷⁴, il s'agit, comme l'indique le Professeur Patrick Morvan, de « *markéthique* », « *du marketing saupoudré d'éthique* »²⁹⁷⁵. Ce principe peut néanmoins se retourner contre les entreprises si elles n'y mettent pas un minimum de conscience. La principale sanction réputationnelle prend les traits de l'expression anglaise « *name and shame* »²⁹⁷⁶, « *un mode de régulation qui permet à la société civile de jeter l'opprobre sur des grandes entreprises qui bafouent l'éthique* »²⁹⁷⁷. Celle-ci est brandie par les associations et ONG, qui n'hésitent pas à interpeler publiquement les entreprises sur leurs pratiques²⁹⁷⁸. La pression de ces groupements, additionnée à celle de l'opinion publique, joue un rôle important, comme ce fut le cas à la suite du drame du Rana Plaza²⁹⁷⁹ ou lors des crises qu'a connues le groupe Total. Les mécanismes d'indemnisation mis en place par ce groupe l'ont toujours été en marge des procédures contentieuses, sans attendre une éventuelle

²⁹⁷⁴ Ainsi, les chartes et les codes de conduite des entreprises sont aussi des « *instruments de promotion d'une activité vis-à-vis de l'opinion publique* » : G. FARJAT, *Réflexions sur les codes de conduite privés*, in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 47. Certains « *ne voient dans ces chartes et codes que de la « poudre aux yeux », en constatant que certaines sociétés les utilisent comme de superbes cartes de visite, pour améliorer leur image de marque à l'extérieur, sans qu'ils aient une quelconque application concrète. Mais il s'agit là d'une déviation, qui ne permet pas de condamner in abrupto ces initiatives.* » : Ph. Le TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle, Essai*, Dalloz, Dunod, 2000, p. 70.

²⁹⁷⁵ P. MORVAN, *Sur la défense des valeurs par la jurisprudence sociale récente*, RJS 2018, p. 543 et s., spéc. p. 545.

²⁹⁷⁶ Elle se traduit littéralement par les verbes « *nommer et couvrir de honte* » et de façon plus littéraire par « *dénoncer et condamner* ».

²⁹⁷⁷ « *Le mécanisme du Name and Shame vise alors à sanctionner le trop plein en paroles et le trop peu en actes. Il jette le discrédit sur les entreprises qui embellissent la réalité à l'aide de logiques cosmétiques. Il vise, en érodant leur capital réputationnel, à les contraindre de modifier leur politique* » : N. CUZACQ, *Le mécanisme du Name and Shame ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises*, RDT Com, 2017, p. 473.

²⁹⁷⁸ A. PORTELLA, *L'éthique en entreprise*, Studyrama-Vocatis, 2010, p. 78-79. « *Toutes ces associations et autres ONG viennent ainsi parfois concurrencer les syndicats, y compris internationaux, qui s'aperçoivent, non sans déplaisir ni choc culturel, que ces nouveaux venus, ciblant à l'américaine quelques entreprises leaders soigneusement sélectionnées, réussissent à faire plier en quelques mois de campagne médiatique remarquablement orchestrée des firmes internationales socialement arrogantes en interne (...). Soumise par ailleurs aux évaluations permanentes de multiples (et parfois bien obscures) agences de notation sociale qui ne prennent souvent même pas la peine de se rapprocher des représentants du personnel concernés, une entreprise préférera demain discuter RSE et application du droit du travail avec une ONG ultra-médiatisée, et peut-être moins avec ses syndicats affaiblis.* » : J.-E. RAY, *De la négociation collective interne au dialogue sociétal externe*, Dr. soc. 2013, p. 261.

²⁹⁷⁹ cf. *supra* n° 330.

condamnation²⁹⁸⁰, que cela soit dans « *l'affaire du Myanmar* »²⁹⁸¹, lors de l'explosion de l'usine AZF ou lors du naufrage de l'Erika²⁹⁸².

469. Une sanction reprise par les pouvoirs publics. Le mécanisme du « *Name and shame* » apparaît d'ailleurs tellement efficace qu'il n'a pas tardé à être repris davantage institutionnalisé. En 2010, dans le cadre d'un plan d'urgence faisant suite à la vague de suicides chez Renault et France Télécom, Monsieur Xavier Darcos, alors ministre du Travail, avait demandé aux entreprises publiques et privées d'au moins 1 000 salariés d'entamer une négociation collective sur la prévention du stress au travail avant le 1^{er} février 2010. Pour les inciter à réagir promptement, le ministre avait alors eu recours au mécanisme du « *name and shame* », indiquant qu'à l'issue du délai, les entreprises seraient classées par couleur sur une liste rendue publique²⁹⁸³. Face au tollé provoqué par la publication, celle-ci n'avait finalement duré que quelques heures²⁹⁸⁴. Le mécanisme est néanmoins à nouveau envisagé par le

²⁹⁸⁰ Dans l'affaire du naufrage de l'Erika, la responsabilité pénale de la société Total SA a été reconnue par la Cour de cassation, malgré les avis contraires de l'Avocat général et du Conseiller rapporteur qui avaient conclu à l'incompétence des juridictions françaises : Cass. crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938, Bull. crim., n° 198. Mais ce pourvoi de la société, qui se limitait à la question de la responsabilité pénale, « *a contribué à prolonger son exposition judiciaire, au point que la décision d'indemniser spontanément et rapidement les victimes, expression d'un dialogue avec ses parties prenantes et de la conscience de sa responsabilité sociétale, en a été occultée* ». Ainsi, un justiciable « *est entouré d'une aura qui prédispose son exposition au risque* », de sorte que « *cette aura influe sur la perception que peut en avoir la société civile et le juge qui, finalement l'exprime* » : F. VERDUN, *Le management stratégique des risques juridiques*, LexisNexis, 2013, p. 101-102.

²⁹⁸¹ Recours au travail forcé par l'armée birmane à l'encontre de minorités ethniques dans le cadre du chantier de construction du gazoduc de Yanada entre 1995 et 1998. Dans son communiqué (*Myanmar : Total et l'association Sherpa concluent un accord prévoyant la création d'un fonds de solidarité pour des actions humanitaires*, Communiqué de presse, 29 novembre 2005) faisant suite à la transaction conclue avec les 8 birmans s'étant constitués partie civile devant la justice française et à la constitution d'un Fonds de 5,2 millions d'euros, devant permettre l'indemnisation des victimes du travail forcé et la participation à des projets humanitaires dans la région, la société reconnaît savoir que le travail obligatoire n'est pas éradiqué au Myanmar mais écrit s'engager à verser des sommes dès que des faits présumés de recours au travail obligatoire survenus « *à son insu* » seront portés à sa connaissance : O. DE SCHUTTER, *Les affaires Total et Unocal : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligation en matière de droits de l'Homme*, Annuaire Français de Droit International, LII, 2006, CNRS Éditions Paris, p. 55. Pour une autre analyse approfondie de cette affaire : « *À quelles conditions demeurer dans un régime dictatorial ? Total en Birmanie* », in C. RENOARD, *La responsabilité éthique des multinationales*, préf. L. SCHWEITZER, PUF, 2007, p. 85 et s.

²⁹⁸² « *Dans les deux cas, l'entreprise a pris le parti d'indemniser spontanément les victimes, et elle a dissocié cette indemnisation du débat sur l'existence de sa responsabilité juridique* » : F. VERDUN, *op. cit.*, p. 101-102.

²⁹⁸³ « *« Vue la pression de l'opinion publique, la transparence est une très bonne solution » pour inciter les entreprises à agir, explique le Ministre du travail. (...) Issue des pays anglo-saxons, la sanction par la diffusion publique de la liste des contrevenants innove. Il faut s'attendre à voir cette méthode d'intimidation se développer à l'avenir.* » : S. NIEL, *Plan d'urgence sur la prévention du stress*, Cah. DRH 2009, n° 159-160.

²⁹⁸⁴ La liste publiée sur le site du Ministère le 18 février 2010 indiquait en vert les entreprises ayant conclu un accord, en orange celles ayant entamé les négociations et en rouge celles n'ayant encore rien fait. Mais, en plus des réactions outrées des représentants patronaux, il s'est avéré que certaines entreprises indiquées en rouge avaient pourtant entamé des négociations, tandis que d'autres, signalées en vert, étaient critiquées pour n'avoir conclu que des accords « *bureaucratiques* », sans véritable mesures au fond. « *La tension était trop forte sur les délais : d'octobre 2009 pour février 2010, seul un accord de méthode étant de fait possible. L'appréciation par*

gouvernement actuel, en matière sociale²⁹⁸⁵ et fiscale²⁹⁸⁶. Le « *name and shame* » est également pratiqué chaque année par l’Autorité des Marchés Financiers (appelée l’ « *AMF* »), dans son rapport sur le gouvernement d’entreprise²⁹⁸⁷. En effet, depuis 2013, l’AMF désigne précisément les entreprises qui ne se conforment pas au code AFEP/MEDEF précité. Cependant, elle indique aussi qu’elles sont celles qui ont mis en place de bonnes pratiques²⁹⁸⁸.

470. Le risque tant redouté : le boycott des consommateurs. Si ce mécanisme est tant redouté par les entreprises, c’est parce qu’il alerte l’opinion publique et les consommateurs, dont les achats sont de plus en plus éthiques²⁹⁸⁹, et qu’il peut déboucher sur une grève de ces achats, aussi appelée boycott ou boycottage. Apparu aux États-Unis au 19^{ème} siècle, le boycott n’est encadré par aucune règle juridique en droit français, si bien que l’appel au boycott n’est pas interdit²⁹⁹⁰. Néanmoins, en cas d’abus, celui-ci peut alors tomber sous le coup d’une

l’Administration en trois couleurs des accords était par ailleurs délicate, les risques psychosociaux, étant un sujet multidimensionnel, multifactoriel, et à effets différés, qui s’articule avec des questions d’organisation du travail et de management. » : H. ROUILLEAULT, *Inciter à négocier ? Légitimité de principe et difficultés pratiques*, Dr. soc. 2011, p. 563.

²⁹⁸⁵ En février 2018, Madame Muriel Pénicaud, ministre du Travail, a annoncé vouloir rendre systématique la publication des noms des employeurs condamnés pour travail illégal ou fraude au travail détaché : S. LEMOINE, *Travail illégal et travail détaché : Muriel Pénicaud sort l’arme du « name and shame »*, France Info, 12 février 2018. Il reste à savoir si cela pourrait atteindre les donneurs d’ordre.

²⁹⁸⁶ En février 2018 également, Gérard Darmanin, ministre de l’Action et des Comptes publics, a fait part de la volonté du gouvernement, déjà exprimée par le Premier ministre, de rendre public le nom des plus gros fraudeurs fiscaux, afin de dissuader de telles pratiques. Le Professeur Martin Collet rappelle toutefois que cela « *suppose une évolution des textes qui ne prévoient pas, à l’heure actuelle, cette possibilité. Au contraire, les exigences attachées au secret professionnel interdisent au ministre comme à ses agents de divulguer des informations relatives à des opérations de contrôle et de redressement fiscal. Reste à espérer que le législateur fasse preuve de sagesse en entourant de garanties appropriées le déclenchement d’une arme qui peut se révéler atomique.* » : M. COLLET, *3 questions à Martin Collet sur la publication du nom des fraudeurs fiscaux*, 2 février 2018, consultable en ligne sur le site du Club des Juristes.

²⁹⁸⁷ À ce sujet, Madame Catherine Malecki écrit que « *les parties prenantes ne se limiteront pas à des informations sommaires* » et qu’ « *elles seront les vigiles de la compliance durable dont les sanctions pourraient aller au-delà du name and shame du rapport annuel de l’AMF* » : C. MALECKI, *Responsabilité sociale des entreprises, Perspectives de la gouvernance d’entreprise durable*, LGDJ Lextenso éditions, 2014, p. 340.

²⁹⁸⁸ Par exemple, en page 60 de son rapport annuel de 2017, au sujet du plafonnement de la rémunération variable annuelle des dirigeants, « *l’AMF a relevé deux cas où les sociétés n’expriment pas ce plafond en fonction de la rémunération fixe octroyée au dirigeant, contrairement à la recommandation du code AFEP-MEDEF : (...) la société NATIXIS fixe un plafond de 120 % de la rémunération fixe mais prévoit par ailleurs qu’il pourra varier avec une « amplitude cible » de 0 à 156.75 %. Cette présentation ne permet pas de comparer aisément ni de façon certaine, la part fixe et la part variable au regard de la rémunération fixe.* ». Mais, en note de bas de page, il est possible de lire : « *NATIXIS a procédé à une actualisation de son document de référence en date du 9 août 2017, tant au titre de la rémunération variable annuelle de 2016 que pour celle de 2017, et se conforme désormais au code AFEP-MEDEF* ».

²⁹⁸⁹ J. BALLEST, F. de BRY, A. CARIMENTRAND et P. JOLIVET, *op. cit.*, p. 261.

²⁹⁹⁰ « *Mais une association a-t-elle le droit de lancer un mot d’ordre de boycott ? Cette question suscite des controverses. Les uns réclament l’interdiction du boycott, en raison des risques qu’il fait peser sur les*

qualification juridique, entraînant la responsabilité civile ou pénale des personnes physiques ou morales ayant appelé au boycott²⁹⁹¹. Par exemple, la responsabilité civile de l'association « UFC » a pu valablement être retenue, après avoir publié un article appelant au boycott de la viande de veau²⁹⁹². Au plan pénal, en 2015, la Cour de cassation a validé une condamnation pour provocation à la discrimination à l'égard d'une nation, les prévenus ayant appelé au boycott de produits en provenance d'Israël²⁹⁹³. Mais sans doute faut-il distinguer ce cas de recours particulier, à l'encontre d'un État²⁹⁹⁴, de celui dirigé vers une entreprise, dont les consommateurs se désintéresseraient car elle ne respecterait pas certaines valeurs, voire ses propres engagements éthiques. Pris en ce sens, le boycott apparaît comme le seul instrument pouvant permettre l'égalité des armes entre les consommateurs et les entreprises qui ne respectent pas les droits fondamentaux²⁹⁹⁵. Ainsi, en 2001, dans le cadre du boycott des produits du groupe Danone, il ne s'agissait pas de remettre en cause la qualité des produits

entreprises. D'autres souhaitent qu'il soit reconnu au même titre que le droit de grève des salariés. » : J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2015, p. 693-694, § 695.

²⁹⁹¹ À l'inverse, « *les consommateurs qui refusent d'acheter n'assument aucune responsabilité.* » : J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *op. cit.*, p. 693, § 695.

²⁹⁹² « *Attendu que, pour faire droit à cette demande, la cour d'appel, (...) a retenu que (...) cette association avait, d'une manière arbitraire et injuste à l'égard des quelque 8 500 éleveurs de veaux, lancé un appel sans nuance ni objectivité au boycottage de la viande de veau dans le but affiché de faire pression sur les pouvoirs publics (...) qu'après avoir ainsi caractérisé l'existence d'un trouble manifestement illicite (...), les juges du second degré ont encore relevé que l'UFC ne pouvait prétendre être affranchie des règles applicables en matière de responsabilité civile (...), alors que la violation de telles notions constitue une faute au sens de l'article 1382 du Code civil* » : Cass. civ. 1^{er}, 14 février 1989, n° 86-13.438, inédit.

²⁹⁹³ La chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi des prévenus, déclarés coupables de provocation à la discrimination, la cour d'appel ayant retenu à bon droit les éléments constitutifs du délit prévu par l'article 24, alinéa 8, de la loi du 29 juillet 1881 étaient réunis et que l'exercice de la liberté d'expression, proclamée par l'article 10 de la CESDH peut être soumis à des restrictions : Cass. crim. 20 octobre 2015, n° 14-80.020, Bull. 2016, n° 838 ; J.-C. DUHAMEL et G. POISSONNIER, *Cette singulière interdiction française de l'appel au boycott des produits israéliens*, D. 2016, p. 287.

²⁹⁹⁴ Sur la définition du boycott à l'encontre d'un État : « *En tant que mesure de droit interne, le boycott peut être initié par des personnes privées ou publiques. Il s'agit alors d'une décision prise par des entreprises, des associations, des collectivités locales ou des particuliers d'interrompre les relations commerciales qu'ils entretiennent normalement avec les nationaux d'un État étranger en vue de protester contre les actes de cet État et de faire pression sur lui. En tant que mesure de droit international, le boycott est une mesure coercitive adoptée par un État contre un autre État, soit en temps de conflit armé, soit en temps de paix, et consistant en l'interdiction sélective des importations, voire l'interruption des relations commerciales. Parfois appelé « embargo », il peut aussi être décidé en vertu du droit international lui-même* » : G. POISSONNIER, *Une pénalisation abusive de l'appel citoyen au boycott*, D. 2011, p. 931.

²⁹⁹⁵ « *Les normes sociales et environnementales doivent donc être dotées d'une force juridique équivalente aux normes du commerce mondial, ce qui suppose l'institution d'une instance internationale de règlement des litiges, ayant le pouvoir d'autoriser les pays qui les respectent à fermer leur marché aux produits fabriqués dans des conditions qui ne les respectent pas. Le recours à de nouvelles formes d'action collective, dont le boycott de ces produits, serait alors reconnu comme une liberté inhérente à la liberté syndicale et d'association.* » : A. SUPIOT, *Pour une réforme digne de ce nom, Et si l'on refondait le droit du travail*, Le Monde diplomatique, octobre 2017, p. 1, 22 et 23.

mais de sanctionner le groupe pour avoir pris la décision de fermer plusieurs usines en Europe et de supprimer plus d'un millier d'emplois, sans explication suffisamment convaincante pour l'opinion publique²⁹⁹⁶.

471. Conclusion de section. La gestion du risque de réputation est considérée comme « *une condition de survie dans un univers où les performances économiques riment avec confiance* »²⁹⁹⁷, comme les institutions européennes ont tenu à le rappeler²⁹⁹⁸. Si la réputation est devenue un objet de gestion au sein des entreprises, c'est parce que les pouvoirs publics, quand ils osent pointer ces dernières du doigt, et la société civile, quand elle se mobilise, en ont fait leur principal contre-pouvoir pour sanctionner des entreprises qui manquent de conscience éthique. Aussi, derrière les enjeux commerciaux évidents, pour les entreprises comme pour les agences qui les évaluent, cette gestion peut-elle être une véritable source de bienfaits sociaux en ce qu'elle constitue « *un autocorrecteur des comportements* »²⁹⁹⁹. Elle

²⁹⁹⁶ D. ROUX, *De la consommation engagée à la résistance du consommateur*, *Concurrence & consommation* 2007, n° 156, p. 68. À l'époque, le TGI de Paris, statuant en référé, avait autorisé l'utilisation du nom « Danone » dans le nom de domaine du site appelant au boycott mais pas celle de la marque semi-figurative (associant le nom au logo) dans le site en question : TGI Paris, réf., 23 avril 2001, *Société Compagnie Gervais Danone c/ Olivier Malnuit et sociétés 7 Ways et ELB Multimédia*, n° 01/54344. « Ainsi apparaît en filigrane le droit de parler des marques, objet de la parole citoyenne, nécessaire contrepartie à la notoriété de l'entreprise. » : V. LAPP, *Le juge des référés ; yaourts, internet et boycott*, LPA 18 juin 2001, n° 120, p. 11. Voir aussi au fond : TGI Paris, 4 juillet 2001, n° 01/06682 ; N. CUZACQ, *La difficile conciliation du droit des marques et de la liberté d'expression: l'exemple du boycott de la marque Danone*, LPA 18 septembre 2001, n° 186, p. 11. Comme le résume le Professeur Jean-Emmanuel Ray, entre « victoire judiciaire et défaite médiatique », « le conflit Danone de 2001 restera un véritable cas d'école ». La réputation sociale de l'entreprise était pourtant bien établie mais « plus une grande entreprise est soucieuse de son image, ouverte au dialogue social, plus elle est vulnérable sur ce terrain » : J.-E. RAY, *De la grève interne aux actions collectives externalisées*, Dr. soc. 2003, p. 591. Depuis plusieurs mois, c'est au tour de la filiale marocaine du groupe Danone de connaître un boycott de ses produits, considérés comme trop onéreux. Le mouvement, qui a démarré sur les réseaux sociaux, est d'une telle ampleur que les salariés craignent pour l'avenir de leurs emplois et ont manifesté devant le Parlement à Rabat : M.-J. COUGARD, *Danone victime d'un boycott de grande ampleur au Maroc*, Les Echos, 12 juin 2018.

²⁹⁹⁷ Y. MEDINA, *La déontologie, ce qui va changer dans l'entreprise*, Éditions d'Organisation, 2003, p. 66.

²⁹⁹⁸ Selon la Commission, « le monde des entreprises européennes devrait avoir l'ambition de figurer au nombre des groupes d'organisations qui inspirent le plus confiance dans la société », or, « il y a souvent un décalage entre les attentes des citoyens et ce qui leur semble être la réalité du comportement des entreprises » : Commission européenne, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'Union européenne pour la période 2011-2014*, COM(2011) 681 final, p. 11. Quant au Parlement européen, il a affirmé que « la RSE – si elle est convenablement mise en œuvre et pratiquée par toutes les entreprises, pas seulement par les plus grandes – peut contribuer grandement à restaurer la confiance perdue » : Résolution du Parlement européen, *Responsabilité sociale des entreprises: comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable*, 6 février 2013.

²⁹⁹⁹ « En effet, la crainte d'une image sociétale dégradée avec ses conséquences dévastatrices sur les marchés financiers, mais aussi auprès des consommateurs ou des organisations non gouvernementales dont la réactivité en peut être sous-estimée, constitue en soi un autocorrecteur comportemental de la gouvernance d'entreprise durable ». La bonne image de l'entreprise « doit se frayer un chemin entre le droit à l'honneur et le droit au secret et particulièrement le secret des affaires ». : C. MALECKI, *op. cit.*, p. 342-343 et p. 344.

« permet de donner du sens dans un monde insensé, de défendre la « marque-employeur »
»³⁰⁰⁰, tout en impliquant davantage les actionnaires³⁰⁰¹.

472. Conclusion de chapitre. *In fine*, à défaut d'une motivation qui serait plus conforme à l'idéal de conscience éthique, le risque de voir sa réputation ternie incite l'entreprise à respecter ses engagements, qu'il s'agisse d'un engagement unilatéral, d'informations décrites dans sa déclaration extra-financière ou de principes d'un code de gouvernance et, demain peut-être, de son intérêt social, voire de sa raison d'être. Ce même risque l'encourage à « réorienter son action sur des critères moins exclusivement économiques »³⁰⁰². S'il est permis *a priori* de se demander si l'éthique des affaires est « imposture ou exigence éthique réelle », il faut admettre, dans un second temps, qu'elle est « irréductible à un simple gadget » quand elle cherche à « concilier besoins du producteur et du consommateur », obéissant ainsi, « sous un certain angle, à la recherche de l'intérêt général »³⁰⁰³.

³⁰⁰⁰ J.-E. RAY, *Droit du travail et morale : aspects contemporains*, in *Droit et morale*, dir. D. FENOUILLET, F. DRUMMOND et D. BUREAU, Dalloz, 2011, p. 204.

³⁰⁰¹ « À notre sens, enfin, dans la mesure où on ne désire pas changer de système et maintenir par défaut notre système capitaliste, l'éthique d'entreprise devrait d'abord concerner les associés (souvent défaillants, si ce n'est de connivence dans l'exercice de leur contrôle), puisqu'ils ont seuls le pouvoir de vote dans les assemblées. Nous sommes alors bien loin si ce n'est aux antipodes de la conception usuelle anglo-saxonne de l'éthique d'entreprise prônée actuellement, et imposée aux dirigeants comme aux salariés. » : J. DELGA, *De l'éthique d'entreprise et de son cynisme*, D. 2004, p. 3126.

³⁰⁰² J.-E. RAY, *art. préc.*, p. 204 ; citant : J.-B. HUYGUE, *La pluralité des normes*, conférence du 7 octobre 2010 à l'ANVIE.

³⁰⁰³ J. RUSS, *La pensée éthique contemporaine*, Que sais-je, PUF, 2^{ème} éd., 1995, p. 115-116.

Conclusion du Titre II

473. Une éthique partagée. En étudiant l'entreprise sociale et l'entreprise classique, prise dans leur intégralité, il s'agit de démontrer la présence d'une conscience susceptible d'animer l'ensemble de la collectivité de travail. Quel que soit le type d'entreprise examiné, la conscience de la collectivité repose sur la même idée : promouvoir la dimension humaine de l'activité. Cette dimension permet d'écarter totalement, partiellement ou occasionnellement la recherche de profits économiques, selon le type d'entreprise concerné. En réalité, cette conscience est éthique dans les deux cas, puisque l'entreprise sociale et l'entreprise de droit commun décident de « *déterminer des valeurs* » et de s'y « *conformer* », pour reprendre la définition de Monsieur Alexandre Barège³⁰⁰⁴. Si le terme d'« *éthique* » est beaucoup plus utilisé en parlant de l'entreprise classique, c'est peut-être parce que celle-ci a davantage besoin de prouver la sincérité de ses convictions humanistes ou écologistes. La formalisation explicite d'une éthique apparaît comme une garantie donnant confiance aux parties prenantes.

474. Un échange de bons procédés. Pour que la conscience éthique ne soit pas dévoyée, les valeurs éthiques doivent être débattues et choisies collectivement, de sorte que l'ensemble des membres de l'entreprise, sociale ou classique, se sentent concernés, s'impliquent dans le respect de ces valeurs et prennent leurs responsabilités, à travers chaque acte professionnel pratiqué. L'entreprise classique peut alors s'inspirer du modèle de l'entreprise sociale, en rééquilibrant, à l'occasion du recrutement, la part des qualités humaines – à condition qu'il soit possible de les déceler – par rapport à celle des compétences professionnelles ou en se dotant d'une raison d'être, car rien n'empêche de le faire dès à présent comme l'a rappelé le Conseil d'État³⁰⁰⁵. La réciproque est également vraie puisque l'entreprise sociale peut reprendre à son compte certaines méthodes de gestion issues de l'entreprise classique, afin d'assurer sa pérennité et de rémunérer à une plus juste valeur des travailleurs souvent très consciencieux.

³⁰⁰⁴ A. BARÈGE, *L'éthique et le rapport de travail*, préf. B. BOSSU, LGDJ, 2008, p. 6 et s. ; cf. *supra* n° 431.

³⁰⁰⁵ « Le Conseil d'État observe, en premier lieu, que rien n'interdit aujourd'hui à une société d'inscrire dans ses statuts, dans le respect des règles d'ordre public, une « raison d'être » c'est à dire un dessein, une ambition, ou tout autre considération générale tenant à l'affirmation de ses valeurs ou de ses préoccupations de long terme. Il relève par ailleurs qu'au terme du projet de loi l'inscription d'« une raison d'être » dans les statuts constitue une simple faculté. Le Conseil d'État considère que cette disposition n'est toutefois pas dépourvue de portée normative dans la mesure où, pour les entreprises qui auront fait ce choix, l'inscription dans les statuts obligera à s'y conformer. » : CE, Ass., Avis sur un projet de relatif à la croissance et la transformation des entreprises, séance du 14 juin 2018, NOR : ECOT1810669L/Verte2, §105.

Conclusion de la Partie II

475. Accorder la conscience de chaque collectif de travail avec celle de la collectivité.

Lorsqu'il veille au respect scrupuleux de l'obligation de sécurité et prend les mesures de prévention adéquates, avec l'aide éventuelle des représentants du personnel grâce à leur droit d'alerte en cas de danger grave et imminent, l'employeur, incarné si besoin est par les dirigeants de l'entreprise, crée un climat de confiance. Or, un tel climat est propice à développer la conscience éthique des travailleurs, ayant elle-même des effets bénéfiques sur la réputation de l'entreprise. De la même manière, un travailleur en France peut lancer une alerte concernant un risque d'atteinte à la liberté syndicale dans l'une des filiales étrangères du groupe, risque qui aura préalablement été cartographié par la société mère au titre de son devoir de vigilance. Pour atténuer ce risque ou prévenir de nouvelles atteintes à cette liberté, l'employeur peut choisir de dialoguer avec les représentants des travailleurs, ou avec une association de défense de cette liberté – qui n'est autre qu'une entreprise sociale –, et de conclure un accord transnational. Cet accord, s'il est spontanément respecté par l'employeur, peu importe sa force obligatoire en France ou dans le pays concerné par l'atteinte, participera à la construction de l'aura éthique de l'entreprise. Tout est nécessairement lié.

476. Mettre à jour une nouvelle conscience collective. Cette volonté d'agir de concert dans le cadre du travail doit refléter une forme de conscience collective, qui ne semble pas encore avoir été définie. Cette conscience collective n'est ni un inconscient collectif, comme en psychanalyse, ni une conscience innée, comme en sociologie³⁰⁰⁶. Elle doit être appréhendée comme le résultat des choix de conscience réalisés par les individus qui composent l'entreprise, tous collectifs de travail confondus. À partir de ce résultat, des convictions communes vont pouvoir être mises à jour et permettre d'orienter, ou de réorienter, l'activité de l'entreprise, quelle que soit sa forme plus précise. Au demeurant, il ne s'agit pas de proposer une définition en droit de la notion de conscience collective, mais de révéler, sans naïveté, l'intérêt des mécanismes juridiques, existant ou en construction, qui doivent rendre possible le travail en conscience.

³⁰⁰⁶ cf. *supra* n° 15 et note n° 69.

Conclusion générale

477. La mode de la conscience. Selon Monsieur Richard Barrett, conférencier britannique et auteur d'ouvrages mêlant « *leadership* » et conscience, les entreprises qui réussiront au 21^{ème} siècle sont celles qui reconnaîtront l'évolution de la conscience humaine de leurs salariés « *en créant une culture qui n'utilise pas le contrôle, la hiérarchie, le statut ni la peur* » mais qui encourage, au contraire, « *la liberté, l'égalité, la responsabilité, l'équité, l'ouverture, la transparence et la confiance* ». Cet auteur part du constat que, dans les pays occidentalisés du moins, il ne suffit plus aux salariés d'avoir un travail et des revenus décents car ils aspirent, en outre, à bénéficier de valeurs démocratiques dans le cadre de leur travail³⁰⁰⁷. Aussi, les entreprises sont invitées à se développer sur les sept niveaux de conscience personnelle de leurs salariés, pour devenir aptes à maîtriser les besoins correspondant à chacun de ces niveaux³⁰⁰⁸. Si le côté « *gourou* » et « *vendeur* » du propos fait sourire le juriste, le cœur du message n'est peut-être pas dépourvu d'intérêt pour ce dernier.

478. La conscience indémodable. Vingt-cinq ans plus tôt, Monsieur Robert C. Solomon, professeur américain de philosophie, avait décrit cette réalité de façon plus académique. Il lui a donné le nom d'approche aristotélicienne de l'éthique des affaires, selon laquelle l'intégration des rôles personnels et professionnels de l'individu, ou du moins leur harmonisation, « *constitue ici notre idéal et cette intégration ne devrait pas être interprétée soit comme la capitulation de l'individu devant l'entreprise, soit comme la capitulation de l'entreprise devant la personne* »³⁰⁰⁹. Selon cette approche, il serait artificiel de séparer « *le*

³⁰⁰⁷ R. BARRETT, *L'entreprise inspirée par les valeurs, Libérer le potentiel humain pour une performance durable*, De Boeck Supérieur, 2017, p. 25.

³⁰⁰⁸ Les sept niveaux de conscience, basés sur la théorie psychologique de la pyramide des besoins d'Abraham Maslow, telle que présentée dans son article « *A theory of Human Motivation* » en 1943, sont, dans l'ordre d'élévation de la conscience : la conscience de survie, la conscience de la relation, la conscience de l'estime de soi, la conscience de transformation, la conscience de cohésion interne, la conscience de faire une différence et la conscience d'être au service. Par exemple, en réponse à la conscience de survie des individus, qui correspond au besoin de rester en vie, les entreprises doivent assurer leur stabilité financière et garantir leur santé ainsi que leur sécurité. Elles doivent donc faire des bénéfices car, sans eux, « *les entreprises ne peuvent pas investir pour leurs employés, pour créer des nouveaux produits ou créer des relations de confiance avec leurs clients et les collectivités dans lesquelles elles travaillent* ». En réponse à la conscience de faire une différence, qui correspond au besoin de collaborer avec d'autres pour créer un « *monde meilleur* », l'entreprise doit faire preuve de résilience, en coopérant avec d'autres organisations et les communautés dans lesquelles elle évolue, afin d'en tirer un bénéfice mutuel. À ce titre, les entreprises doivent laisser du temps libre à leurs salariés pour mener des actions bénévoles ou apporter leur contribution financière à des œuvres de charité dans lesquelles leurs salariés sont impliqués. Les dirigeants doivent également « *développer un grand sens de l'empathie* » et créer « *un environnement qui aide chaque employé à aligner son propre but avec la vision ou la mission de l'entreprise* » : R. BARRETT, *op. cit.*, p. 111 et s.

³⁰⁰⁹ « *Les bons employés sont de bonnes personnes et prétendre que les vertus des affaires sont séparées des vertus du reste de notre existence (...) revient à planter le décor de cette histoire tragique si banale : celle de l'employé victime de la pression qui viole ses « valeurs personnelles » car, d'un point de vue purement professionnel, il « n'avait pas vraiment le*

monde de l'entreprise » des « gens qui y travaillent » car l'intégrité de ces derniers « détermine l'intégrité de l'organisation et vice versa ». Aussi, en substance, « peut-être l'approche aristotélicienne de l'éthique des affaires n'est-elle que l'expression de l'idée que les gens passent avant les profits »³⁰¹⁰. Deux mille trois cents ans auparavant, dans « *Éthique à Nicomaque* », Aristote expliquait déjà que la vertu de l'homme dépend de l'enseignement reçu dans le cadre de la cité et que, inversement, la vie de la cité dépend de la vertu de ses membres³⁰¹¹.

479. Conscience et droit social. Cette nécessaire résonance entre la conscience individuelle et sa collectivité de travail d'appartenance, cette intégration indispensable des rôles personnels et professionnels de la personne, est ce à quoi cette étude juridique espérait parvenir. En donnant une place appropriée à la conscience personnelle selon la structure et en admettant que cette conscience n'est pas immuable, en reconnaissant pleinement la conscience professionnelle comme une composante essentielle de la relation de travail, quel que soit le travail exercé, en incitant chaque collectif de travail à empêcher la réalisation des risques parvenus à leur conscience et, enfin, en offrant aux entreprises qui prennent un engagement collectif de conscience – peu importe leurs motivations – le cadre juridique le mieux adapté, le droit social rappelle que la conscience ne lui est ni inconnue, ni indifférente. En effet, dans le « *monde du travail* » au sens large, la conscience – sous toutes ces qualifications³⁰¹² – a besoin de la protection du droit social et le droit social a besoin parfois – souvent ? – d'être le reflet de la conscience³⁰¹³.

choix ». » : R. C. SOLOMON, *Rôles professionnels, vertus personnelles : approche aristotélicienne de l'éthique des affaires (Corporate roles, personal virtues : An Aristotelean approach to business ethics)*, *Business Ethics Quarterly*, 2(3), 1992, p. 317-339, in *Éthique des affaires, Marché, règle et responsabilité*, textes réunis par A. ANQUETIL, Librairie philosophique J. VRIN, 2011, p. 224-225.

³⁰¹⁰ R. C. SOLOMON, *art. préc.*, p. 224-225 et p. 242.

³⁰¹¹ É. AKAMATSU, *Éthique à Nicomaque d'Aristote*, Bréal, 2001, p. 23.

³⁰¹² À propos de la conscience éthique : Si la caractéristique principale de l'éthique est « *de sauvegarder, quoiqu'il en coûte, l'homme comme une valeur absolue* », alors le droit du travail peut être considéré comme ayant été, dès l'origine, « *fondé sur une vision éthique de la société* ». Même si les droits du salarié ont pu changer depuis la fondation du droit du travail, « *cela ne veut pas dire que le droit du travail s'est instrumentalisé au point d'avoir perdu toute vision éthique* » : J.-E. RAY, *Droit du travail et règles morales*, in *Éthique, déontologie et gestion de l'entreprise*, dir. H. de la BRUSLERIE, Economica, 1992, p. 97 et 99. Cette analyse peut être étendue au droit social.

³⁰¹³ Sur l'objectif ultime de notre conscience : Pour atteindre le but du respect de la personne humaine, le droit, notamment social, « *n'y suffit pas. Il fixe l'objectif, offre des moyens... Reste l'essentiel : l'exigence morale qui inclut le respect dû par chacun à l'Autre* » : B. TEYSSIÉ, *Personnes, entreprises et relations de travail*, *Dr. soc.*, 1988, p. 383 ; cité par J.-M. OLIVIER, *Liberté d'opinion du salarié*, in *La personne en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Éditions Panthéon-Assas, 1999, p. 87.

Bibliographie

I – Ouvrages généraux : traités, manuels, cours

AUZERO G., BAUGARD D. et DOCKÈS E.,

- *Droit du travail*, Dalloz, 2017, 31^{ème} édition.

BERTRAND-QUINQUET L.-J.-F. de P.,

- *Traité de l'Imprimerie*, Bertrand-Quintet Imprimeur, 1799.

BINET J.-R.,

- *Droit médical*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2010.

BLEDNIAK E., CHRETIENNOT E. et PETIT F.,

- *Comité d'entreprise, Institutions voisines*, Éditions Delmas, 2015.

BONNARD R.,

- *Précis de droit administratif*, LGDJ, 1940, 3^{ème} édition.

BORGETTO M. et LAFORE R.,

- *Droit de l'aide et de l'action sociales*, LGDJ Lextenso éditions, 2015, 9^{ème} édition.

BORTOLUZZI S., PIAU D., WICKERS T., ADER H. et DAMIEN A.,

- *Règles de la profession d'avocat 2018/2019*, Dalloz, 2017.

CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H.,

- *Droit de la consommation*, Dalloz, 2015, 9^{ème} édition.

CAMERLYNCK G. H.,

- *Contrat de travail, Tome I, Traité de droit du travail*, dir. G.-H. CAMERLYNCK, Dalloz, 1968.

CARBONNIER J.,

- *Droit civil, Tome premier, Introduction à l'étude du droit et Droit des personnes*, PUF, 1962, 4^{ème} édition.
- *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, PUF, 20^{ème} édition, 1996.
- *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, PUF, 2000, 22^{ème} édition.
- *Droit civil, Introduction*, PUF, 2002, 27^{ème} édition.

CASTELLETTA A.,

- *Responsabilité médicale, Droits des malades*, Dalloz, 2004.

CATALA N.,

- *L'entreprise, tome 4*, in *Droit du travail*, dir. G. H. CAMERLYNCK, Dalloz, 1980.

COEURET A. et FORTIS E.,

- *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 2008, 4^{ème} édition.

COHEN M. et MILLET L.,

- *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, Lextenso éditions, 2017.

COUTURIER G.,

- *Droit du travail, 2/ Les relations collectives de travail*, PUF, 1993, 2^{ème} édition.
- *Droit du travail, T. I*, PUF, 1996, 3^{ème} édition.

DERIEUX E.,

- *Droit de la communication*, LGDJ, 2003, 4^{ème} édition.

DURAND P.,

- *Traité de droit du travail*, tome II, Dalloz, 1950.

DURAND P., JASSAUD R. et PICHAT G.,

- *Traité de droit du travail*, tome I, Dalloz, 1947.

FARDOUX O. et PLANQUE J.-C.,

- *Droit pénal du travail*, Bréal, 2013, 2^{ème} édition.

FAVENNEC-HERY F. et VERKINDT P.-Y.,

- *Droit du travail*, LGDJ, 2016, 5^{ème} édition.

JEANSEN E.,

- *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 2015, 2^{ème} édition.

LAUBADERE A.,

- *Traité de droit administratif*, tome 2, LGDJ, 1978, 6^{ème} édition.

LAUDE A., MATHIEU B. et TABUTEAU D.,

- *Droit de la santé*, PUF, 2007.

LE GAC-PECH S.,

- *Droit de la consommation*, Dalloz, 2017, 1^{ère} édition.

MAS-BELLISSENT C. et RAKOTOVAHINY M.,

- *Droit coopératif*, Ellipses, 2016.

MAYAUD Y.,

- *Droit pénal général*, PUF, 2015, 5^{ème} édition.

MAZEAUD A.,

- *Droit du travail*, LGDJ, 2016, 10^{ème} édition.

MERLE Ph. et FAUCHON A.,

- *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, 2016, 20^{ème} édition.

MESSNER F., PRELOT P.H. et WOEHRING J.-M.,

- *Droit français des religions*, LexisNexis, 2013.

MISTRETTA P.,

- *Droit pénal médical*, Éditions Cujas, 2013.

MOMORO A.-F.,

- *Traité élémentaire de l'imprimerie ou le manuel de l'imprimeur*, A.-F. Momoro Imprimeur-Libraire, 1793.

MORVAN P.,

- *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 2017, 8^{ème} édition.

PESKINE E. et WOLMARK C.,

- *Droit du travail*, Dalloz, 2015, 10^{ème} édition.

PLANIOL M.,

- *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, Tome deuxième, LGDJ, 1909, 5^{ème} édition.

PLANIOL M. et RIPERT G.,

- *Traité pratique de droit civil français*, Tome XI Contrats civils, LGDJ, 1932.

RAY J.-E.,

- *Droit du travail Droit vivant 2018, La relation individuelle de travail*, Éditions Liaisons Wolters Kluwer, 2018, 26^{ème} édition.

RIVERO J.,

- *Les libertés publiques, tome II, Le régime des principales libertés*, PUF, 1997, 6^{ème} édition.

RIVERO J. et SAVATIER J.,

- *Droit du travail*, PUF, 1956, 1^{ère} édition.
- *Droit du travail*, PUF, 1991, 12^{ème} édition.

ROBERT J. et DUFFAR J.,

- *Droit de l'homme et libertés fondamentales*, Lextenso éditions, 2009, 8^{ème} édition.

ROUBIER P.,

- *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Réimpression de la 2^{ème} édition de 1951, Dalloz, 2005.

SINAY H. et JAVILLIER J.-C.,

- *La grève, Tome VI, Traité de droit du travail*, dir. G. H. CAMERLYNCK, Dalloz, 1984.

SUPIOT A.,

- *Les juridictions du travail*, Traité Dalloz, 1987.

TERRÉ F.,

- *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2015, 9^{ème} édition.

TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y.,

- *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2009, 10^{ème} édition.

TEYSSIÉ B.,

- *Droit du travail, Relations collectives*, LexisNexis, 2016, 10^{ème} édition.

TEYSSIÉ B., CESARO J.-F. et MARTINON A.,

- *Droit du travail Relations individuelles*, Lexis Nexis, 3^{ème} édition, 2014.

VERDIER J.-M.,

- *Traité de droit du travail*, Tome V, Dalloz, 1966.
- *Syndicats et droit syndical, Traité de droit du travail*, dir. G.-H. CAMERLYNCK, Dalloz, 2^{ème} édition, t. 5, 1987.

VERDUN F.,

- *Le management stratégique des risques juridiques*, LexisNexis, 2013.

VERKINDT P.-Y.,

- *Le droit du travail*, Dalloz, 2005.

VIGOUROUX C.,

- *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, 2012.

WALINE M.,

- *Traité de droit administratif*, Sirey, 1950, 6^{ème} édition.

II – Ouvrages spéciaux : thèses, monographies

AKAMATSU É.,

- *Éthique à Nicomaque d'Aristote*, Bréal, 2001.

ANQUETIL A.,

- *Qu'est-ce-que l'éthique des affaires ?*, Librairie philosophique J. Vrin, 2008.

ARISTOTE,

- *Éthique à Nicomaque*, trad. J. TRICOT, Librairie philosophique Vrin, 2007.

BADINTER R. et LYON-CAEN A.,

- *Le travail et la loi*, Fayard, 2015.

BALLERT J., de BRY F., CARIMENTRAND A. et JOLIVET P.,

- *L'entreprise et l'éthique*, Éditions du Seuil, 2011, 2^{ème} édition.

BANON P.,

- *Dieu et l'entreprise, Comprendre et gérer les cultures religieuses*, Éditions d'Organisations, 2006.

BARÈGE A.,

- *L'éthique et le rapport de travail*, préf. de B. BOSSU, LGDJ, 2008.

BARREAU R.,

- *Les obligations de conscience en droit civil*, Thèse, 1915.

BARRETT R.,

- *L'entreprise inspirée par les valeurs, Libérer le potentiel humain pour une performance durable*, De Boeck Supérieur, 2017.

BARTHELEMY J. et CETTE G.,

- *Travailler au XXIe siècle*, Odile Jacob, 2017.

BAUBEROT J.,

- *Les laïcités dans le monde*, Que sais-je ?, PUF, 2010.
- *Histoire de la laïcité en France*, Que sais-je ?, PUF, 2013.

BAUMANN F.,

- *Le brown-out : Quand le travail n'a plus aucun sens*, Éditions Josette Lyon, 2018.

BEN HADJ YAHIA S.,

- *La fidélité et le droit*, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, 2013.

BLATMAN M., VERKINDT P.-Y. et BOURGEOT S.,

- *L'état de santé du salarié*, Éditions Liaisons Wolters Kluwer, 2014.

BONNET F. et DEGRYSE O.,

- *Le management associatif*, De Boeck, 1997.

BORRITS B. et SINGER A.,

- *Travailler autrement : Les Coopératives*, Éditions du Détour, 2017.

BOURION C.,

- *Le bore-out syndrom, Quand l'ennui au travail rend fou*, Albin Michel, 2016.

BOURREAU-DUBOIS C. et JEANDIDIER B.,

- *Économie sociale et droit, Économie et droit du travail*, Tome 1, L'Harmattan, 2006.

BOYER A.,

- *L'impossible éthique des entreprises*, Éditions d'Organisation, 2002.

BRAUD Ph.,

- *La notion de libertés publiques en droit français*, préf. G. DUPUIS, LGDJ Lextenso éditions, 2015.

CABESTAN Ph.,

- *La conscience*, Ellipses Éditions, collection Philo-notions, 2003.

CARBONNIER J.,

- *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996.
- *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1998, 9^{ème} édition.

CARDON A.,

- *Modéliser et concevoir une machine pensante : approche de la conscience artificielle*, Vuibert, 2004.

CARDOT F.,

- *L'éthique d'entreprise*, Que sais-je ?, PUF, 2006.

CATTELAINE J.-P.,

- *L'objection de conscience*, Que sais-je ?, PUF, 1973.

CHAMPY F.,

- *La sociologie des professions*, PUF, 2009.

CHATEAURAYNAUD F. et TORNY D.,

- *Les sombres précurseurs, Une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2013.

CHAUVEAU A. et ROSÉ J.-J.,

- *L'entreprise responsable*, Éditions d'Organisation, 2003.

CHESSEL M.-E., de BREMOND D'ARS N. et GRELON A.,

- *L'entreprise et l'Évangile, Une histoire des patrons chrétiens*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2018.

CHEVALLIER J.,

- *L'État-post-moderne*, LGDJ, 2003.

CLAUDE J.-F.,

- *L'éthique au service du management*, Éditions Liaisons, 2002, 2^{ème} édition.

CLOT Y.,

- *La fonction psychologique du travail*, PUF, 2015, 6^{ème} édition.
- *Travail et pouvoir d'agir*, PUF, 2017, 2^{ème} édition.

CLOT Y. et GOLLAC M.,

- *Le travail peut-il devenir supportable ?*, Armand Colin, 2017, 2^{ème} édition.

COLIN D.,

- *Les grandes notions philosophiques, 5. Le travail et la technique*, Seuil, 1999.

CORNATON M.,

- *Pourquoi nous travaillons*, L'Harmattan, 2012.

DARMAISIN S.,

- *Le contrat moral*, préf. B. TEYSSIÉ, LGDJ, 2000.

DARSES F. et de MONTMOLLIN M.,

- *L'ergonomie*, Éditions La Découverte, 2012.

DEFOURNY J. et NYSSSENS M.,

- *Économie sociale et solidaire, Socioéconomie du 3e secteur*, dir. Pays-Bas, Deboeck Supérieur, 2017.

DEJOURS C.,

- *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel, Critique des fondements de l'évaluation*, Éditions Quae, 2003.
- *Souffrance en France, La banalisation de l'injustice sociale*, Éditions du Seuil, 2014.

DEJOURS C. et BEGUE F.,

- *Suicide et travail : que faire ?*, PUF, 2009.

DEJOURS C. et GERNET I.,

- *Psychopathologie du travail*, Elsevier Masson, 2016, 2^{ème} édition.

DEMOGUE R.,

- *Les notions fondamentales de droit privé*, Arthur Rousseau Éditeur, 1911.

DESLANDES G.,

- *Le management éthique*, Dunod, 2012.

DESPAX M.,

- *L'entreprise et le droit*, préf. G. MARTY, avant-propos H. SOLUS, LGDJ, 1956.

DOCKÈS E.,

- *GR-PACT, Proposition de code du travail*, Dalloz, 2017.

DRANCOURT M.,

- *Leçon d'histoire sur l'entreprise, De l'antiquité à nos jours*, PUF, 2002, 2^{ème} édition.

DRAPERI J.-F.,

- *Comprendre l'économie sociale, Fondements et enjeux*, Dunod, 2014, 2^{ème} édition.

DUCHANGE G.,

- *Le concept d'entreprise en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Lexis Nexis, 2014.

DUCOMTE J.-M.,

- *La laïcité*, Milan, 2009.

DURKHEIM E.,

- *De la division du travail social*, PUF, 2017.

DUVERGER T.,

- *L'économie sociale et solidaire, Une histoire de la société civile en France et en Europe de 1968 à nos jours*, préf. B. HAMON, Le Bord de l'eau, Lormont, 2016.

DUVERT C.,

- *Sectes et droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

FENOUILLET D.,

- *La conscience*, préf. G. CORNU, LGDJ, 1993.

FRAGU E.,

- *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle, Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, dir. Y. LEQUETTE, thèse dactylographiée Université Paris II, 2015.

FRANCES R.,

- *Motivation et efficacité au travail*, Mardaga, 1995.

GAIRE-SIMONNEAU D.,

- *Les mutations du droit contemporain des relations collectives de travail, Pour une lecture habermassienne du droit du travail*, préf. P.-Y. VERKINDT, LGDJ, Lextenso éditions, 2016.

GODINO R.,

- *Réenchanter le travail, Pour une réforme du capitalisme*, La Découverte, 2007.

GOUIL H.,

- *Entreprendre en économie sociale, Sens des affaires ou affaires de sens ?*, Éditions Liaisons, 1999.

HARMEL L.,

- *Catéchisme du patron, élaboré avec le concours d'un grand nombre de théologiens*, Bureaux du Journal La Corporation, 1889.

HAURIOU M.,

- *La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social)*, La Cité moderne et les Transformations du Droit, Cahiers de la nouvelle journée 4, Librairie Bloud & Gay, 1925.
- *Précis de droit administratif*, Sirey, 1927.

HURSTEL D.,

- *La nouvelle économie sociale, Pour réformer le capitalisme*, Odile Jacob, 2009.

JEAN-PIERRE D.,

- *L'éthique du fonctionnaire civil*, dir. C. DEBBASCH, LGDJ, 1999.

JEANSEN E., PAGNERRE Y. et ROZEC Ph.,

- *Guide des clauses du contrat de travail*, dir. B. TEYSSIÉ, 2016.

KARNAS G.,

- *Psychologie du travail, Que sais-je ?*, PUF 2018, 4^{ème} édition.

LACROIX G. et SLITINE R.,

- *L'économie sociale et solidaire*, PUF, Que-sais-je ?, 2016.

LALLEMENT M.,

- *Le travail, une sociologie contemporaine*, Éditions Gallimard, 2007.

LECLERC O.,

- *Protéger les lanceurs d'alerte, La démocratie technique à l'épreuve de la loi*, LGDJ, 2017.

LEFER C.,

- *Les droits potestatifs d'une partie contractante, étude de droit du travail*, dir. J.-M. OLIVIER, thèse dactylographiée Université Paris II, 2016.

LE TOURNEAU Ph.,

- *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Essai, Dalloz, Dunod, 2000.

LEVILLAIN K.,

- *Les entreprises à mission, Un modèle de gouvernance pour l'innovation*, Magnard-Vuibert, 2017.

LEVY-LEBOYER C.,

- *La motivation au travail, Modèles et stratégies*, Éditions d'Organisation, 2001, 2^{ème} édition.

LONGERE F.,

- *Le droit criminel français et les convictions religieuses, philosophiques, morales ou politiques*, dir. A. VITU, thèse dactylographiée Université de Nancy II, 2001.

MALECKI C.,

- *Responsabilité sociale des entreprises, Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, LGDJ Lextenso éditions, 2014.

MARTIN D.,

- *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire, Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, thèse, Bruylant, 2006.

MARTIN D., MORSA M. et GOSSERIES Ph.,

- *Droit du travail européen, Questions spéciales*, Larcier, 2015.

MARZANO M.,

- *L'éthique appliquée*, PUF, Que sais-je ?, 2012, 2^{ème} édition.

MASLACH C. et LEITER M. P.,

- *Burn out, le syndrome d'épuisement professionnel*, Les Arènes, 2011.

MÉDA D.,

- *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Aubier, 1995.
- *Travail : la révolution nécessaire*, Éditions de l'Aube, 2013, 2^{ème} édition.
- *Le travail*, Que sais-je ?, PUF 2015, 5^{ème} édition.

MEDINA Y.,

- *La déontologie, ce qui va changer dans l'entreprise*, Éditions d'Organisation, 2003.

MERCIER S.,

- *L'éthique dans les entreprises*, Éditions La Découverte, 2014, 3^{ème} édition.

MORIN E.,

- *La Méthode, 6. Éthique*, Éditions du Seuil, 2004.

de NANTEUIL M.,

- *Rendre justice au travail, Éthique et politique dans les organisations*, PUF, 2016.

NIETZSCHE F.,

- *Le Gai Savoir* (« *la gaya Scienza* »), trad. H. ALBERT, Société du Mercure de France, 1901.

NOULIN M.,

- *Ergonomie*, Octares Éditions, 2002.

OLIVIER J.-M.,

- *Les sources administratives du droit privé*, dir. G. DURRY, thèse dactylographiée Université Paris II, 1981.

OPPETIT B.,

- *Droit et modernité*, PUF, 1998.

ORALLO S.,

- *La laïcité en pratique*, Prat Éditions, 2004.

PICHAULT F. et NIZET J.,

- *Les pratiques de gestion des ressources humaines, approches contingentes et politiques*, Éditions du Seuil, 2013, 2^{ème} édition.

PINTON M.,

- *Conscience des peuples et laïcité, Réflexions pour un nouveau contrat social*, François-Xavier de Guibert, collection Combats pour la liberté de l'esprit, 2005.

PORTELLA A.,

- *L'éthique en entreprise*, Studyrama-Vocatis, 2010.

RENOUARD C.,

- *La responsabilité éthique des multinationales*, préf. L. SCHWEITZER, PUF, 2007.

REYTIER P.,

- *Ergonomie au travail, Principes et pratiques*, Afnor, 2003.

RICOEUR P.,

- *Soi-même comme un autre*, Éditions du Seuil, 1990.

RIPERT G.,

- *La règle, morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, 4^{ème} édition.

ROGUE C.,

- *Le travail*, Armand Colin, 2005.

SAFI F.,

- *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, préf. Ph. CONTE, LGDJ, 2014.

SALEILLES R.,

- *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, 1897.

SCHAUFELI W. et ENZMANN D.,

- *The burnout companion to study and practice : a critical analysis*, Taylor & Francis, 1998.

SEGRESTIN B. et HATCHUEL A.,

- *Refonder l'entreprise*, Éditions du Seuil et la République des Idées, 2012.

SIMHA A.,

- *La conscience du corps au sujet*, Armand Colin, 2004.

SUPIOT A.,

- *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005.
- *L'esprit de Philadelphie, La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010.
- *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, 3^{ème} édition.
- *Le droit du travail, Que sais-je ?*, PUF, 2016, 6^{ème} édition.

TANON L.C.,

- *L'évolution du droit et la conscience sociale*, Félix Alcan Editeur, 1911, 3^{ème} édition.

TEISSIER A.,

- *La loyauté dans les relations de travail*, dir. B. TEYSSIE, thèse dactylographiée Université Paris II, 1997.

THÉVENET M.,

- *Le plaisir de travailler, Favoriser l'implication des personnes*, Les Éditions d'Organisation, 2004.

VILLERME L. R.,

- *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, Jules Renouard et C^{ie} Librairies, 1840.

WAQUET Ph.,

- *L'entreprise et les libertés du salarié, Du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, Éditions Liaisons, 2003.

WAQUET Ph., STRUILLOU Y. et PECAUT-RIVOLIER L.,

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

WELSCH S.,

- *Responsabilité du médecin*, Éditions du Juris-Classeur, 2003.

ZARIFIAN Ph.,

- *Le travail et la compétence : entre puissance et contrôle*, PUF, 2009.

ZAWIEJA Ph.,

- *Le burn out, Que sais-je ?*, PUF 2015.

III - Encyclopédies, dictionnaires, vocabulaires et répertoires

ATILF (Laboratoire Analyse et traitement informatique de la langue française),

- *Trésor de la langue française informatisé*, consultable sur <http://atilf.atilf.fr/>

BLIN-FRANCHOMME M.-P. et DESBARATS I.,

- *Environnement et travail*, JCI Environnement et Développement durable, LexisNexis, fasc. 2330, 2016.

BLOCH O. et VON WARTBURG W.,

- *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, 2008.

CANTO-SPERNER M.,

- *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, tome 2, PUF, 2004.

CAPITANT H.,

- *Vocabulaire juridique*, PUF, 1930.

**CASILLO I., BARBIER R., BLONDIAUX L., CHATEAURAYNAUD F.,
FOURNIAU J.-M., LEFEBVRE R., NEVEU C. et SALLES D. (dir.),**

- *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, GIS Démocratie et Participation, 2013.

CASSIN B.,

- *Vocabulaire européen des philosophes*, Seuil, Le Robert, 2004.

CERF-HOLLENDER A.,

- *Travail dissimulé*, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2017.

CORNU G.,

- *Vocabulaire juridique*, PUF, 2016, 11^{ème} édition.

COTTIN J.-B.,

- *Actionnariat des salariés*, JCl Travail Traité, LexisNexis, fasc. 25-27, 2015.

DAOUD E., FERRARI J. et GOURVEZ B.,

- *Responsabilité sociétale des entreprises*, JCl Travail Traité, LexisNexis, fasc. 1-50, 2014.

DIDEROT D. et LE ROND D'ALEMBERT J.,

- *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par une société de gens de lettres*, publié par Tome Troisième, chez Briasson, David, Le Breton et Durand, 1751-1772.

DUHAMEL O. et MENY Y.,

- *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992.

DUPAYS A. (dir.),

- *Lamy Social*, 2015.

FAVOREU L. et PHILIP L.,

- *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, Sirey, 1975.

FOUCHE P., PECHOIN D. et SCHUWER Ph.,

- *Dictionnaire encyclopédique du Livre*, partie A-D, Éditions du Cercle de la Librairie, 2002.

FURETIERE A.,

- *Le Dictionnaire universel d'Antoine Furetière*, Tome I, préface P. BAYLE, Les Dictionnaires Robert, 1984.

GAÏA P., GHEVONTIAN R., LELIN-SOUCRAMANIEN F., OLIVA É. et ROUX A.,

- *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2016, 18^{ème} édition.

GODIN C.,

- *Dictionnaire de philosophie*, Fayard, Éditions du temps, 2004.

HOFFE O. et autres,

- *Petit dictionnaire de l'Éthique*, CERF, 1994, 2^{ème} édition.

JACQUARD A.,

- *Petite philosophie à l'usage des non-philosophes*, Calmann-Lévy, 1997.
- *Nouvelle petite philosophie*, Éditions Stock, 2005.

JOURDAIN P.,

- *Droit à réparation - Responsabilité fondée sur la faute – Notion de faute : contenu commun à toutes les fautes*, JCl. Civil Code, LexisNexis, fasc. 120-10, 2011.

LACOSTE J.-Y.,

- *Dictionnaire critique de la théologie*, PUF, 2007.

LE FUR D.,

- *Dictionnaire des combinaisons de mots*, Le Robert, 2007.
- *Dictionnaire des synonymes, nuances et contraires*, Le Robert, 2011.

MALAURIE Ph.,

- *Dictionnaire d'un droit humaniste*, LGDJ Lextenso éditions, Université Panthéon-Assas Paris II, 2015.

MARTIN D.,

- *Article 19 TFUE, articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux et lutte contre les discriminations*, JCI Europe Traité, LexisNexis, fasc. 602, 2017.

MORFAUX L.-M. et LEFRANC J.,

- *Nouveau vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, Armand Colin, 2005.

PAGNERRE Y.,

- *L'essentiel des grands arrêts du droit du travail*, Lextenso éditions, 2017.

PEDROT Ph., CADEAU E. et LE COZ P.,

- *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, Ellipses, 2006.

PÉLISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A. et DOCKÈS E.,

- *Les grands arrêts de droit du travail*, Dalloz, 2008, 4^{ème} édition.

POSTEL N. et SOBEL R.,

- *Dictionnaire critique de la RSE*, dir. Presses universitaires du Septentrion, 2013.

REY A. (dir.),

- *Dictionnaire historique de la langue française*, Tome I A-L, Dictionnaires Le Robert, 2016.
- *Le Grand Robert de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, 2001, 2^{ème} édition.

REY A. et CHANTREAU S. (dir.),

- *Dictionnaire des expressions et locutions*, Dictionnaires Le Robert, 2003.

RICOEUR P.,

- *Lectures I, Autour du politique*, Éditions du Seuil, 1991.

RIGAUD F. (dir.),

- *Lamy santé, sécurité au travail*, 2017.

RUSS J.,

- *La pensée éthique contemporaine, Que sais-je ?*, PUF, 1995, 2^{ème} édition.

SAVATIER J.,

- *Répertoire du Travail*, Dalloz, 1961.

TEYSSIÉ B.,

- *Conflits collectifs - Grève dans le secteur privé - Conditions*, JCl. Travail Traité, LexisNexis, fasc. 70-10, 2018.

TRÉBULLE F. G.,

- *Responsabilité sociale des entreprises : entreprise et éthique environnementale*, Répertoire des sociétés, Dalloz, 2017.

TUAL M.-C. (dir.),

- *Lamy Droit des comités d'entreprise*, 2016.

IV – Articles

ABADIE P.,

- *Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise*, D. 2018, p. 302.
- *Le salarié lanceur d'alerte aux États-Unis et en France : pour une articulation harmonieuse entre dissidence et loyauté*, la Revue des droits de l'Homme, 10/16.

ACTANCE AVOCATS,

- *Le statut du lanceur d'alerte : des contours encore flous*, actanceavocats.com, 20 mars 2018.

ADAM P.,

- *Évaluation (illicite) des salariés et action collective*, Dr. ouvr. 2008, p. 585.
- *Risques psychosociaux et consultation du CHSCT : aujourd'hui l'entretien annuel d'évaluation ; et demain ?*, RDT 2008, p. 180.
- *La dignité du salarié et le droit du travail, Première partie*, RDT 2014, p. 168.
- *Les laïcités de l'entreprise privée*, Dr. soc. 2015, p. 708.
- *Droit d'alerte et sanction disciplinaire : question(s) d'objet*, RDT 2016, 491.
- *À propos de la protection générale des lanceurs d'alerte dans l'entreprise privée. (Commentaire de la loi dite « Sapin II » du 9 décembre 2016)*, RJS 2017, n° 5, p. 355.
- *Qualité de vie au travail : la part des juristes*, RDT 2017, p. 476.

ADAM P., LE FRIANT M., PECAUT-RIVOLIER L. et TARASEWICZ Y.,

- *La religion dans l'entreprise, L'art (difficile) des limites*, RDT 2016, p. 532.

ALIPRANTIS N.,

- *L'entreprise en tant qu'ordre juridique*, in *Le Droit collectif du Travail, questions fondamentales – évolutions récentes, études en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay*, Francfort, Peter Lang, 1994.

ALT-MAES F.,

- *Un exemple de dépenalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel*, RSC 1998, p. 301.

ANQUETIL A.,

- *Avant-propos*, in *Éthique de l'entreprise, réalité ou illusion ?*, dir. A. ANQUETIL et al., L'Harmattan, 2010, p. 16.
- *Le sens et la portée du concept d'intégrité pour l'éthique individuelle au sein de l'entreprise*, in *Éthique de l'entreprise, réalité ou illusion ?*, dir. A. ANQUETIL et al., L'Harmattan, 2010, p. 41.

ANTONMATTEI P.-H.,

- *À propos de la liberté religieuse dans l'entreprise*, RDT 2014, p. 391.

ARAC S.,

- *Partage d'expérience avec l'association L. 214 Éthique et Animaux*, in *Lanceurs d'alerte : innovation juridique ou symptôme social*, dir. M.-C. SORDINO, Presses de la Faculté de Droit et de Sciences politiques de Montpellier, 2016, p. 89.

ARDANT Ph.,

- *La clause de conscience*, in *Conscience des Libertés et Liberté de la Conscience*, 1^{er} Colloque à Athènes (1980), Athènes, 1983, p. 153.

AUBERT-MONPEYSSEN T.,

- *Trouble objectif dans l'entreprise et libertés collectives du salarié*, RDT 2007, p. 586.

AUBIN E.,

- *La mise au placard de l'agent, la règle du service fait et la turpitude de l'administration*, AJDA 2007, p. 1299.

AYELA C. et BIHANNIC K.,

- *Nouveau coup de sifflet contre le whistleblowing : quel avenir en France pour les alertes éthiques ?*, RLDA 2011, n° 65.

AZAIS J.-P., DARRIGAND S. et RESSE B.,

- *Objet social de l'entreprise : l'économie sociale et solidaire en avance sur son temps*, in *Que peut-on attendre en droit du travail d'une modification de l'objet social de l'entreprise ? (la fin)*, dir. J. PORTA et T. SACHS, RDT 2018, p. 258.

BACHELARD O. et VAUTIER C.,

- *Les valeurs de service public : un double étayage par l'éthique et la responsabilité sociale d'entreprise (RSE)*, in *Éthique et responsabilité sociale, 78 experts témoignent, Mélanges en l'honneur de Michel Joras*, dir. F. de BRY, J. IGALENS et J.-M. PERETTI, Éditions EMS, 2010, p. 225.

BANON P.,

- *Diversité culturelle et religieuse : la génération de la globalisation face au principe de responsabilité*, in *Entreprises et diversité religieuse, un management par le dialogue*, dir. Th. M. COURAU, Association française des managers de la diversité, mars 2013, p. 132.

BARBIERI J.-J.,

- *Observations sur la loi relative à l'économie sociale et solidaire*, RLDA 2014, n° 98.

BARBOT-GRIZZO M., HUNTZINGER F. & JOLIVET T.,

- *Transmission de PME saine en Scop : quelles spécificités ?*, Revue internationale de l'économie sociale 2013, n° 330, p. 57.

BARTHELEMY J.,

- *Contrat de travail et activité libérale*, JCP 1990, I, n° 3450.
- *La collectivité de travail*, Cah. DRH 2008, n°145, p. 35.

BASSIRI D.,

- *La santé mentale au travail : le point de vue d'un psychiatre*, CSBP 2016, n° 284, p. 211.

BÉAL S.,

- *Les accords de maintien de l'emploi en quête de sécurité juridique*, SSL 2013, n° 1592.

BEAUCHARD R.,

- *Responsabilité sociale des entreprises : la communication saisie par le droit*, RDT 2011, p. 396.

BEAUJOLIN-BELLET R. et KERBOUC'H J.-Y.,

- *La notation sociale des entreprises*, SSL 28 octobre 2002, n° 1095, p. 85.

BEGUIN C.,

- *La licéité de la preuve en droit du travail : l'employeur peut-il produire en justice les éléments recueillis grâce à la cybersurveillance ?*, LPA 2004, n° 115, p. 3.

BELPORO C.,

- *Les enjeux contemporains de l'encadrement de la responsabilité des entreprises en matière de droits humains dans la chaîne d'approvisionnement : le cas pratique de la tragédie au Bangladesh*, RDT 2016, p. 722.

BENAICHE L.,

- *La protection du lanceur d'alerte*, RLCT 2014, 98.

BENHAMOU S.,

- *Gouvernance, participation des salariés et performance des entreprises : enjeux et prospective économique et sociale*, Dr. soc. 2014, p. 550.

BÉRAUD J.-M.,

- *La singularisation face aux exigences de non-discrimination et de singularité*, in *Le singulier en droit du travail*, dir. J.-M. BÉRAUD et A. JEAMMAUD, Dalloz, 2006, p. 92.

BERGEL J.-L.,

- *Du concept de déontologie à sa consécration juridique*, in *Droit et déontologies professionnelles*, dir. J.-Y. NAUDET, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997, p. 12.

BERROD F., LARONZE F. et SCHWALLER E.,

- *L'entreprise sociale comme modèle d'entreprise RSE*, in *La RSE saisie par le droit, Perspectives internes et internationales*, dir. R. de QUENAUDON et K. MARTIN-CHENUT, Éditions A. Pedone, 2016, p. 215.

BERTHOU K.,

- *Halde : vers une conciliation de la liberté religieuse au travail ?*, RDT 2008, p. 238.

BESSE G.,

- *À qui profite la RSE ? La responsabilité sociétale des entreprises peut-elle réguler les effets sociaux de la mondialisation ?*, Dr. soc. 2005, p. 991.

BINET J.-R.,

- *Éthique et droit vivant*, Revue générale de droit médical, mars 2011, n° 38, p. 384.

BISSUEL B.,

- *Badinter remet les droits des salariés au cœur du code du travail*, Le Monde, 25 janvier 2016.
- *Affaire Tefal : la condamnation de l'inspectrice du travail confirmée en appel*, Le Monde, 16 novembre 2016.
- *Affaire Tefal : l'inspectrice du travail Laura Pfeiffer remporte une victoire contre sa hiérarchie*, Le Monde, 8 février 2017.

BLATMAN M.,

- *L'obligation de sécurité de résultat de la Cour de cassation en six étapes*, SSL 2007, 1295.

BLIN-FRANCHOMME M.-P.,

- *L'entreprise de l'économie sociale et solidaire : un nouveau « sujet de droit naissant »*, RLDA 2013, n° 88.

BLIN-FRANCHOMME M.-P. et DESBARATS I.,

- *Regards sur l'alerte écologique : le salarié et ses représentants sujets actifs de la sauvegarde de l'environnement ?*, Droit et ville 2009, p. 47.

BODET C. et DE GRENIER N.,

- *Frontières entre travail indépendant et travail salarié. Les coopératives d'activité et d'emploi*, in *L'économie sociale et solidaire et le travail*, dir. P. BRACONNIER et G. CAIRE, L'Harmattan, 2013, p. 137.

BOISGIBAUT-DE BRYAS A.,

- *La tenue vestimentaire du salarié*, JCP E 2003, n° 23, 851.

BON M.,

- *L'entreprise, son environnement et l'éthique*, in *Éthique de l'entreprise, réalité ou illusion ?*, dir. A. ANQUETIL et al., L'Harmattan, 2010, p. 116.

BONAFE-SCHMITT J.-P.,

- *L'action du délégué du personnel en matière de réclamations individuelles*, Dr. soc. 1981, p. 637.

BONDUELLE A.,

- *La clause de conscience et le fonctionnaire*, LPA 1996, n° 117, p. 16.

BONNEAU J.,

- *La clause de conscience et le droit médical*, Gaz. Pal. 2002, p. 1014.

BONNET B. et FERRON J.,

- *Le port de signes religieux par les avocats*, JCP G 2018, n°781, p. 1325.

BONNIN V.,

- *Évaluer juridiquement le contrat de travail en ESS*, in *L'économie sociale et solidaire et le travail*, dir. P. BRACONNIER et G. CAIRE, L'Harmattan, 2013, p. 70.

BORGETTO M.,

- *L'économie sociale et solidaire : quelle place pour le droit ?*, in *Les dynamiques de l'économie sociale et solidaire*, dir. J.-N. CHOPART, G. NERET et D. RAULT, Éditions La Découverte, 2006.
- *Renouer avec l'esprit de Philadelphie?*, Dr. soc. 2010, p. 457.

BOSSET P.,

- *Droits de la personne et accommodements raisonnables : le droit est-il mondialisé ?*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2009/1, n° 62, p. 1.

BOSSU B.,

- *L'action du délégué du personnel pour la défense des droits fondamentaux des salariés*, Dr. soc. 1998, p. 127.
- *Affaire Baby-Loup : le retour à la case départ*, JCP E, n° 51, 19 Décembre 2013, 1710.
- *Neutralité, convictions et religion*, Dr. ouvr. 2017, p. 112.

BOUAZIZ P. et SOUMEIRE A.,

- *Révéler les faits sur le terrain : le rôle des IRP*, Dr. ouvr. 2014, n° 788, p. 207.

BOUCHET H.,

- *Pour la création d'une « clause de perte de confiance réciproque »*, Entreprise et carrières, 20 décembre 1990, p. 2.

BOUCOBZA X. et SERINET Y.-M.,

- *Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance*, D. 2017, p. 1619.

BOUGHANMI-PAPI P.,

- *Le port du voile islamique dans l'entreprise*, JSL 2004, n° 150-151.

BOUILLOUX A.,

- *Assurance ou couverture universelle ? retour sur les mots du chômage*, Dr. soc. 2018, p. 588.

BOUISSON S.,

- *L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone : la clause de conscience*, AJFP, mars-avril 2003, p. 34.

BOULMIER D.,

- *Licenciement et religion*, in *Travail et religion*, actes du colloque du 14 juin 2013 à la Faculté de Droit de Montpellier, CSBP, juillet-août 2003, p. 71.

BOURGEOIS-BERTREL M.,

- *La reprise en SCOP, Après la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire*, Revue des sociétés 2015, p. 275.

BOURION C. et TREBUCQ S.,

- *Le bore-out syndrom*, Revue internationale de psychologie, 2011/41, vol. XVII, p. 376.

BOURRICAUD F.,

- *De la morale professionnelle à l'éthique et à la déontologie*, in *Éthique, déontologie et gestion de l'entreprise*, dir. H de la BRUSLERIE, Economica, 1992, p. 29.

BOUSEZ F. et MOREAU M.,

- *Performance et relations individuelles de travail*, JCP E 1997, p. 654.

BOUSIGES A.,

- *Le droit du travail face aux dérives sectaires*, in *Les difficultés de la lutte contre les dérives sectaires*, dir. N. GUILLET, L'Harmattan, 2007, p. 67.

(de) BOUTINY A.,

- *Le « compliance officer » sécurise le système interne de valeurs*, Les Echos Business, 11 septembre 2013.

BOUTON J.,

- *Le salarié, lanceur d'alerte, et sa protection*, in *Le travail humain au carrefour du droit et de la sociologie, Hommage au Professeur Nikitas Aliprantis*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2014, p. 28.
- *Lanceurs d'alerte et responsabilité*, in *La RSE saisie par le droit, Perspectives internes et internationales*, dir. R. de QUENAUDON et K. MARTIN-CHENUT, Éditions A. Pedone, 2016, p. 514.

BOZZO-REY M. et DELALIEUX G.,

- *Lanceurs d'alerte : de l'obligation morale à l'éthique organisationnelle*, in *Les lanceurs d'alerte, Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, dir. M. DISANT et D. POLLET-PANOUSSIS, LGDJ, 2017, p. 93.

BRACONNIER P.,

- *Le sens du travail en économie sociale et solidaire. Apports d'Hannah Arendt et d'Amartya Sen pour une économie démocratique*, in *L'économie sociale et solidaire et le travail*, dir. P. BRACONNIER et G. CAIRE, L'Harmattan, 2013, p. 70.

BRASSEUR M. et MAGNIEN L.,

- *L'éthique professionnelle peut-elle s'apprendre ? Le cas du management et du coaching*, in *Éthique et responsabilité sociale, 78 experts témoignent, Mélanges en l'honneur de Michel Joras*, dir. F. de BRY, J. IGALENS et J.-M. PERETTI, Éditions EMS, 2010, p. 37.

BREMOND C.,

- *Travail dissimulé et présomption de responsabilité pénale du donneur d'ordre*, Gaz. Pal. 2000, n° 146, p. 8.

BRICE-DELAJOUX C.,

- *La liberté religieuse sur les lieux de travail (publics et privés)*, Droit ouvr. 2011, n° 750, p. 58.

BRISSEAU C.,

- *La religion du salarié*, Dr. soc. 2008, p. 969.

BRISSY S.,

- *L'autorégulation des professions*, Dr. soc. 2016, p. 137.

BROUILLET J., FESSER M. et PERETTI J.-M.,

- *Évolution des droits et obligations de l'employeur : vers un nouveau contrat social*, in *Éthique et responsabilité sociale, 78 experts témoignent, Mélanges en l'honneur de Michel Joras*, dir. F. de BRY, J. IGALENS et J.-M. PERETTI, Éditions EMS, 2010, p. 183.

BUGADA A.,

- *Chroniques de droit de la protection sociale*, JCP E 2016, 1146.

CAILLAUD P.,

- *Déclin ou renouveau des professions? Une notion sous les feux de l'actualité juridique*, Dr. soc., 2016, p. 101.

CAILLET M.-C.,

- *Du devoir de vigilance aux plans de vigilances ; quelle mise en œuvre ?*, Dr. soc. 2017, p. 819.

CAILLOSSE J.,

- *La « conscience professionnelle » de l'agent public entre rappels à l'ordre statutaire et exigences managériales*, La Revue administrative, 2003, n° 334, p. 350.

CAIRE A.-B.,

- *L'éthique au service des droits de l'Homme*, in *L'éthique de l'entreprise, Questions d'actualité*, dir. F. BUY et J. THÉRON, Actes du colloque du 21 novembre 2014 organisé par le Centre Michel de l'Hospital à l'École de droit de Clermont Ferrand, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 139.

CALVES G.,

- *Devoir de réserve imposé aux salariés de la crèche Baby Loup, Quelle lecture européenne du problème ?*, RDT 2014, p. 94.
- *Politiques de neutralité au sein des entreprises privées : un feu vert de la CJUE ?*, SSL 2017, n° 1762.
- *Le critère « religion ou convictions », même sens et même portée à Luxembourg et à Strasbourg ?*, Dr. soc. 2018, p. 323.

CARDOT F.,

- *Ouverture*, in *Éthique de l'entreprise, réalité ou illusion ?*, dir. A. ANQUETIL et al., L'Harmattan, 2010, p. 28.
- *Conclusion*, in *Éthique de l'entreprise, réalité ou illusion ?*, dir. A. ANQUETIL et al., L'Harmattan, 2010, p. 107.

CARON M. et VERKINDT P.-Y.,

- *Laisser sa chance à l'intelligence collective dans l'entreprise, Regards sur les rapports entre l'expertise et les instances de représentation du personnel*, Dr. social 2009, p. 425.

CASADO A.,

- *La relation individuelle de travail face au terrorisme : quelques précisions dans la jurisprudence récente*, CSBP 2016, n° 281, p. 7.
- *La protection de la santé mentale du salarié : prospective en droit pénal du travail*, CSBP 2016, n° 284, p. 218.
- *Tefal accroche au fond*, CSBP janvier 2017, n° 292, p. 7.

CESARO J.-F.,

- *L'égalité*, in *Notions et normes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIE, Éditions Panthéon-Assas, 2016, p. 37.

CHAMBRAUD C.,

- *Religion au travail : les crispations se font plus fortes depuis les attentats*, Le Monde, 13 septembre 2016.
- *La pratique religieuse s'invite plus fréquemment au travail*, Le Monde, 22 septembre 2016.

CHAMPEAUX F.,

- *Pôle emploi en sursis*, SSL, 2012, n° 1555, p. 11.
- *Une atteinte à la liberté religieuse, Entretien avec Nicolas Moizard Maître de conférences à l'Université de Strasbourg*, SSL 2013, 1609.

CHAMPENOIS G.,

- *Capacité, incapacité et contrat de travail*, in *La personne en droit du travail*, dir. B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 1999, p. 10 à 30.

CHAREF L.,

- *La condamnation à une mort sociale des salariés porteurs de signes religieux*, SSL 2016, n° 1741.

CHARLOT C.,

- *Au secours, mon directeur est un algorithme !*, Trends, 1^{er} juin 2017, p. 28.

CHARLOT S.,

- *L'État et la laïcité, Fiche 10*, in *Les politiques publiques*, édition 2015-2016, dir. S. MAURY, La Documentation française, 2015.

CHASSARANT L.,

- *Réagir au droit d'alerte du CHSCT*, Cah. DRH 2011, n° 172.

CHATRIOT A.,

- *La réforme de l'entreprise, Du contrôle ouvrier à l'échec du projet modernisateur*, Vingtième Siècle, Revue d'histoire 2012/2, n° 114, p. 183-197.

CHAUCHARD J.-P.,

- *L'entreprise individuelle, avant les professions*, Dr. soc. 2016, p. 142.

CHERIGNY B.,

- *Ordre illégal et devoir de désobéissance dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique civile*, RDP 1975, p. 905.

CHIREZ A.,

- *Notation et évaluation des salariés*, Dr. ouvr. 2003, p. 309.

CHONNIER J.-M.,

- *Le contentieux soulevé par le fait religieux dans l'entreprise*, JCP S 2016, 1083.

CHOUANIERE D.,

- *Prévention des RPS : approche théorique*, SSL 2012, Suppl., 1536.

CHRISTIANS L.-L. et VANBELLINGEN L.,

- *Neutralités d'entreprise et neutralité de l'État : tendances asymétriques en droit belge*, Droit soc. 2018, p. 338.

CLAVEL E.,

- *La clause de conscience du médecin dans la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse*, JCP 1978, I, 2915.

CLERC C.,

- *Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale*, RDT 2018, p. 107.

COHEN M. H. et GILLES D.,

- *Les avocats et notaires salariés : toujours un professionnel libéral ?*, Dr. et patrimoine, févr. 1993, p. 72.

COLAS C.,

- *Du caractère inachevé du régime de l'alerte éthique en droit de l'environnement*, in *Les lanceurs d'alerte, Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, dir. M. DISANT et D. POLLET-PANOUSSIS, LGDJ, 2017, p. 212.

COLLARD C.,

- *Confrontation du code éthique à la loi nationale, Les dangers de la traduction littérale d'un code venu d'ailleurs*, Cahiers de droit de l'entreprise 2011, n°5, p. 36.

COLLET M.,

- *3 questions à Martin Collet sur la publication du nom des fraudeurs fiscaux*, 2 février 2018, consultable en ligne sur le site <http://www.leclubdesjuristes.com/>.

COLLET V.,

- *La scop SeaFrance liquidée*, Le Figaro, 31 juillet 2015.

CONNAN J.-F.,

- *L'Éthique et la responsabilité*, in *Éthique de l'entreprise, réalité ou illusion ?*, dir. A. ANQUETIL et al., L'Harmattan, 2010, p. 59.

COQ G.,

- *Histoire d'un mot*, article extrait du magazine Marianne, *Les textes, Laïcité, une valeur menacée ?*, trimestriel de février 2015.

CORRIGNAN-CARSIN D.,

- *Loyauté et droit du travail*, in *Mélanges en l'honneur d'Henri Blaise*, Economica, 1995, p. 125.

CORTINA A.,

- *Conciencia y reputación*, El País, 22 août 2015, p. 11.

COSSART S. et GUISLAIN M.-L.,

- *Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable*, RLDA 2015, n° 104, p. 75.

COUFFIN-KAHN M.,

- *La place des convictions religieuses du salarié lors de l'exécution de son contrat de travail*, Droit ouvr., juin 1999, p. 228

COUGARD M.-J.,

- *Danone victime d'un boycott de grande ampleur au Maroc*, Les Echos, 12 juin 2018.

COUTROT T.,

- *Travail et bien-être psychologique, L'apport de l'enquête CT-RPS 2016*, DARES, Étude n° 217, mars 2018, p. 34.

COUTURIER G.,

- *L'intérêt de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 143.

CREPIN A.,

- *Les entreprises privées face au fait religieux : entre fantasme et pragmatisme*, Dr. soc. 2015, p. 694.

CROUZEL C.,

- *Le « bore-out », quand s'ennuyer au travail devient une maladie*, Chronique Livres & Idées, Le Figaro, 7 mars 2016, n° 22261.

CUEVAS F. et TEYSSEDRE C.,

- *Éthique et morale : pratiques collectives et individuelles en entreprises*, in *Éthique et responsabilité sociale, 78 experts témoignent, Mélanges en l'honneur de Michel Joras*, dir. F. de BRY, J. IGALENS et J.-M. PERETTI, Éditions EMS, 2010, p. 211.

CUZACQ N.,

- *De l'éthique de la rémunération à la rémunération éthique du dirigeant*, Bull. Joly Sociétés 2013, p. 673.
- *Le devoir de vigilance des sociétés mères et des donneurs d'ordre*, in *La RSE saisie par le droit, Perspectives internes et internationales*, dir. R. de QUENAUDON et K. MARTIN-CHENUT, Éditions A. Pedone, 2016, p. 466.
- *Le mécanisme du Name and Shame ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises*, RDT Com, 2017, p. 473.

DANIELLOU F.,

- *Les mondes du travail*, in *Le travail intenable*, dir. L. THERY, Éditions La découverte, 2006, p. 29.

DANIS-FATÔME A. et VINEY G.,

- *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, D. 2017, p. 1610.

DAOUD E. et FERRARI J.,

- *La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique*, JCP S 2012, p. 1391.

DAOUD E. et SFOGGIA S.,

- *Lanceurs d'alerte et entreprises : les enjeux de la loi « Sapin II »*, AJ Pénal 2017, p. 71.

DARBUS F.,

- *Main d'œuvre et gestion des ressources humaines, Chapitre 8*, in *Économie sociale et solidaire*, dir. R. HOLCMAN, Dunod, 2015, p. 245.

DARBUS F. et HÉLY M.,

- *Travailler dans l'économie sociale et solidaire : représentations, aspirations et conditions*, Revue internationale de l'économie sociale 2010, n°317, p. 68.
- *Les contradictions du monde associatif, Justes causes et bas salaires*, Le Monde diplomatique, avril 2014, p. 22.

DAUGAREILH I.,

- *La responsabilité sociale des entreprises*, in *Prendre la responsabilité au sérieux*, dir. A. SUPIOT et M. DELMAS-MARTY, PUF, 2015, p. 183.

DAVEZIES Ph.,

- *Une affaire personnelle ?*, in *Le travail intenable*, dir. L. THERY, Éditions La découverte, 2006, p. 143.

DE CALAN C. et GUICHARD J.,

- *Frontières entre choix professionnels et militants. Qu'attendent de l'ESS les personnes qui souhaitent s'y reconverter ?*, in *L'économie sociale et solidaire et le travail*, dir. P. BRACONNIER et G. CAIRE, L'Harmattan, 2013, p. 149.

DE GUERNY S.,

- *Finistère : l'ADMR 29 met la clef sous la porte*, Les Échos, 11 mai 2012.

DE MEYER K.,

- *Des lanceurs d'alerte qui gagnent des millions*, Les Echos, 12 mars 2014.

DE SCHUTTER O.,

- *Les affaires Total et Unocal : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligation en matière de droits de l'Homme*, Annuaire Français de Droit International, LII, 2006, CNRS Éditions p. 55.

DECOOPMAN N.,

- *Syndicats et politiques dans l'entreprise*, in *L'actualité de la Charte d'Amiens*, PUF, 1987, p. 159.

DEJOURS C. et GERNET I.,

- *Évaluation du travail et reconnaissance*, Eres-Nouvelle revue de psychologie, 2009/2, n° 8, p. 27.

DEJOURS C., GERNET I. et ROLO D.,

- *La souffrance psychique au travail. Comprendre les enjeux de santé du rapport subjectif au travail*, in *Les risques du travail, Pour ne pas perdre sa vie à la gagner*, dir. A. THÉBAUD-MONY, Ph. DAVEZIES, L. VOGEL et S. VOLKOFF, La Découverte, 2015, 2^{ème} édition, p. 309.

DELGA J.,

- *De l'éthique d'entreprise et de son cynisme*, D. 2004, p. 3126.
- *Souffrance au travail et suicide*, in *Souffrance au travail dans les grandes entreprises*, dir. J. DELGA, Éditions ESKA, 2010, p. 38.

DELGENES J.-C.,

- *Faire de la prévention du suicide une grande cause nationale*, Forum revue théorique éditée par FO, janvier 2012, n° 2, p. 111.

DELPINCE M.,

- *Le lanceur d'alerte en droit de l'environnement*, in *Lanceurs d'alerte : innovation juridique ou symptôme social*, dir. M.-C. SORDINO, Presses de la Faculté de Droit et de Sciences politiques de Montpellier, 2016, p.77.

DELVOLVÉ P.,

- *Entreprise privée, laïcité, liberté religieuse. L'affaire Baby Loup*, RFDA 2014. 954.

DEMAZIERE D.,

- *La professionnalisation, une notion polysémique : le cas des élus politiques*, Dr. soc. 2016, p. 116.

DENIS A.,

- *Religion : chez Orange, prière d'être discret*, Libération, 4 novembre 2016.

DEROSIER J.-Ph.,

- *La Cour constitutionnelle allemande et le port du voile, commentaire de l'arrêt du 24 septembre 2003*, Revue française de droit constitutionnel, 2004, n° 58, p. 226.

DERVIEUX V.-O.,

- « *Name and shame* » : *publication et affichage, l'impossible droit à l'oubli*, Gaz. Pal. 2016, n° 09, p. 29.

DESBARATS I.,

- *La compétence environnementale du CHSCT : réalité ou utopie ?*, RLDA 2008, n° 24.
- *Codes de conduite et chartes éthiques sous surveillance*, RDT 2008, p. 39.
- *RSE et dialogue social : variations autour du principe de participation*, Revue Lamy de Droit des Affaires 2010, 52.
- *De la diversité religieuse en milieu de travail. Regards croisés en droit français et en droit canadien*, RRJ 2010-3, p. 1447.
- *Entre exigences professionnelles et liberté religieuse : quel compromis pour quels enjeux ?*, JCP S 2011, 1307.
- *Affaire Baby loup : l'orthodoxie en guise d'épilogue*, JCP E, n° 36, 4 Septembre 2014, 1445.
- *Quelle place pour la religion au travail ? Débat classique, nouveaux enjeux*, in *Le travail humain au carrefour du droit et de la sociologie, Hommage au Professeur Nikitas Aliprantis*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2014, p. 134.
- *Quel statut social pour les travailleurs des plateformes numériques ? La RSE en renfort de la loi*, Dr. soc. 2017, p. 971.
- *La RSE « à la française » : où en est-on ?*, Dr. soc. 2018, p. 525.

DESMONS E.,

- *L'articulation du principe d'obéissance hiérarchique et de la responsabilité pénale des fonctionnaires*, LPA 1996, n° 78, p. 10.

DESPAX M.,

- *La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail*, JCP 1963, I, 1776.

DEUMIER P.,

- *Les sources de l'éthique des affaires, Codes de bonnes conduite, chartes et autres règles éthiques*, in *Libre droit : Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 337.

- *La réception du droit souple par l'ordre juridique*, in *Le droit souple, Actes du colloque organisé par l'association Henri Capitant le 27 mars 2008 à l'Université du Littoral*, Dalloz, 2009, p. 122.
- *La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux*, D. 2013, p. 1564.

DIELEN M. et ZAPATA B.,

- *Suicides : les chômeurs acculés par la crise*, L'Humanité.fr, 18 février 2013.

DIEU F.,

- *Le principe de laïcité n'a pas sa place dans l'entreprise : l'extension très limitée de l'application du principe de laïcité aux salariés de droit privé*, JCP A 2013, n° 18, p. 44.

DIRRINGER J.,

- *Ordonnances : le droit d'alerte sur les libertés individuelles disparaît dans les TPE*, Politis, 5 octobre 2017.

DOLE G.,

- *La liberté d'opinion et de croyance en droit comparé du travail*, Dr. soc. 1992 p. 446.

DRAGO R.,

- *Laïcité, neutralité, liberté ?*, in *Droit, liberté et Foi, École cathédrale*, Institut de formation continue du Barreau de Paris, Mame Cujas, 1993, p. 127.

DRAPERI J.-F.,

- *Au bénéfice de la crise ? Pour un projet d'économie sociale et solidaire*, Revue internationale de l'économie sociale 2009, n° 313, p. 20.

DREVON B.,

- *Accélération. Une critique sociale du temps*, Idées économiques et sociales, 2014/3, n° 177, Réseau Canopé.

DROUIN R.-C.,

- *Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales : quel rôle pour le devoir de vigilance ?*, Dr. soc. 2016, p. 246.

DUBET F.,

- *Théorie de la souffrance sociale*, La Vie des idées, 2008, consultable en ligne sur <http://www.laviedesidees.fr/Theorie-de-la-souffrance-sociale.html>.

DUFFAR J.,

- *L'objection de conscience en droit français*, Rev. de droit public, 1991, p. 657.
- *Religion et travail dans la jurisprudence de la CJCE et des organes de la CESDH*, Revue de Droit Public, 1993, p. 700.

DUFOUR O.,

- *Affaire Berton : la Cour de cassation transmet la QPC*, Gaz. Pal. 2018, n° 06, p. 8.

DUMONT F.,

- *Préserver l'emploi : effet d'annonce pour des mesures discutables*, JCP S 2016, 1304.

DURAND J.-L.,

- *La clause de conscience des journalistes professionnels*, Dr. soc. 1994, p. 256.

DURAND J.-P. et BASDEVANT-GAUDEMET B.,

- *Présentation du Colloque du Centre Droit et Sociétés religieuses sur « Les motifs de licenciement dans les entreprises de tendance »*, L'année canonique, 39, 1997, p. 155.

DURAND P.,

- *Aux frontières du contrat et de l'institution, La relation de travail*, JCP 1944, I, 387.

DUSSUET A. et FLAHAULT E.,

- *Entre professionnalisation et salarisation, quelle reconnaissance du travail dans le monde associatif*, in *L'économie sociale et solidaire, Nouvelles pratiques et dynamiques territoriales*, dir. E. FLAHAULT, H. NOGUÈS et N. SCHIEB-BIENFAIT, Presses universitaires de Rennes, 2011, p. 150.

DUVAL J.-M.,

- *Faute personnelle, faute disciplinaire et faute pénale, en matière d'activité médicale hospitalière*, *Revue du droit public et de la science politique*, 2001, n° 6, p. 1843.

EDELMAN B.,

- *Clause de conscience des journalistes et changement d'éthique d'un journal*, *D.* 1997, p. 126.

ÉLIE A. et PINTIAU F.,

- *Le travailleur social : identité et avenir*, *RDSS* 1993, p. 605.

EMLEK C.,

- *Vendredi saint férié pour les salariés chrétiens seulement : discrimination au titre du droit de l'UE ?*, *Actualités du droit*, Wolters Kluwer, 26 juillet 2018.

ENCLOS P.,

- *Les fautes professionnelles et disciplinaires, motifs de licenciement de salariés en formation alternée*, *Dr. soc.* 1991, p. 131.

ESCANDE-VARNIOL M.-C.,

- *L'évaluation du salarié*, in *Le singulier en droit du travail*, dir. J.-M. BÉRAUD et A. JEAMMAUD, Dalloz, 2006, p. 105.

EVERAERE C. et VALEAU P.,

- *La GRH dans les organisations de l'économie sociale et solidaire, chapitre 6*, in *Management des entreprises de l'économie sociale et solidaire, Identités plurielles et spécificités*, dir. E. BAYLE et J.-C. DUPUIS, De Boeck, 2012, p. 110.

FABRE A.,

- *Le demandeur d'emploi n'a pas que des obligations, il a aussi des droits*, RDT 2012, p. 558.

FAIRISE A.,

- *Les employeurs démunis face à la radicalisation*, Liaisons sociales magazine, janvier 2016, n°168, p. 32.

FANTONI-QUINTON S. et VERKINDT P.-Y.,

- *Obligation de résultat en matière de santé au travail, À l'impossible, l'employeur est tenu ?*, Dr. soc. 2013, p. 229.
- *Charge de travail et qualité de vie au travail*, Dr. soc. 2015, p. 106.

FARJAT G.,

- *Réflexions sur les codes de conduite privés*, in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 47.

FARNOCCHIA S.,

- *Liberté religieuse du salarié et intérêt de l'entreprise*, D. 1998, p. 546.

FASTERLING B.,

- *Les dispositifs d'alertes professionnelles et le salarié citoyen*, La Revue des droits de l'Homme, 10/16.

FAVENNEC F.,

- *Le temps de repos : une nouvelle approche de la durée du travail*, RJS 12/99, p. 819.

FAYNER E.,

- *L'envers du « made in Bangladesh »*, Santé et travail, octobre 2015, n° 92, p. 6.

FENOUILLET D.,

- *La loi, le juge, les mœurs : la Cour de cassation aurait-elle emménagé rive gauche ?*, RDC 2005, n° 4, p. 1284.
- *Règlement de copropriété et liberté religieuse, ou la difficile cohabitation des consciences*, LPA 2006, n° 133, p. 9.
- *Propos introductifs*, in *Droit et morale*, dir. D. FENOUILLET, F. DRUMMOND et D. BUREAU, Dalloz, 2011, p. 22.

FERRET-LESNE M.,

- *Du dénonciateur de l'ancien droit procédural au lanceur d'alerte*, in *Lanceurs d'alerte : innovation juridique ou symptôme social*, dir. M.-C. SORDINO, Presses de la Faculté de Droit et de Sciences politiques de Montpellier, 2016, p.13.

FLAUSS J.-F.,

- *Le Conseil constitutionnel et la liberté d'opinion des maîtres des établissements privés d'enseignement liés à l'Etat par un contrat d'association*, Gaz. Pal. 1978, I, p. 293.

FLORES Ph.,

- *Intervention sur l'obligation de sécurité*, Bulletin d'information de la Cour de cassation n° 768 du 1er octobre 2012.

FOEGLE J.-P.,

- *Lanceur d'alerte ou « leaker » ? Réflexions critiques sur les enjeux d'une distinction*, La Revue des droits de l'Homme, 10/16.

FORT F.-X.,

- *La protection du fonctionnaire face aux risques psychosociaux*, JCP A 2017, 2061.

FORTIS E.,

- *Répression pénale de la discrimination syndicale et écoulement du temps*, Dr. ouvr. 2005, p. 234.

FOUASSIER E.,

- *Vers une clause de conscience du pharmacien d'officine ?*, RDSS 2003, p. 43.

FRANCOUAL P.,

- *Le dialogue social au service de l'entreprise sociale et solidaire*, RLDA 2013, n° 88.
- *Utilité sociale, objet social étendu et intérêt social élargi : de nouveaux horizons pour les sociétés commerciales ?*, RLDA 2016/117, p. 16.

FREEDLAND M. et VICKERS L.,

- *Religious expression in the workplace in United Kingdom*, Comparative Labour Law & Policy Journal, 2009, vol. 30, issue 3.

FROUIN J.-Y.,

- *Inaptitude et perte d'emploi*, in *Journées Michel Despax « L'Emploi »*, dir. J. PÉLISSIER et A. ARSEGUEL, Actes de colloque n°3, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 41.
- *Nécessité de fournir au salarié le travail convenu*, JCP S 2011, 1006.

FROUIN Ch.,

- *Aspects stratégiques et opérationnels de la loi Rebsamen*, LPA 2015, n° 256, p. 4.

GAILLET A.,

- *Port du voile par les enseignantes des écoles publiques : retour à Karlsruhe*, AJDA 2015, p. 1401.

GALEOTE G.,

- *Les signes religieux dans l'espace public espagnol*, in *Les signes religieux dans l'espace public*, dir. V. LATOUR, Observatoire de la société britannique, décembre 2012, n° 13.

GALINDO G. et ZANNAD H.,

- *La quête de réponses face aux revendications religieuses dans les grandes entreprises françaises*, Dr. soc. 2015, p. 687.

GAMET L.,

- *Le droit social à l'épreuve des robots et de l'intelligence artificielle*, Les Echos, 22 novembre 2017.

GANEM V., GERNET I., DEJOURS C.,

- *Le travail : que signifie ce terme en clinique et psychopathologie du travail*, Revue L'information psychiatrique, 2008/9, vol. n° 84, p. 801.

GARAY A.,

- *Le prosélytisme religieux au sein de l'entreprise*, in *Travail et religion*, actes du colloque du 14 juin 2013 à la Faculté de Droit de Montpellier, CSBP, juillet-août 2003.

GAUDU F.,

- *Les licenciements pour motif économique et la théorie de « l'employeur seul juge »*, in *Journées Michel Despax « L'Emploi »*, dir. J. PÉLISSIER et A. ARSEGUEL, Actes de colloque n° 3, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 70.
- *La religion dans l'entreprise*, Dr. soc. 2010, p. 65.
- *Droit du travail et religion*, Dr. soc. 2008, p. 959.
- *L'entreprise de tendance laïque*, Dr. soc. 2011, p. 1186.

GÉA F.,

- *La tentation de la laïcité*, SSL 2014, 1619.
- *Communautarisme (religieux) et droit du travail*, Dr. soc. 2015, p. 661.

GERMAIN M.,

- *Morale et droit des affaires*, in *Droit et morale*, dir. D. FENOUILLET, F. DRUMMOND et D. BUREAU, Dalloz, 2011, p. 190.

GHESTIN J.,

- *La justice contractuelle selon la tradition catholique*, in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 430.

GIANFALDONI P.,

- *Les enjeux identitaires des entreprises sociales françaises*, *Entreprendre & Innover*, décembre 2015.

GILLET I., GREENAN N. et LE GALL R.,

- *Les effets paradoxaux de la surveillance électronique dans un centre d'appels sous-traitant*, *Connaissance de l'emploi*, décembre 2015, n° 126.

GOMEZ P.-Y.,

- *L'entreprise sociale et responsable est née...en 1841*, *Le Monde*, 27 novembre 2015, p. 4.

GRAY A.,

- *Le prosélytisme religieux au sein de l'entreprise*, in *Travail et religion*, actes du colloque du 14 juin 2013 à la Faculté de Droit de Montpellier, CSBP, juillet-août 2003, p. 37.

GRÉVY M.,

- *Les procédures d'urgence*, Droit soc. 2011, p. 764.
- *Le droit à l'emploi au prisme du référé-liberté administratif*, RDT 2013, p. 33.

GRINSNIR J.,

- *Les dispositions nouvelles relatives « au recrutement individuel et aux libertés individuelles » (Loi du 31 décembre 1892)*, Dr. ouvr. 1993, p. 237.

GROENINNCKX P.,

- *Liberté d'expression et chômage*, Revue de droit social 1982, p. 334.

GRZEGORCZYK Ch.,

- *Le sujet de droit : trois hypostases*, in *Le sujet de droit*, dir. F. TERRÉ, Archives de philosophie du droit, tome 34, Sirey, 1989, p. 9.

GUILLARD A. et ROUSSEL J.,

- *L'analyse économique de l'éthique : un succès en trompe l'œil ?*, in *Éthique et responsabilité sociale, 78 experts témoignent, Mélanges en l'honneur de Michel Joras*, dir. F. de BRY, J. IGALENS et J.-M. PERETTI, Éditions EMS, 2010, p. 101.

GUILLON C. et SEGUIER B.,

- *Délit d'entrave au droit d'expertise et d'enquête : une décision symbolique*, JSL 2014, n° 368.

HALPERIN J.-L.,

- *La naissance de l'obligation de sécurité*, Gaz. Pal. 21-23 sept. 1997, n° 264 à 266, p. 2.

HANNOUN C.,

- *Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017*, Dr. soc. 2017, p. 806.

HAUTEFORT M.,

- *Chômage et bénévolat: attention aux ambiguïtés*, Les Echos, 9 avril 1996.

HÉAS F.,

- *Le bien-être au travail*, JCP S 2010, 1284.
- *Le devenir de l'obligation de sécurité de résultat en matière de travail*, Dr. ouvr. 2016, n° 810, p.10.

HÉLY M.,

- *Le travail salarié associatif est-il une variable d'ajustement des politiques publiques ?*, Informations sociales 2012/4, n° 172, p. 34.

HENNION-MOREAU S.,

- *Les spécificités du droit du travail applicables aux travailleurs sociaux*, RDSS 1993, p. 640.

HIEZ D.,

- *La clause de conscience ou la conscience source du droit ?*, in *Libres propos sur les sources du droit : Mél. en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 209.
- *La participation du droit à l'établissement d'une économie sociale et solidaire*, in *Vers une théorie de l'économie sociale et solidaire*, dir. D. HIEZ et E. LAVILLUNIERE, Larcier, 2013, p. 329.

HIEZ D. et LAURENT R.,

- *La nouvelle frontière de l'économie sociale et solidaire : l'intérêt général ?*,
Revue internationale de l'économie sociale 2011, n°319, p. 54.

HIRECHE-BAÏADA L.,

- *La dynamique des jugements éthiques individuels dans l'entreprise : Quelle(s) réalité(s) ? Quelle(s) illusion(s) ?*, in *Éthique de l'entreprise, réalité ou illusion ?*, dir. A. ANQUETIL et al., L'Harmattan, 2010, p. 69.

HONORÉ L.,

- *La loi El-Khomri modifie au profit du salarié l'exercice de la liberté religieuse dans l'entreprise*, Le Monde, 15 mars 2016.

HUGLO J.-G.,

- *La Cour de cassation et le fait religieux dans l'entreprise : présentation des enjeux juridiques*, Dr. soc. 2015, p. 682.

HUMBERT T.,

- *Faute inexcusable : les limites à l'obligation de sécurité (de résultat) de l'employeur*, JCP S 2012, 1384.

HUSSON S.,

- *Ces articles du code civil qui enflamment le patronat*, La Croix, 14 décembre 2017.
- *« Le sort réservé à l'économie sociale et solidaire nous préoccupe »*, La Croix, 11 septembre 2018.

ICARD J.,

- *La nature ambiguë de l'obligation de sécurité de l'employeur*, CSBP 2016, n° 281, p. 23.
- *L'incidence de la jurisprudence Air France dans le contentieux du harcèlement moral, Essai de prospective*, CSBP 2016, n° 284, p. 214.

- *Alerte éthique dans la relation de travail*, in *Les lanceurs d'alerte, Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, dir. M. DISANT et D. POLLET-PANOUSSIS, LGDJ, 2017, p. 11.

IMBS P.,

- *ISO 26000 : la nouvelle norme de la responsabilité sociétale*, in *Éthique et responsabilité sociale, 78 experts témoignent, Mélanges en l'honneur de Michel Joras*, dir. F. de BRY, J. IGALENS et J.-M. PERETTI, Éditions EMS, 2010, p. 165.

INES B.,

- *Pôle emploi : référé-liberté pour atteinte au droit à l'emploi*, D. 2012, p. 2249.

IWEINS D.,

- *Modifications du Code civil : quels risques pour l'entreprise ?*, Les Echos, 19 mars 2018.

IZARD S.,

- *Conditions de travail et soutenabilité : où en est-on ?*, Entretien avec S. Volkoff, SSL 2015, 1692.

JAVILLIER J.-C.,

- *L'obligation de loyauté des cadres*, Dr. ouvr. 1977, p. 133.

JEAMMAUD A.,

- *Droit du travail 1988 : des retournements, plus qu'une crise*, Dr. soc. 1988, p. 583, spéc. p. 593.
- *Le contrat de travail, une puissance moyenne*, in *Analyses juridiques et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz 2004, p. 299.
- *L'entreprise, champ de validité de normes non-conventionnelles*, in *Le singulier en droit du travail*, dir. J.-M. BÉRAUD et A. JEAMMAUD, Dalloz, 2006, p. 149.

JEAN-BAPTISTE W.,

- *La reconnaissance du droit à l'objection de conscience par la Cour européenne des droits de l'homme*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 91/2012, p. 680.

JEAN-PIERRE D.,

- *Le pantouflage et les commissions de déontologie des fonctions publiques*, in *Droit et déontologies professionnelles*, dir. J.-Y. NAUDET, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997, p. 230.
- *Le principe de laïcité des agents publics*, JCP A 2015, n°43, 2308.
- *Le référent déontologue : un super-héros sans super-pouvoir*, JCP A 2017, 2156.

JEANTET T.,

- *Pour la création d'un droit de préférence*, in *Faut-il encourager le rachat des entreprises par leurs salariés ?*, dir. T. JEANTET et B. DONDERO, RDT 2014, p. 10.

JEANTIN M.,

- *La loi du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises*, Dr. soc. 1984, 599.

JOURDAIN P.,

- *Le fondement de l'obligation de sécurité*, Gaz. Pal. 21-23 sept. 1997, n° 264 à 266, p. 22.
- *La faute inexcusable de l'employeur, l'obligation de sécurité et la conscience du danger de l'amiante*, RTD civ. 2002, p. 310.

JUBAULT C.,

- *Les « codes de conduite privés », in Le droit souple, Actes du colloque organisé par l'association Henri Capitant le 27 mars 2008 à l'Université du Littoral, Dalloz, 2009, p. 33.*

JUNOD V.,

- *La liberté d'expression du whistleblower, RTDH, 2009, n° 77, p. 227.*

JUNTER A. et SÉNAC-SLAWINSKI R.,

- *La diversité : sans droit ni obligation, Revue de l'OFCE, vol. 114, n° 3, 2010, p. 167.*

KEIM-BAGOT M.,

- *Obligation de prévention dans les champs social et sanitaire, in La RSE saisie par le droit, Perspectives internes et internationales, dir. R. de QUENAUDON et K. MARTIN-CHENUT, Éditions A. Pedone, 2016, p. 426.*

KELLER M.,

- *« La forme sœur jumelle des libertés » dans l'entreprise et devant le Conseil de prud'hommes, Dr. ouvr. 2007, p. 399.*

KERLÉO J.-F.,

- *Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ? Classification et conceptualisation d'une catégorie juridique insaisissable, in Les lanceurs d'alerte, Quelle protection juridique ? Quelles limites ?, dir. M. DISANT et D. POLLET-PANOUSSIS, LGDJ, 2017, p. 10.*

-

KOTSOU I. et ZARKA D.,

- *Prenons garde au détournement de la méditation de pleine conscience, Le Monde, 11 août 2018, p. 18.*

KOUBI G.,

- *Autorisation d'absence et liberté de conscience des fonctionnaires, Revue administrative, 1987, p. 133.*
- *Du principe de laïcité : à propos de la circulaire du 29 février 1996 relative à la lutte contre les mouvements sectaires, Droit administratif, juillet 1996, p. 1.*

KRENG F.,

- *Quelques considérations sur la religion dans la vie professionnelle, in La vie privée au travail, dir. M. VERDUSSEN et P. JOASSART, Anthémis, Centre de Recherche sur l'État et la Constitution (CRECO), 2011, p. 127.*

LABORDE J.-P.,

- *Sécurité sociale, protection sociale, droit de la sécurité sociale, droit de la protection sociale, droit social. Quelques réflexions (pas seulement) terminologiques, in Le travail humain au carrefour du droit et de la sociologie, Hommage au Professeur Nikitas Aliprantis, Presses Universitaires de Strasbourg, 2014, p. 201.*

LACORNE D.,

- *Une laïcité à l'américaine, Études 2008/110 (tome 409), SER, p. 112.*

LACROIX A. et LE GOFF A.,

- *La morale est-elle soluble dans l'entreprise ?, Philosophie magazine, n° 76, février 2014.*

LAGRANGE N. et TANNEAU L.,

- *Les entreprises à l'avant-garde, Liaisons sociales magazine, juin 2017, n° 183, p. 24.*

LAHALLE T.,

- *Solidarité financière du donneur d'ordre et de son cocontractant, JCP S 2016, 1120.*

LANGLOIS Ph. et PILLEBOUT J.-F.,

- *Le notaire salarié*, LPA 6 juin 1994, n° 67, p. 19.

LANOUZIÈRE H.,

- *Un coup pour rien ou un tournant décisif ?*, L'accord du 19 juin 2013 sur la qualité de vie au travail, SSL 2013, n° 1597, p. 4.

LARCHÉ M.,

- *Brèves réflexions sur la qualification de l'alerte éthique comme droit de l'homme*, La Revue des droits de l'Homme, 10/16.

LASSERRE V.,

- *Droit et religion*, D. 2012, p. 1072.

LE CROM J.-P.,

- *La profession dans la construction du droit du travail*, Dr. soc. 2016, p. 105.

LE TOURNEAU Ph.,

- *Existe-t-il une morale des affaires*, in *La morale et le droit des affaires*, LGDJ, 1996, p. 13.

LECLERCQ V.,

- *L'appel des collaborateurs à la reconnaissance*, in op. cit., dir. T.-M. COURAU, Association française des managers de la diversité, mars 2013, p. 100.

LEGROS M.,

- *« Il y a quelque chose de pourri dans l'empire du Danemark »*, Dossier « Peut-on être honnête et réussir ? », Philosophie magazine février 2014, n° 76.

LEMOINE S.,

- *Travail illégal et travail détaché : Muriel Pénicaud sort l'arme du « name and shame »*, France Info, 12 février 2018.

LEMONNIER M.,

- *Baby-Loup : la France condamnée à l'ONU pour « discrimination envers les femmes musulmanes »*, L'Obs, 24 août 2018.

LENOIR N. et BÉRIION H.,

- *Alerte professionnelle et protection des données personnelles*, JCP S 2018, p. 947.

LÉON M.,

- *Modifier l'objet social de l'entreprise pour favoriser le changement de modèle de développement*, in *Que peut-on attendre en droit du travail d'une modification de « l'objet social de l'entreprise » ? (la suite)*, dir. J. PORTA et T. SACHS, RDT 2018, p. 172.

LEPAGE A.,

- *Droit pénal et conscience*, Revue Droit pénal 1999, Chroniques 1, page 4.

LEROUGE L.,

- *Les « risques psychosociaux » en droit : retour sur un terme controversé*, Dr. soc. 2014, p. 152.

LETTERON R.,

- *Droit européen et laïcité : la diversité des modèles*, AJDA 2017, p.1368.

LHERNOULD J.-Ph.,

- *Droit du travail et communautarismes*, RJS 2008, n°1, p. 9.

LIBCHABER R.,

- *Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit*, RTD civ. 2003, p. 575.

LINDON R.,

- *La « clause de conscience » dans le statut des journalistes*, JCP G 1962, I, 1669.

LOCHAK D.,

- *L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance*, AJDA 2014, p. 2236.
- *Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme : réflexions conclusives*, La Revue des droits de l'Homme, 10/16.

LOISEAU G.,

- *Intervention sur l'obligation de sécurité*, Bulletin d'information n° 768 du 1er octobre 2012.
- *La déconnexion, Observations sur la régulation du travail dans le nouvel espace-temps des entreprises connectées*, Dr. soc. 2017, p. 463.

LOISON-LERUSTE M. et HÉLY M.,

- *Des entreprises associatives en concurrence : le cas de la lutte contre l'exclusion*, in *Le travail associatif*, dir. M. HÉLY et M. SIMONET, Presses universitaires de Paris Ouest, 2013, p. 191.

LOUSKY Ph.,

- *La démarche déontologique de la Banque postale*, Cahiers de droit de l'entreprise 2011, n° 5, p. 24.

LULIN E.,

- *La démarche éthique de L'Oréal*, Cahiers de droit de l'entreprise 2011, n° 5, p. 23.

LYON-CAEN A.,

- *Le droit et la gestion des compétences*, Dr. soc. 1992, p. 573.
- *L'évaluation des salariés*, D. 2009, p. 1124.
- *Mol engagement*, RDT 2013, p. 591.

LYON-CAEN G.,

- *Syndicats et partis politiques*, Dr. soc. 1970, p. 69.

MAGGI-GERMAIN N.,

- *Communauté, communautarisme, religion et fait religieux : de la nécessité d'opérer quelques clarifications sémantiques et juridiques*, Dr. soc. 2015, p. 674.

MALECKI C.,

- *Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : la France peut-elle faire cavalier seul ?*, Bull. Joly Sociétés 2015, n°4, p. 171.

MALGRAIN L. et MENARD V.,

- *Lutte contre la corruption - Alerte éthique - Former pour mieux se prémunir*, JCP G 2017, n° 37, doctr. 946.

MALLET-BRICOUT B.,

- *2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats*, RTD civ. 2016, p. 463.

MALLET-POUJOL N.,

- *Alerte et droit de la presse*, in *Lanceurs d'alerte : innovation juridique ou symptôme social*, dir. M.-C. SORDINO, Presses de la Faculté de Droit et de Sciences politiques de Montpellier, 2016, p.161.

MANANGA F.,

- *La pratique du droit social au sein des entreprises de l'économie sociale et solidaire*, JCP S 2013, p. 1483.

MARGUENAUD J.-P.,

- *Avortement et crucifix : l'éclatant retour aux racines chrétiennes de l'Europe*, RTD civ. 2011, 303

MARGUENAUD J.-P. et MOULY J.,

- *Les droits de l'Homme salarié de l'entreprise identitaire*, D. 2011, p. 1637.

MARIE R.,

- *Le rôle de la profession dans la mise en œuvre de la norme en droit de la sécurité sociale*, Dr. soc., 2016, p. 126.

MARTIN-CHENUT K.,

- *Devoir de vigilance : internormativité et durcissement de la RSE*, Dr. soc. 2017, p. 798.

MASCOVA E.,

- *La pratique de l'accommodement raisonnable*, in *Entreprises et diversité religieuse, un management par le dialogue*, dir. T.-M. COURAU, Association française des managers de la diversité, mars 2013, p. 85.

MASSIS Th.,

- *Liberté de conscience, respect des croyances et droit pénal*, in *Droit, Liberté et Foi, Ecole cathédrale*, Institut de formation continue du Barreau de Paris, Mame Cujas, 1993.

MATHIEU C.,

- *Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise*, RDT 2012, 17.

MAURICE S.,

- *Eurotunnel saborde la Scop créée par les ex-SeaFrance*, Libération, 8 juin 2015.

MAZARS M.-F.,

- *Débat sur le thème de l'obligation de sécurité*, Bulletin d'information de la Cour de cassation n° 768 du 1er octobre 2012.

MAZEAUD H.,

- *Essai de classification des obligations*, RTD civ. 1936, p. 1.

MEKHANTAR J.,

- *Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques*, AJFP 2000, p. 21.

MEKKI M.,

- *Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale : la fusion des corps et la confusion des esprits*, in *Droit et morale*, dir. D. FENOUILLET, F. DRUMMOND et D. BUREAU, Dalloz, 2011, p. 31.

MEMETEAU G.,

- *Avortement et clause de conscience du pharmacien*, JCP G 1990, I, 3443.
- *Recherche Antigone en bon état ou la clause de conscience et la bioéthique, Éthique*, La vie en question, 1993/3, n°9, p. 81.

MESTRE J. et FAGES B.,

- *Les pratiques dictées par les convictions religieuses*, RTD civ. 2003, p. 290.

MEYER F.,

- *La responsabilité sociale de l'entreprise : un concept juridique ?*, Dr. ouvr. 2005, p. 185.

MEYER N. M.,

- *Les lanceurs d'alerte, vigies citoyennes, 31 mars 2016, consultable en ligne sur <http://www.espace-ethique.org>.*

MEYRAT I.,

- *Le droit du travail à l'épreuve de « l'éthique des affaires »*, RDT 2010, p. 572.

MILLET S.,

- *Du « droit à la déconnexion professionnelle » à la réhabilitation du digital dans le travail, Chronique juridique du 9 février 2016, consultable en ligne sur <http://www.preventica.com>.*
- *De la RSE au devoir de vigilance des grandes sociétés françaises à l'égard des activités de leurs filiales et fournisseurs, 6 avr. 2017, consultable en ligne sur www.ellipse-avocats.com.*

MINE M.,

- *Travail et liberté religieuse : ce que dit le droit, in Entreprises et diversité religieuse, un management par le dialogue, dir. Th. M. COURAU, Association française des managers de la diversité, mars 2013, p. 32.*
- *Liberté d'expression religieuse versus loi du Marché, RDT 2015, p. 405.*

MORAND M.,

- *Les représentants du personnel et le déroulement de la procédure d'alerte interne, JCP E 1988, II, 15357.*

MORAND M. et VERKINDT P.-Y.,

- *La diffusion à l'initiative des tiers, la protection des lanceurs d'alerte, in L'éthique de l'entreprise, Questions d'actualité, dir. F. BUY et J. THÉRON, Actes du colloque du 21 novembre 2014 organisé par le Centre Michel de l'Hospital à l'École de droit de Clermont Ferrand, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 17.*

MORANGE J.,

- *La liberté de conscience en droit comparé, in La conscience et le droit, Actes du XVIIIe colloque national de la Confédération des Juristes Catholiques de France, Pierre Téqui éditeur, 2002, p. 31.*

MOREAU M.-A.,

- *L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, Dr. soc. 2017, p. 792.

MORELLI E. et PLETS I.,

- *Port de signes religieux dans le secteur privé : un commentaire de la jurisprudence belge*, Orientations, 2013/10, p. 19.

(de la) MORENA F.,

- *Du principe de laïcité républicaine à l'application des valeurs de la laïcité dans l'entreprise*, Dr. soc. 2015, p. 699.

MORERAS J.,

- *Les Accords de coopération de l'État avec la Commission islamique d'Espagne*, Revue européenne des migrations internationales, 1996, vol. 12, n° 1

MORIN C.,

- *Le salarié et la religion : les solutions de droit du travail*, JCP A 2005, n° 1145

MORVAN P.,

- *Le détournement de l'expert légal du CE dans les restructurations*, SSL 2006, no 1271.
- *Securitas omnia corrumpit ou le principe selon lequel il incombe à l'employeur de protéger la sécurité et la santé des travailleurs*, Dr. soc. 2007, p. 674.
- *Sur la défense des valeurs par la jurisprudence sociale récente*, RJS 2018, p. 543 et s., spéc. p. 544.

MOULEVRIER P.,

- *Les « banquiers solidaires » : pour une économie de la rupture ?*, in *Le travail associatif*, dir. M. HÉLY et M. SIMONET, Presses universitaires de Paris Ouest, 2013, p. 113.

MOULY J.,

- *L'« exception religieuse » au contrat de travail : un coup d'arrêt aux risques de dérive sectaire ?*, À propos de Cass. soc. 20 janvier 2010, Dr. soc. 2010, p.1071.
- *Obligation de sécurité de l'employeur et harcèlement "horizontal" : vers une obligation de résultat absolue ?*, JCP G 2010, p. 592.
- *La liberté d'expression religieuse dans l'entreprise : le raidissement de la Cour de cassation*, D. 2013. p. 963.
- *L'affaire Baby Loup devant la cour de renvoi : la revanche de la laïcité ?*, D. 2014 p. 65.
- *L'affaire Baby-Loup devant l'Assemblée plénière : quelques accommodements avec les principes*, Dr. Soc. 2014, p. 811.
- *L'exigence de neutralité, entre discrimination directe et indirecte, La perspective des Cours européennes*, Dr. soc. 2018, p. 333.

de MOUSTIER R.,

- *Ordonnance portant réforme du droit des contrats : observations générales du point de vue publiciste*, JCP A 2016, 2054.

MOUTOT A.,

- *L'activisme des salariés, nouveaux défis pour les entreprises technologiques*, Les Echos, 21 juin 2018.

MULLER F.,

- *Effectivité des droits des salariés détachés : quelle contribution à la lutte contre la concurrence sociale déloyale ?*, Dr. soc. 2016, p. 630.

MURCIER J.-P.,

- *Origine, contenu et avenir de l'obligation générale de sécurité*, Dr. soc. 1988, p. 610.

NADAL S.,

- *La restructuration des branches professionnelles : réflexions sur une mutation forcée*, Dr. soc., 2016, p. 111.

NARCY M.,

- *Le travail associatif : des salariés intrinsèquement motivés*, in *Le travail associatif*, dir. M. HÉLY et M. SIMONET, Presses universitaires de Paris Ouest, 2013, p. 23.

NASSOM-TISSANDIER H.,

- *Religion et emploi dans une entreprise de tendance : le choix de la prudence*, in *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale*, RJS 7/18, p. 550.

NDIAYE A. et FERREIRA N.,

- *Le travail et l'utopie, Analyse du travail dans les théories de Sismondi, Fourier, Proudhon, Marx, Engels, Godin et Lafargue*, in *L'économie sociale et solidaire et le travail*, dir. P. BRACONNIER et G. CAIRE, L'Harmattan, 2013, p. 207-209.

NEAU-LEDUC C.,

- *La responsabilité sociale de l'entreprise, quels enjeux juridiques ?*, Dr. soc. 2006, p. 952.

NIEL S.,

- *Plan d'urgence sur la prévention du stress*, Cah. DRH 2009, n° 159-160.

NILLES J.-J.,

- *Comment promouvoir et opérationnaliser l'éthique*, in *Éthique de l'entreprise, réalité ou illusion ?*, dir. A. ANQUETIL et al., L'Harmattan, 2010, p. 78.

NIRELLO L. et PROUTEAU L.,

- *Des salariés associatifs moins bien payés ?*, *Travail et Emploi*, n° 148, octobre-décembre 2016, La Documentation française, 2017, p. 36.

OLIVIER J.-M.,

- *Liberté d'opinion du salarié*, in *La personne en droit du travail*, éditions Panthéon-Assas, 1999, p. 61.

(d') ONORIO J.-B.,

- *Droit sans conscience ?*, in *La conscience et le droit, Actes du XVIIIe colloque national de la Confédération des Juristes Catholiques de France*, Pierre Téqui éditeur, 2002, p. 15.

OPPETIT B.,

- *Éthique et vie des affaires*, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 319.

OSMAN F.,

- *Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit*, RTD civ. 1995, p. 509.

OTTAN A.,

- *La discrimination à l'embauche*, in *Travail et religion, actes du colloque du 14 juin 2013 à la Faculté de Droit de Montpellier*, CSBP, juillet-août 2003, p. 49.

OUVRIER-BONNAZ R.,

- *Taylorisme, rationalisation, sélection, orientation de Henri Wallon*, Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé (en ligne), n° 14-2, 2012.

PAGNERRE Y.,

- *Le respect des valeurs républicaines ou « l'éthique syndicale »*, JCP S 2009, 1050.
- *L'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Economica, 2011, p. 63.
- *L'employeur*, in *Notions et normes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Éditions Panthéon-Assas, 2016, p. 167.

PAILLUSSEAU J.,

- *Entreprise et société. Quels rapports ? Quelle réforme ?*, D. 2018, p. 1395.

PALLI B.,

- *Les outils méthodologiques et conceptuels développés par la CEDH face à la Grèce, pays à religion dominante : quels enseignements pour un État laïc comme la France ?*, Dr. social 2018, p. 347.

PANAYOTOPOULOS N.,

- *La violence du chômage et ses incidences*, in *Le travail humain au carrefour du droit et de la sociologie, Hommage au Professeur Nikitas Aliprantis*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2014, p. 496-497.

PARANCE B. et GROULX E.,

- *La déclaration de performance extra-financière, Nouvelle ambition du reporting extra-financier*, JCP E 15 mars 2018, n° 11, p. 1128.

PATAUT E.,

- *Le devoir de vigilance - Aspects de droit international privé*, Dr. soc. 2017, p. 833.

PELICIER-LOEVENBRUCK S. et VERKINDT P.-Y.,

- *Loi Borloo Vade-mecum des incidents de procédure (partie 1)*, SSL 2006, n° 1276.

PÉLISSIER J.,

- *La liberté du travail*, Dr. soc. 1990, p. 19.
- *Le licenciement disciplinaire*, Dr. soc. 1992, p. 751.

PÉLISSIER M.,

- *De la procédure d'alerte pour danger grave et imminent au signalement d'un trouble pour la santé ou la sécurité*, JCP S 2015, 1427.

PERRIER J.-B. et FRANCOIS G.,

- *Chroniques Éthique de l'entreprise (novembre 2013 - mars 2015) (1ère partie)*, LPA 2015, n° 168, p. 4.

PERROUD M.,

- *Bore-out : quand un groupe est condamné pour un salarié placardisé*, Challenge, 18 mai 2018.

PETERS S.,

- *La conscience de soi, alliée du leader*, Le Monde, 18 mai 2015.

PETIT B.,

- *Reporting RSE : un nouveau coup d'épée dans l'eau...*, Environnement, n° 7, juillet 2014, étude 12.

PETIT F.,

- *Le droit à l'accompagnement*, Dr. soc. 2008, p. 413.

PETIT M.,

- *Les questionnaires d'embauche*, Revue pratique de droit social, 1973, n° 335, p. 69.

PEUCHAMIEL B.,

- *Privée des ASSEDIC pour cause de Restos du cœur*, L'Humanité, 26 février 1994.

PIGNARRE G.,

- *L'obligation de sécurité patronale entre incertitudes et nécessité*, RDT 2006, p. 150.

PIGNARRE G. et PIGNARRE L.-F.,

- *La prévention : pierre angulaire ou/et maillon faible de l'obligation de santé et sécurité au travail de l'employeur ?*, RDT 2016, p. 151.

PINTIAU F. et HENNION-MOREAU S.,

- *Les professions sociales, actualité juridique*, RDSS 1997, p. 627.

PIZZIO-DELAPORTE C.,

- *Libertés fondamentales et droits du salarié le rôle du juge*, Dr. soc. 2001, p. 404.

PLUCHART J.-J.,

- *L'éthique des affaires : portée et limites de l'approche fonctionnaliste, L'étude du cas Enron*, La Revue des Sciences de Gestion 2005, vol. 216, n° 6, p. 17.

POISSONNIER G.,

- *Une pénalisation abusive de l'appel citoyen au boycott*, D. 2011, p. 931.

POLLET-PANOUSSIS D.,

- *L'agent public, lanceur d'alerte*, in *Les lanceurs d'alerte, Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, dir. M. DISANT et D. POLLET-PANOUSSIS, LGDJ, 2017, p. 150.

PORTALIS J.-E.-M.,

- *Discours, Séance du 11 frimaire, l'an cinquième de la République française (1er décembre 1796)*, in *Journal des débats et des décrets*, n°403, Corps législatif, Conseil des Cinq-cents, p. 147.

POUSSON A.,

- *Convictions religieuses et activités salariée*, in *Mélanges au président Michel Despax*, Presse de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2002.

PRUDHOMME C.,

- *Les directeurs financiers veulent une clause de conscience*, *Le Monde* 10 juillet 2003, p. 17.

PUTMAN E.,

- *Propos conclusifs*, in *L'éthique de l'entreprise, Questions d'actualité*, dir. F. BUY et J. THÉRON, Actes du colloque du 21 novembre 2014 organisé par le Centre Michel de l'Hospital à l'École de droit de Clermont Ferrand, LGDJ, Lextenso éditions, 2015.

QUEINNEC Y. et CONSTANTIN A.,

- *Devoir de vigilance - Les organes de gouvernance des entreprises en première ligne*, RLDA 2015, n°104, p. 68.

(de) QUENAUDON R.,

- *La « doctrine progressiste » : une lecture du droit du travail en crise ?*, D. 2005, p. 1736.
- *Expression religieuse et laïcité en entreprise. À propos de l'avis rendu par le Haut Conseil à l'intégration le 1er septembre 2011*, RDT 2011, p. 643.
- *Les lanceurs d'alerte*, in *Prendre la responsabilité au sérieux*, dir. A. SUPIOT et M. DELMAS-MARTY, PUF, 2015, p. 297.

RADÉ C.,

- *Le cœur à l'ouvrage*, Dr. soc. 2014, p. 489.
- *L'application forcée des risques en droit du travail*, RLDA mars 2014, n° 91, p. 73.
- *Laïcité dans l'entreprise : mieux vaut prévenir que sévir*, Lexbase hebdo éd. soc. 2017, n° 692.

RAFFRAY R.,

- *La diffusion à l'initiative de l'entreprise, Reporting et expertise*, in *L'éthique de l'entreprise, Questions d'actualité*, dir. F. BUY et J. THÉRON, Actes du colloque du 21 novembre 2014 organisé par le Centre Michel de l'Hospital à l'École de droit de Clermont Ferrand, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 37.

RAGIMBEAU L.,

- *Le droit d'alerte des agents publics : enjeux et perspectives*, in *Lanceurs d'alerte : innovation juridique ou symptôme social*, dir. M.-C. SORDINO, Presses de la Faculté de Droit et de Sciences politiques de Montpellier, 2016, p.104.

RAY J.-E.,

- *Fidélité et exécution du contrat de travail*, Dr. soc. 1991, p. 382.
- *Droit du travail et règles morales*, in *Éthique, déontologie et gestion de l'entreprise*, dir. H. de la BRUSLERIE, Economica, 1992, p. 97 et 99.
- *Une loi macédonienne ? Étude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992, « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles*, Dr. soc. 1993, p. 103.
- *De Germinal à Internet : une nécessaire évolution du critère du contrat de travail*, Dr. soc. 1995, p. 634.
- *Du salariat à la taylorisation assistée par ordinateur*, Espace social européen, 24 février 1995, n° 280, p. 21.
- *De la sub/ordination à la sub/organisation*, Dr. soc. 2002, p. 5.
- *De la grève interne aux actions collectives externalisées*, Dr. soc. 2003, p. 591.
- *Actualité des TIC*, Dr. soc. 2010, p. 267.

- *Droit du travail et morale : aspects contemporains*, in *Droit et morale*, dir. D. FENOUILLET, F. DRUMMOND et D. BUREAU, Dalloz, 2011, p. 204.
- *Le fait religieux dans l'entreprise*, in *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2011, n° 31, p. 195.
- *De la négociation collective interne au dialogue sociétal externe*, Dr. soc. 2013, p. 261.
- *À propos d'une rébellion (CA Paris, 27 nov. 2013, Baby Loup)*, Dr. soc. 2014, p. 4
- *Baby Loup, Les enfants d'abord !*, JCP G 2014, 804.
- *La Charte de la laïcité de l'entreprise Paprec, un but respectable, des moyens contestables*, Le HuffPost, 24 février 2014.
- *Actualité des TIC - Tous connectés, partout, tout le temps ?*, Dr. soc. 2015, p. 516.
- *Grande accélération et droit à la déconnexion*, Dr. soc. 2016, p. 912.
- *Le bien-être au travail*, in *Le bien-être et le droit*, dir. M. TORRE-SCHAUB, Publications de la Sorbonne, 2016, p. 35.
- *Pratiques religieuses en entreprise*, Les Echos, 17 octobre 2016.
- *De la laïcité à la neutralité*, Les Echos, 11 décembre 2017.
- *Intelligence artificielle et droit du travail : une nouvelle Odyssée de l'Espèce ?*, SSL 2018, n° 1806, p. 4.

REMY P.,

- *Le voile islamique dans les entreprises : une réponse identique des droits allemand et français ?*, SSL 2004, 1167.

RENAULT E.,

- *Reconnaissance et travail*, Travailler, 2007/2, n° 18, p. 119.

REVET Th.,

- *L'objet du contrat de travail*, Dr. soc. 1992, p. 859.

REYMANN A.,

- *La performance collective, Résumé à partir de morceaux choisis extraits de l'ouvrage de Xavier Baron intitulé « Repenser l'organisation des travailleurs du savoir », Les Cahiers du DRH, 2013, 197.*

RIASSETTO I.,

- *Droit privé, Société, droit et religion 2012/1, n° 2, p. 181.*

RICHARD DE LA TOUR J.,

- *La vie personnelle du salarié, Étude sur la jurisprudence récente de la Chambre sociale de la Cour de cassation, Rapport annuel de la Cour de cassation de 1999, p. 191.*

RICHEZ-BATTESTI N., PETRELLA F., MAISONNASSE J. et. MELNIK E.,

- *L'évaluation de la qualité de l'emploi au sein de l'ESS abordée par un faisceau d'indices, in L'économie sociale et solidaire et le travail, dir. P. BRACONNIER et G. CAIRE, L'Harmattan, 2013, p. 79.*

RINGELHEIM J.,

- *Du voile au crucifix : la neutralité de l'État dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme de l'Université Catholique de Louvain, Working Paper 2014/1, p.6.*

RIVERO J.,

- *La notion juridique de laïcité, D. 1949, p. 137.*

ROJOT J.,

- *Déontologie et gestion des ressources humaines, in Éthique, Déontologie et gestion de l'entreprise, dir. H. de la BRUSLERIE, Economica, 1992, p. 118.*

ROLLIER M.,

- *Table ronde « Vivre l'éthique comme entrepreneur », in L'éthique de l'entrepreneur, dir. J.-Y. NAUDET, Actes du XXI^e colloque d'éthique économique organisé à Aix-en-Provence le 19 et 20 juin 2014, Presses universitaires d'Aix Marseille (PUAM), 2015, p. 135.*

ROLLOT C.,

- *Les agences de notation sociale à la recherche d'une crédibilité, Le Monde, 14 janvier 2003, p. VIII.*

ROMAN D.,

- *« Droits humains et libertés fondamentales », des notions « intelligibles » mais « imprécises » ? À propos du devoir de vigilance des sociétés multinationales, RDT 2017, p. 391.*

RONZIER-JOLY A.,

- *La seconde vie de l'article L. 422-1-1 du code du travail, JCP S 2006, 1664.*

ROQUILLY C.,

- *Analyse des codes de conduite des sociétés du CAC 40, Cahiers de droit de l'entreprise 2011, n° 5, p. 28.*

ROUILLEAULT H.,

- *Inciter à négocier ? Légitimité de principe et difficultés pratiques, Dr. soc. 2011, p. 563.*

ROUX D.,

- *De la consommation engagée à la résistance du consommateur, Concurrence & consommation 2007, n° 156, p. 68.*

ROUX E.,

- *Loi « Déontologie » du 20 avril 2016 : les nouveaux impératifs déontologiques des fonctionnaires*, AJCT 2016, p. 292.

ROZIER S.,

- *Les générosités obligées. Mutations des politiques sociales et mécénat des entreprises dans la France des années 1990*, in *Le travail associatif*, dir. M. HÉLY et M. SIMONET, Presses universitaires de Paris Ouest, 2013, p. 127.

SACHS T.,

- *La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation*, RDT 2017, p. 380.

SACHS-DURAND C.,

- *Commentaire de l'accord France Télécom du 21 décembre 2006 sur les droits sociaux fondamentaux*, RDT 2007, p. 107.

SAID K.,

- *Une invitation à l'aménagement raisonnable*, SSL 2016, n° 1741.

SAINT-JOURS Y.,

- *De l'obligation contractuelle de sécurité de résultat de l'employeur*, Dalloz 2007, p. 3024.

SAINTECLETTE Ch.,

- *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles-Paris, 1884, p. 95.

SALAÜN P.,

- *Un parcours éclairant d'entrepreneur : Léon Harmel*, in *L'éthique de l'entrepreneur*, dir. J.-Y. NAUDET, Actes du XXI^e colloque d'éthique économique organisé à Aix-en-Provence le 19 et 20 juin 2014, Presses universitaires d'Aix Marseille (PUAM), 2015, p. 101.

SANDRET N.,

- *Le potentiel destructeur de l'évaluation individualisé des performances*, RDT 2008, p. 501.

SANTOLARIA N.,

- *Après le burn-out et le bore-out, voici le brown-out*, Le Monde, 13 octobre 2016.

SARGOS P.,

- *Débat sur le thème de l'obligation de sécurité*, Bulletin d'information de la Cour de cassation n°768 du 1er octobre 2012.

SAUVÉ J.-M.,

- *La prévention des conflits d'intérêts et l'alerte éthique*, AJDA 2014, p. 2249.

SAUZET M.,

- *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1883, p. 596.

SAVATIER J.,

- *Les activités politiques dans l'entreprise*, Dr. soc. 1977, p. 231.
- *Le comité d'entreprise et la prévention des difficultés des entreprises*, JCP E 1987, II, 15066.
- *La liberté dans le travail*, Droit social 1990, p. 49.
- *Liberté d'expression des salariés. Exercice abusif*, Dr. soc. 1997, p. 413.
- *Liberté religieuse et relations de travail*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2000, p. 455.
- *Conditions de licéité d'un licenciement pour port du voile islamique*, Dr. soc. 2004, p. 354.

SCHNAPPER D.,

- *Les limites de l'expression « entreprise citoyenne », in La société en quête de valeurs, pour sortir de l'alternative entre scepticisme et dogmatisme, Maxima, 1996, p. 79.*

SCHOOYANS M.,

- *L'objection de conscience en matière de santé : le cas des hommes politiques, Revue de la recherche juridique et du droit prospectif, 2005/1, p. 506.*

SCHRAMM M.-P. et LEFEBVRE B.,

- *Qualité de vie au travail et prévention des risques psychosociaux. Dialogue entre un avocat et un psychologue, Chronique, RJS 2014, p. 2.*

SCHWARTZ-MIRALLES J.,

- *Les récompenses financières des lanceurs d'alerte portent-elles atteinte aux droits fondamentaux ? Le cas du droit américain, La Revue des Droits de l'Homme, 10/16.*

SCHWEITZER S.,

- *La responsabilité sociale de l'entreprise est-elle d'augmenter ses profits, in L'éthique de l'entrepreneur, dir. J.-Y. NAUDET, Actes du XXI^e colloque d'éthique économique organisé à Aix-en-Provence le 19 et 20 juin 2014, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2015, p. 255.*

SCIBERRAS J.-C.,

- *Travail et religion dans l'entreprise : une cohabitation sous tension, Dr. soc. 2010, p. 72.*

SCIBERRAS J.-C. et SANDRET N.,

- *À quoi sert l'évaluation des salariés ?, RDT 2008, p. 498.*

SEGONDS M.,

- *Un an de droit pénal du travail (Septembre 2016 - Septembre 2017)*, Revue Droit pénal, 2017, n° 11, chron. 10.

SEIFERT A.,

- *Religious expression in the workplace : the case of the Federal Republic of Germany*, Comparative Labour Law & Policy Journal, 2009, vol. 30, issue 3.

SELLAMI H.,

- *Codes d'entreprise, pouvoirs de l'employeur et libertés des salariés*, RPDS 1996, p. 7,

SELLIER F. et SEDRATI N.,

- *Souffrance au travail et stress professionnel*, in *Souffrance au travail dans les grandes entreprises*, dir. J. DELGA, Éditions ESKA, 2010, p. 39.

SENIGUER H.,

- *Communauté, « communautarisme » et islam en France : y-a-t-il un « communautarisme » musulman ?*, Dr. soc. 2015, p. 664

SERMET L.,

- *La désobéissance de l'agent public*, in *Droit et déontologies professionnelles*, dir. J.-Y. NAUDET, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997, p. 252.

SERLOOTEN C.,

- *Coopérative et entreprise sociale et solidaire*, RLDA 2013, n° 88.

SIMON D.,

- *Rémunération des fonctionnaires au mérite : le chantier est lancé ce lundi à Bercy*, France Inter, 28 mai 2018.

SIMON J.,

- *Le renforcement de la contribution des entreprises à l'intérêt général ne passe pas par une modification législative de leur objet social*, in *Que peut-on attendre en droit du travail d'une modification de « l'objet social de l'entreprise » ? (la fin)*, dir. J. PORTA et T. SACHS, RDT 2018, p. 256.

SOLOMON R. C.,

- *Rôles professionnels, vertus personnelles : approche aristotélicienne de l'éthique des affaires (Corporate roles, personal virtues : An Aristotelean approach to business ethics)*, *Business Ethics Quarterly*, 2(3), 1992, p. 317-339), in *Éthique des affaires, Marché, règle et responsabilité, textes réunis par A. ANQUETIL*, Librairie philosophique J. VRIN, 2011, p. 220.

SORDINO M.-C.,

- *Alerte et droit pénal*, in *Lanceurs d'alerte : innovation juridique ou symptôme social*, dir. M.-C. SORDINO, Presses de la Faculté de Droit et de Sciences politiques de Montpellier, 2016, p.53.

SOSSIN L.,

- *God at work: religion in the workplace and the limits of pluralism in Canada*, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, vol. 30.

SOULIER L.,

- *L'homme qui refusait de couper l'eau aux plus démunis*, *Le Monde*, 6 mars 2014.

SPORTOUCH J.-M.,

- *Propos introductifs*, *Les cahiers sociaux*, mai 2016, n° 285, p. 261.

STOFFEL-MUNCK Ph.,

- *Déontologie et morale*, in *Droit et déontologies professionnelles*, dir. J.-Y. NAUDET, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997, p. 63.

SULTAN-R'BIBO Y.,

- *La pleine conscience règne*, Le Monde, 7-8 juin 2015, p. 21.

SUPIOT A.,

- *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise*, Dr. soc. 1989, p. 195, spéc. p. 199.
- *La réglementation patronale de l'entreprise*, Dr. soc. 1992, p. 215.
- *L'identité professionnelle*, in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 423.
- *L'alerte écologique dans l'entreprise*, in *Droit du travail et droit de l'environnement*, Actes du colloque de la Société française pour le droit de l'environnement, Toulouse, 30 septembre et 1^{er} octobre 1993, Litec, 1994, p. 91
- *L'alerte écologique*, Droit et ville, 1994, p. 106.
- *Les nouveaux visages de la subordination*, Dr. soc. 2000, p. 131.
- *Travail, droit et technique*, Dr. soc. 2002, p. 13.
- *Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises*, in *Analyse juridiques et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 541.
- *La religion au travail*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, 2012, p. 1040.
- *Pour une réforme digne de ce nom, Et si l'on refondait le droit du travail*, Le Monde diplomatique, octobre 2017, p. 1.
- *De la citoyenneté économique, Propos recueillis par Thibault Le Texier*, Esprit 2018/3, p. 52.

TAQUET F.,

- *La clause de conscience chez l'avocat salarié*, JCP G 1994, n°43, I, 3797.

TASSARD B.,

- *Indiscrète, l'une des dernières entreprises de lingerie françaises, tente de survivre*, L'Angle Éco, 8 septembre 2018, consultable en ligne sur <https://www.rtl.fr>.

TEISSIER A.,

- *Codes de conduite : conditions de validité*, JCP S 2008, n° 1071.

TEMMAN M.,

- *Le Japon ne veut pas voir ses « karoshi »*, Libération, 5 juin 2006.

TERRÉ F.,

- *Le rôle actuel de la maxime « nul n'est censé ignorer la loi »*, in *Etudes de droit contemporain*, Travaux et recherche de l'Institut de droit comparé, t. XXX, 1966, p. 91.

TERRÉ F. et SAYAG A.,

- *« Conscience et connaissance du droit »*, Travaux du Colloque de sociologie juridique franco-soviétique, Éditions du CNRS, 1977, p. 139.

TERRIER E.,

- *Obligations de soins, autopsie de conflits juridiques*, Revue générale de droit médical, 2010, n° 35, p. 187.

TEYSSIÉ B.,

- *La vertu en droit du travail*, in *La vertu*, dir. de J. FOYER et C. PUIGELIER, PUF, 2009.
- *Personnes, entreprises et relations de travail*, Dr. soc. 1988, p. 374.
- *Les missions du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail*, JCP S 2007, 1441.
- *L'alerte en matière de santé publique et d'environnement*, JCP S 2015, 1370.

THÉRON J.,

- *L'éthique de la gouvernance, Questions actuelles*, in *L'éthique de l'entreprise, Questions d'actualité*, dir. F. BUY et J. THÉRON, Actes du colloque du 21 novembre 2014 organisé par le Centre Michel de l'Hospital à l'École de droit de Clermont Ferrand, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 52.

THERY L.,

- *De nouveaux champs pour l'action syndicale*, in, *Le travail intenable*, dir. L. THERY, Éditions La découverte, 2006, p. 228.

THÉVENET M.,

- *L'évaluation des salariés*, SSL 2003, n° 1126, p. 7.
- *Management et religion, La poule devant un couteau*, Revue internationale de psychologie, 2011/41, Vol. XVII, p. 27.

THIBIERGE C.,

- *Le droit souple, Réflexions sur les textures du droit*, RTD civ. 2003, p. 599.

TONNELIER A. et BARTHET E.,

- *Coup d'envoi pour l'examen du projet de loi Pacte*, Le Monde, 4 septembre 2018.

TREBULLE F. G.,

- *Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur « l'entreprise citoyenne »*, Revue des sociétés 2006, p. 41.
- *Alertes et expertise en matière de santé et d'environnement, les enjeux de la loi du 16 avril 2013*, Environnement 2013, étude 21 .

de TRICORNOT A.,

- *En France, certains professionnels réclament ne clause de conscience*, Le Monde 8 juin 2001, p. 20.

VACARIE I.,

- *L'implication écologique du salarié*, in *Droit du travail et droit de l'environnement*, Actes du colloques de la Société française pour le droit de l'environnement, Toulouse, 30 septembre et 1er octobre 1993, Litec, 1994, p. 123.

VACHET G.,

- *Quelle responsabilité patronale pour quels préjudices en matière de risques professionnels ?*, Dr. soc. 2017, p. 923.

VALEAU P.,

- *La GRH dans les ONG*, in *La gestion des ONG*, dir. IGALENS et QUEINNEC, Vuibert, p. 236.

VAN ALSTYNE W. W.,

- *Religion in the workplace : a report on the layers of relevant law in the United States*, Comparative Labour Law & Policy Journal, 2009, vol. 30, issue 3.

VAN EECKHOUT A.,

- *L'éthique : « Apprendre à se poser les bonnes questions au bon moment »*, Cahiers de droit de l'entreprise 2011, n° 5, p. 26.

VARAUT J.-M.,

- *La conscience de l'avocat*, in *La conscience et le droit*, Actes du XVIII^e colloque national de la Confédération des Juristes Catholiques de France, Pierre Téqui éditeur, 2002, p. 129.

VATINET R.,

- *Exercice d'une liberté collective en dehors du temps de travail et trouble caractérisé au sein de l'entreprise*, JCP S 2007, 1510.

VATTEVILLE E.,

- *L'indicateur de travail décent de l'entreprise, un nouvel outil de l'audit social ?*, in *Éthique et responsabilité sociale, 78 experts témoignent, Mélanges en l'honneur de Michel Joras*, dir. F. de BRY, J. IGALENS et J.-M. PERETTI, Éditions EMS, 2010, p. 265.

VAVASSEUR,

- *De la responsabilité des accidents de fabrique*, Marchal- Billard et C^{ie}, 1881, p. 5-9.

VERDIER J.-M.,

- *Réalité, authenticité et légitimité*, in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 571.
- *Le Rapport Sudreau*, Revue internationale de droit comparé, 1976, n° 28-4, p. 777.

VERDUN F.,

- *Les risques juridiques liés à la démarche éthique de l'entreprise*, Cahiers de droit de l'entreprise 2011, n° 5, p. 37.

(de) VERGES M.,

- *Siemens s'enfonce dans les scandales de corruption*, Le Monde, 10 novembre 2007, p. 15.

VERICEL M.,

- *L'obligation patronale de sécurité de résultat*, RDT 2010. 303.

VERKINDT P.-Y.,

- *Regards sur la discrimination syndicale*, JSL 2005, n° 173, p. 2.
- *L'ANI sur la diversité, un accord à l'honneur de la démocratie sociale*, SSL 2006, n° 1287, p. 6.
- *Le rôle des instances de représentation du personnel en matière de sécurité*, Dr. soc. 2007, p. 697.
- *Santé au travail vs pouvoir de direction. Un retour de la théorie institutionnelle de l'entreprise ?*, Dr. soc. 2008, p. 519.
- *Santé au travail, l'ère de la maturité*, JSL 2008, n° 239.
- *La responsabilité de l'employeur en matière de santé mentale. Quelques éléments tirés de l'histoire récente*, in *Les risques du travail, Pour ne pas perdre sa vie à*

la gagner, dir. A. THÉBAUD-MONY, Ph. DAVEZIES, L. VOGEL et S. VOLKOFF, La Découverte, 2015, 2ème édition, p. 313.

- *La dimension civile de la dignité*, in *Notions et normes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Éditions Panthéon-Assas, 2016, p. 13.
- *Les conditions de travail et la santé au travail dans les ordonnances du 22 septembre 2017 : faut-il mouiller son mouchoir ?*, Dr. soc. 2018, p. 41.

VERNAC S.,

- *L'évaluation des salariés en droit du travail*, D. 2005, p. 924.
- *Du bon gouvernement de l'entreprise en société*, RDT 2018, p. 261.

VEYSSIÈRE B.,

- *Les plans et la situation financière des salariés*, Revue des procédures collectives 2015, dossier 45.

VILLENEUVE P.,

- *Loi « Déontologie » : la fonction de déontologue, mode d'emploi à l'usage des collectivités territoriales*, AJCT 2016, p. 307.

VILLETTE V.,

- *Laïcité et fonction publique : la menace fantôme ?*, AJDA 2017, p.1395.

WALD K. D.,

- *Religion and the workplace: a social science perspective*, Comparative Labour Law & Policy Journal, 2009, vol. 30, issue 3.

WAQUET C.,

- *Le droit à la liberté de conscience*, in *Droit, Liberté et Foi*, École cathédrale, Institut de formation continue du Barreau de Paris, Mame Cujas, 1993.

WAQUET Ph.,

- *La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève*, RJS 3/1995, p. 139.
- *Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance*, Gaz. Pal. 1996, 2, 1427.
- *La vie personnelle du salarié*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle : Mélanges en l'hommage de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2000, p. 518.
- *Règlement intérieur, charte d'éthique et système d'alerte*, SSL 2007, n° 1328.
- *Convient-il d'interdire le port de signe religieux dans l'entreprise ?*, RDT 2009, p. 485.

WESTER-OUISSE V.,

- *Le droit pénal face aux codes de bonne conduite*, Revue de science criminelle, 2000, p. 351.

WILLMAN C.,

- *La reconnaissance de l'homme au travail*, in *La reconnaissance*, dir. C. PUIGELIER, J. de ROMILLY, B. MCLACHLIN, Ph. MALAURIE et F. TERRÉ, Bruylant, 2011.
- *L'athéisme (neutralité), un nouveau critère d'identification de l'entreprise de tendance ?*, Lexbase hebdo éd. soc. 2013, n° 550.

WOEHLING J.-M.,

- *L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse*, McGill Law Journal, 1998, vol. 43, p. 325.
- *La liberté de religion, le droit à l'« accommodement raisonnable » et l'obligation de neutralité religieuse de l'État en droit canadien*, Revista catalana de dret públic, n° 33, 2006, p. 369.

WOLMARK C.,

- *Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise ?*, RDT 2009, p. 485.
- *Quelle place pour le travail dans le droit du travail ?*, Dr. soc. 2016, p. 439.

- *Neutralité dans l'entreprise ou neutralisation des travailleurs*, Dr. ouvr. 2017, p. 232.

ZADIG J.-J.,

- *La loi et la liberté de conscience*, RFDA 2013, p. 957.

V – Avis, conclusions, notes et observations

ADAM P.,

- note ss. CPH Grenoble, 7 novembre 2005, Dr. ouvr. 2006, p. 321.
- note ss. CPH Lyon, 18 septembre 2014, SSL 2014, n° 1651.
- note ss. Cass. soc., 9 avril 2015, SSL 2015, n° 1675.
- note ss. Cass. soc., 9 février 2016, RDT 2016, 491.
- note ss. CJUE, 14 mars 2017, RDT 2017, p. 422.
- note ss. Cass. soc., 22 novembre 2017, SSL 2017, n° 1792.

AIT-EL-KADI Z.,

- note ss. CEDH, 4 décembre 2008, AJDA 2008, p. 2311.

AKANDJI-KOMBE J.-F.,

- comm. ss. CE, 10 février 2014, <https://jfakiblog.com>.

ALFANDARI E.,

- note ss. Cass. soc., 9 mai 2001, D. 2002, p.1705.

ARDANT Ph.,

- note ss. Cass. Ass. plén., 19 mai 1978, D. 1978, Partie Jurisprudence, p. 541.

AUZERO G.,

- note ss. Cass. soc., 28 janvier 2004, Lexbase hebdo éd. soc. 2004, n° 107.

BARÈGE A.,

- note ss. Cass. crim., 1^{er} mars 2011, JCP S 2011, 1348.

BARTHÉLÉMY J.,

- note ss. Cass. soc., 13 novembre 1996, JCP E 1997, n° 5, p. 21.

BEAL S. et KLEIN P.,

- note ss. Cass. soc., 26 janvier 2011, JCP E 2011, n° 9, 1185.

BERNARD B.,

- note ss Cass. soc., 22 novembre 2017, JSL janvier 2018, n° 445, p. 4.

BIED-CHARRETON M.-F.,

- note ss. CJUE 14 mars 2017, Dr. ouvr. 2018, p. 79-80.

BOSSU B.,

- note ss. CA Paris, 6 décembre 1994, Dr. soc. 1995, p. 978.
- note ss. Cass. soc., 10 décembre 1997, Dr. soc. 1998, p. 127.
- note ss. Cass. soc. 11 janvier 2012, JCP S 2012, n° 15, p. 27.
- note ss. Cass. soc., 19 mars 2013, JCP G 2013, n° 14, p. 27-30.
- note ss. Cass. soc. 1er juillet 2015, RDT 2015, p. 614.
- note ss. CJUE, 14 mars 2017, JCP S 2017, 1105.

CAMERLYNCK G.-H.,

- note ss. Cass. soc. 27 mai 1964, JCP 1965, II, 14056.

CARBONNIER J.,

- obs. ss Cass. soc., 5 janvier 1945, Dr. soc. 1946, p. 36.
- note ss. Cass. civ., 5 juillet 1950, JCP 1951, II, 6439.
- note ss. Cass. soc., 27 novembre 1958, RTD civ. 1959, p. 753.

CARLES M.,

- note ss. CA Paris, 7 mai 2003, Dr. ouvr. 2004, p. 422.

(de) CASSAGNAC O.,

- comm. ss. CA Versailles, 30 juin 2011, JSL 2011, 309.

CAVALLINI J.,

- note ss. CJCE, 10 juillet 2008, JCP S 2008, n° 41, 1520.

CESARO J.-F.,

- note ss. Cass. soc., 12 juillet 2005, JCP S 2005, JCP S 2005, 1232.

CHAFIOL-CHAUMONT F.,

- note ss. Cass. soc., 8 décembre 2009, RLDI 2010, n° 57.

CHAMPEAUX F.,

- note ss. Cass. soc., 22 novembre 2017, SSL 2017, n° 1792.
- note ss. CA Versailles, 18 janvier 2018, SSL 2018, n° 1801.

CHAUMETTE P.,

- comm. ss. Cass. soc., 7 décembre 2011, Dr. soc. 2012, p. 208.

CHAUVY Y.,

- concl. ss. Cass. soc., 20 mars 1996, RJS 5/96, p. 319.
- concl. ss. Cass. soc., 10 décembre 1997, LPA 1998, n° 40, p. 17.

(de) CLAUSADE J.,

- concl. ss. CE, 25 janvier 1989, Dr. soc., 1990, p. 201.

COEURET A.,

- note ss. Cass. crim., 10 mai 2006, SSL 2006, n° 1272.

COHEN M.,

- note ss. Cass. soc., 12 mars 1991, Dr. ouvr. 1992, p. 38.
- note ss. Cass. soc., 12 mars 1991, Dr. ouvr. 1992, p. 38.
- obs. ss. Cass. soc., 8 mars 1995, Dr. soc. 1995, p. 393.
- note ss. TGI Nanterre, ord. réf., 10 septembre 2004, SSL 2004, no 1194.

COLONNA J. et RENAUX-PERSONNIC V.,

- note ss. Cass. soc., 19 mars 2013, Gaz. Pal., 8 juin 2013 n° 159, p. 13.

CORRIGNAN-CARSIN D.,

- note ss. Cass. soc., 19 mars 2013, ; JCP G 2013, n° 13, p. 608.

COUARD J.,

- note ss. Cass. soc., 20 janvier 2010, RDT 2010, p. 162.
- note ss. CEDH, 5^e sect., 23 septembre 2010, RDT 2011, p. 45.

COURCOL-BOUCHARD C.,

- avis ss. Cass. soc., 22 novembre 2017, RJS 1/18, p. 18.

COUTURIER G.,

- obs. ss. Cass. soc., 28 avril 1988, Dr. soc. 1988, p. 428.
- note ss. Cass. soc., 10 décembre 1997, Dr. soc. 1998, p. 202.

CUZACQ N.,

- note ss. TGI Paris, 4 juillet 2001, LPA 18 septembre 2001, n° 186, p. 11.

DAMAS N.,

- comm. ss. Cass. 3e civ., 18 décembre 2002, D. 2004, p. 844.

DEDESSUS LE MOUSTIER G.,

- note ss. Cass. soc., 3 mai 2011, L'Essentiel Droit des entreprises en difficulté, 5 juin 2011, n° 06, p. 7.
- note ss. Cass. soc., 22 janvier 2015, Bull. Joly Sociétés 2015, p. 192.

DIEU F.,

- note ss. CEDH 15 janvier 2013, D. 2013, p. 1643.
- note ss. Cass. soc., 19 mars 2013, n° 12-11690; p. 44.

DOCKÈS E.,

- note ss. Cass. soc., 19 mars 2013, Dr. soc. 2013, p. 388.

DORANT A.,

- note ss. CA Paris, 11 mars 2005, JSL 2006, 184.

DOSDAT J.-C.,

- note ss. Cass. soc., 13 novembre 1996, RDSS 1997, p. 847.

DREYER E.,

- note ss. Cass. crim., 1er septembre 2010, JCP G 2010, n° 49, p. 1208.

DUCHANGE G.,

- note ss. Cass. soc., 25 mai 2016, JCP S 2016, n° 29, 1271.

DUHAMEL J.-C. et POISSONNIER G.,

- note ss. Cass. crim. 20 octobre 2015, D. 2016, p. 287.

DUPEYROUX J.-J.,

- note ss. Cass. soc., 13 novembre 1996, Dr. soc. 1996, p. 1067.

DUPLAT J.,

- note ss. Cass. soc., 14 décembre 1999, Dr. soc. 2000, p. 163.

DUPRE de BOULOIS X.,

- note ss Cass. soc., 19 mars 2013, CSBP 2013, n° 252, p. 154.

DUQUESNE F.,

- note ss Cass. soc., 29 mai 2002, Dr. soc. 2002, p. 779.

ECOUTIN. H.,

- concl. ss. Cass. soc., 28 avril 1988, Dr. soc. 1988, p. 428.

ESMEIN P.,

- note ss. Cass. soc., 31 mai 1956, JCP 1956, II, 9397.

EVERAERT-DUMONT D.,

- note ss. Cass. soc., 21 janvier 2009, JCP S 2009, 1184.

FOEGLE J.-P. et SLAMA S.,

- note ss. CE, 5 février 2014, La Revue des droits de l'Homme, Actualités Droit-Libertés, 14 mars 2014.

FRANCK P.,

- concl ss. Cass. soc., 15 mai 1991, Dr. soc. 1991, p. 619.

GARDIN A.,

- note ss. CJUE, 14 mars 2017, RJS 2017, p. 448 et s.

GAURIAU B.,

- note ss. Cass. soc., 19 mars 2013, Lexbase hebdo éd. soc. 2013, n° 522.

GENEVOIS B.,

- concl. ss. CE, 8 janvier 1982, RDSS 1982, p. 450.

GHEVONTIAN R.,

- note ss. CE ord. 24 février 2001, D. 2001, p. 1748.

GILLIER H.,

- note ss. Cass. soc., 12 juillet 2005, CSBP, 2006 n° 176, p. 13.

GIRAUDET C.,

- note ss. CE 11 juin 1999, D. 2000, p. 88.

GONZALEZ G.,

- note ss. CEDH, Gde ch., 10 novembre 2005, AJDA 2006, 315.

GUERIN O.,

- obs. ss. Cass. 3^{ème} civ., 18 décembre 2002, AJDI 2003, p. 182

GUYOMAR et COLLIN,

- chron. ss. CE, avis contentieux, 3 mai 2000, AJDA 2000, p. 602.

HADJALI S.,

- note ss. TGI Nanterre, réf. 6 octobre 2004, Gaz. Pal. 19 avr. 2005, p. 59.

HAUTEFORT M.,

- note ss. Cass. soc., 28 mai 2003, JSL 24 juin 2003, n° 126.
- note ss. Cass. soc., 13 janvier 2004, JSL 2004, n° 941.

HENION S.,

- note ss. CJUE, 14 mars 2017, JCP G 2017, 657.

HIEZ D.,

- note ss. Cass. soc., 28 janvier 2004, JCP E 2004, p. 920.

HUGLO J.-G.,

- extrait du rapport ss. Cass. soc., 9 avril 2015, SSL 2015, n°1672, p. 6.

ICARD J.,

- note ss. Cass. civ. 1e, 28 septembre 2016, Dr. soc. 2017, p. 545.

JEAMMAUD A.,

- note ss. Cass. ch. mixte, 10 avril 1998, D. 1998 p. 389.

JEAN-BAPTISTE W.,

- note ss. CEDH, Gde ch., 7 juillet 2011, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 91/2012, p. 671.

JEANSEN E.,

- note ss. Cass. Ass. plén., 6 novembre 2015, JCP S 2015, 1452.
- note ss. Cass. soc., 7 mars 2017, JCP S 2017, n° 15, 1118.

KARAQUILLO J.-P.,

- note ss. CA Versailles, 9 mai 1986 , D. 1987, partie Jurisprudence, p. 5.

KELLER M.,

- note ss. CPH Créteil, 28 novembre 2003, Dr. ouvr. 2004, p. 292.

KOBINA GABA H.,

- note ss. Cass. civ. 2^e, 22 février 2007, D. 2007, p. 1767.

KOKOTT J.,

- concl. ss CJUE 14 mars 2017, Communiqué de presse CJUE n° 54/16.

KOUBI G.,

- note ss. CA Paris, 8^e Ch., 7 mai 1986, JCP G 1987, I, 3292

LAFUMA E.,

- note ss. CEDH, 3 février 2011, chron., RJS 2011, p. 355.

LAHALLE T.,

- note ss. Cass., 2^{ème} civ., 11 février 2016, JCP S 2016, 1120.

LAMARCHE Th.,

- note ss. Cass. soc., 26 janvier 1994, JCP E 1994, II, 639.

LAPP V.,

- note ss. TGI Paris, réf. 23 avril 2001, LPA 18 juin 2001, n° 120, p. 11.

LAULOM S.,

- note ss. CJUE, 14 mars 2017, SSL 2017, n° 1762.

LAURENT

- concl. ss. CE 1^{er} octobre 1954, RA 1954, p. 512.

LAVAL J.-S.,

- note ss. TA Lyon, 17 juin 2015, AJFP 2016, p. 28.

LECLERC O.,

- note ss. Cass. soc. 28 mars 2006, RDT 2006, p. 116.

LECOEUR Ch.,

- comm. ss. CA Aix-en-Provence, 2 septembre 2008, JCP S 2009, 1047.

LEFRANC-HAMONIAUX C.,

- note ss. Cass. soc., 7 février 2012, JCP G 2012, n° 9, 250.

LEVASSEUR G.,

- note ss. Cass. soc., 31 mai 1956, D. 1956, 21.

LEVY-AMSALLEM J.,

- note ss. Cass. soc., 8 novembre 2006, RDT 2007, p. 98.

LHERNOULD J.-Ph.,

- note ss. Cass. soc., 26 janvier 2011, JSL 2011, 29.
- note ss. Cass. soc., 19 mars 2013, JSL 2013, n° 342, p. 8-11.

LINDON R.,

- note ss. Cass. soc., 27 novembre 1958, D. 1959, 20.
- note ss. Cass. Ass. plén., 19 mai 1978, JCP, 1978, II, 19009.

LOISEAU G.,

- note ss. Cass. soc., 6 décembre 2017, , JCP S 2018, 1051.

LOKIEC P.,

- note ss. Cass. soc., 28 mai 2003, Dr. soc. 2004, p. 132.

LUDWICZAK F.,

- note ss. Cass. crim., 8 avr. 2014, LPA 2015, n° 66, p. 3.

MARGUENAUD J.-P. et MOULY J.,

- note ss. Cass. soc., 30 juin 2016, D 2016, p. 1740.

MARINO L.,

- note ss. Cass. soc., 17 juin 2009, RDT 2009, p. 591.

MARTIN D.,

- note ss. CJUE, 14 mars 2017, Dr. soc. 2018, p. 314.

MARTINON A.,

- note ss. Cass. crim., 9 novembre 2010, JCP S 2011, 1075.

MATHIEU C.,

- note ss. Cass. crim., 11 février 2003, D. 2003 p. 660.

MAYAUD Y.,

- note ss. Cass. crim, 10 décembre 2002, RSC. 2003, p. 332.
- note ss. Cass. crim., 1^{er} septembre 2010, RLCT 2010, n°62, p. 28.

MELLERAY F.,

- note ss. CAA Lyon, 27 novembre 2003, AJDA 2004, p. 154.

(de) MONTECLERC M.-C.,

- note ss. Cons. const. 8 décembre 2016, AJDA 2016, 2404.
- comm. ss. Conseil d'Etat 31 mars 2017, AJDA 2017, p. 709.

(de) MONTVALON L.,

- note ss. Cass. soc., 6 décembre 2017, SSL 2018, n° 1799, p. 8.

MORVAN P.,

- note ss. Cass. soc., 20 décembre 2006, JCP S 2007, 1054.
- note ss. Cass. soc., 24 septembre 2014, JCP S 2014, 1482.

MOULY J.,

- note ss. Cass. soc., 6 mars 2001, Dr. soc. 2001, p. 677.
- note ss. Cass. soc., 19 mars 2013, D. 2013. p. 963.
- note ss. Cass. soc. 10 avril 2013, Dr. soc. 2013, p. 551.

NEYRET L.,

- comm. ss. TGI Paris, 31-1 ch. corr., 18 déc. 2013, Environnement et développement durable 2014, n° 6, comm. 48.

OLIVIER J.-M.,

- note ss. Cass. Ass. plén., 8 décembre 2000, TPS, 2001, n° 56.

PAGNERRE Y.,

- comm. ss. Cass. crim., 23 juin 2009, JCP S 2009, n° 45, 1502.
- chron. ss. Cass. soc., RJS 2/15, p. 11, 5 novembre 2014, n° 13-18.427.
- comm. ss. Cass. soc., 25 novembre 2015 et Cass., soc, 1^{er} juin 2016, JCP E, 2016, 1659.
- comm. ss. CEDH, gde chambre, 12 janvier 2016, JCP E 2018, 1274.
- note ss. Cass. civ. 1^e, 28 septembre 2016, D. 2016, p. 2447.
- note ss. CJUE, 14 mars 2017, Dr. soc. 2017, p. 450
- comm. ss. Cass. soc., 21 septembre 2017, JCP E 2018, 1274.

PAGNERRE Y. et ICARD. J.,

- comm. ss. Cass., soc, 1^{er} juin 2016, D. 2016, p. 1681.

PANSIER F.-J.,

- note ss. Cass. soc., 30 novembre 2004, CSBP, 1^{er} février 2005, n° 167, p. 64
- note ss. Cass. soc., 12 juillet 2010, CSBP 2010, n° 223, p. 276.
- comm. ss. Cass. soc., 3 novembre 2010, CSBP 2011, n° 226, p. 3.
- note ss. Cass. soc., 16 février 2012, CSBP, 1^{er} avril 2012, n° 240, p. 117.

PERIER-DAVILLE D.,

- note ss. CA Paris, 19 janvier 1981, Gaz. Pal. 1981, I, p. 213.

PHILIBERT A.,

- obs. ss. Cass. soc., 4 février 1997, CSBP 1997, n° 90, p. 137.

POCHARD M.,

- note ss. CE 20 juillet 1990, Dr. soc. 1990, p. 862.

PRINGAULT S.,

- note ss. TA Cergy-Pontoise, 15 juillet 2014, AJFP 2015, p. 165.

PUIGELIER C.,

- comm. ss. CA Paris 16 mars 2001, JCP E, 2011, n° 31, p. 1339.

PUPPINCK G.,

- note ss. CEDH, 15 janvier 2013, RLCT, 2013, p. 95.

PUTMAN E.,

- note ss. Cons. const., QPC, 18 octobre 2013, Revue Juridique Personnes et Famille, 2013, p. 12.

QUIRINY B.,

- note ss. CE ord. 25 août 2005, JCP G 2006, 10024.

RADÉ C.,

- note ss. Cass. soc., 26 mai 1999, Dr. soc. 1999, p. 773.
- note ss. CJUE, 14 mars 2017, Lexbase hebdo éd. soc. 2017, n° 692.

RAY J.-E.,

- note ss. Cass. soc., 14 décembre 1999, Dr. soc. 2000, p. 165.
- note ss. Cass. soc., 25 novembre 2015, Les Echos, 4 janvier 2016.

RENAUD S.,

- note ss. CA Paris, 23 mars 2017, CSBP 2017, n° 296, p. 243.

REVET Th.,

- note ss. Cass. soc., 20 novembre 1986, JCP G, 1987, II, 20798.

RIANDEY P.,

- note ss. CA Caen, 23 septembre 2011, Dr. ouvr. 2012, n° 763, p. 157.

RIVERO J.,

- note ss. Cons. const., 23 novembre 1977, AJDA 1978, p. 565.

ROCHE G. et TARASEWICZ Y.,

- note ss. Cass. soc., 22 novembre 2017, RJS 4/18, p. 262.

ROLLAND L.,

- note ss. CE Ass., 1er avril 1949, D. 1949, p. 531.

ROUJOU DE BOUBEE G.,

- note ss. Trib. corr. Rouen, 9 juillet 1975, D. 1976, 531.

ROUQUET Y.,

- obs. ss. Cass. 3^{ème} civ., 18 décembre 2002, AJDI 2003, p. 182

SAINT JOURS

- comm. ss. Cass. soc., 17 octobre 1973, JCP 1974, II, 17698

SALEILLES R.,

- note ss. Cass. civ. 16 juin 1896, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, année 1897/I, p. 433.

SARAMITO F.,

- note ss. TGI Nanterre, réf. 6 octobre 2004, Dr. ouvr., 2005, p. 219.

SAUVAGEOT

- rapp. ss. Cass. Ass. plén., 19 mai 1978, JCP, 1978, II, 19009.

SAVATIER J.,

- note ss. CE, 16 mars 1962, JCP 1962, II, 12912.
- comm. ss. Cass. soc., 5 mars 1969, Dr. soc. 1969, p. 510.
- note ss. Cass. soc., 16 avril 1969, Dr. soc. 1969, p. 510.
- note ss. Cass. soc., 13 mai 1969, D. 1969, Jurisprudence, p. 529.
- note ss. Trib. corr. Rouen, 9 juillet 1975, JCP 1976, II, 18258.
- note ss. Crim., 23 janvier 1979, Dr. soc. 1979, p. 160.

- note ss. Cass. soc., 20 novembre 1986 ; Dr. soc. 1987, p. 375.
- note ss. CE, 12 juin 1987, Dr. soc. 1987, p. 651.
- note ss. Cass. soc., 17 avril 1991, Dr. Soc. 1991, p. 489.
- note ss. Cass. soc., 12 avril 1995, Dr. soc. 1995, p. 651.
- note ss. Cass. crim., 27 février 1996, Dr. soc. 1996, p. 593.
- obs. ss. Cass. soc., 17 avril 1996, Droit social 1996, p. 638.
- note ss. Cass. soc., 24 mars 1998, Dr. soc. 1998, p. 615.
- note ss. Cass. soc., 29 janvier 2002, Dr. soc. 2002, p. 494.
- note ss. Cass. soc., 26 septembre 2007, Dr. soc. 2007, 1325.

SCHMELCK

- concl. ss. Cass. Ass. plén., 19 mai 1978, D. 1978, Partie Jurisprudence, p. 541.

SERIAUX A.,

- note ss. TA Nantes, 22 octobre 1982, D. 1983, p. 496.

SERRET J.-J.,

- note ss. Cass. soc., 20 oct. 1994, JCP E 1995, II, 726, 2e esp.

SHARPSTON E.,

- concl. ss CJUE 14 mars 2017, Communiqué de presse CJUE n° 74/16.

SIBONY A.-L. et DEFOSSEZ A.,

- chron ss. CJCE 10 mars 2009, RTD eur. 2010, p. 129.

SINGER G.,

- note ss. Cass. civ. 2^e, 8 novembre 2012, Lexbase hebdo éd. soc. 2012, n° 510.

SUPIOT A.,

- comm. ss. CNCDH, Ass. plén., 26 septembre 2013, *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*, dir. C. LAZERGES, Dalloz, 2016.

TAQUET F.,

- note ss. TGI Nanterre, ord. réf., 24 janvier 1994, JCP G 1994, II, n° 22343.

TAWIL E.,

- note ss. CE, 16 février 2004, JCP A 2004, n° 1357, p. 724.
- note ss. CE, 19 novembre 2004, JCP A 2004, n°53, 1850.

TEYSSIÉ B.,

- obs. ss. Cass. soc., 23 janvier 1980, JCP 1980 éd. CI, I, 8870.

TISSANDIER H.,

- note ss. Cass. soc., 3 déc. 2014 et Cass. soc., 17 décembre 2014, JSL 2015, n° 381.

TISSOT-GROSSRIEDER S.,

- note ss. TA Besançon, 6 novembre 2008, AJFP 2009, p. 36.

TURPIN G.,

- note ss. Cass. soc., 13 avril 2016, JCP S 2016, 1214.

VALETTE M. et VALLENS M.,

- note ss. CJUE, 14 mars 2017, SSL 2017, n°1762.

VERDIER J.-M.,

- obs. ss. Cass. soc., 13 mai 1969, JCP 1970, II, 16208.

VÉRICEL M.,

- note ss. Cass. soc. 10 février 2016, RDT 2016, p. 425.

VERKINDT P.-Y.,

- note ss. Cass. soc. 28 mars 2006, JCP S 2006, 1381.
- note ss. TGI Nanterre, 5 septembre 2008, Dr. soc. 2009, p. 48.

- note ss. Cass. civ. 2^e, 2 octobre 2008, RDSS 2008, p. 1140.
- note ss. Cass. soc., 29 septembre 2009, Bull. Joly Sociétés 2010, p. 16.
- entretien ss. Cass. soc. 1^{er} juin 2016, SSL 2016, n° 1793.

VILLACEQUE J.,

- note ss. CA Paris 30 mars 1990, D 1990, p. 596.

WATHELET M.,

- concl. du 31 mai 2018, CJUE, IR c/ JQ, Communiqué de presse CJUE n° 73/18.

WAQUET Ph.,

- rapp. ss. Cass. soc., 15 mai 1991, Dr. soc. 1991, p. 619.
- note ss. Cass. soc., 20 novembre 1991, Dr. soc. 1992, p. 28.
- note ss. Cass. soc., 14 novembre 2000, Dr. soc. 2001, p. 99.

WEISSMANN R.,

- note ss. Cass. soc., 1^{er} février 2017, Dr. soc. 2017, p. 216 et s.

WILLMANN C.,

- comm. ss. CA Versailles, 23 janvier 1998, JCP E 1999, p. 900.
- note ss. CEDH, 5^e sect., 23 septembre 2010, Lexbase hebdo éd. soc. 2010, n° 414.
- note ss. CEDH, 15 janvier 2013, Lexbase hebdo éd. soc. 2013, n° 515.
- note ss. Cass. soc., 24 septembre 2014, Lexbase hebdo éd. soc. 2014, n° 586.

WILLOCX L.,

- note ss. CEDH 26 novembre 2015, RDT 2016, p. 345.

ZARCA A.,

- note ss. CEDH, 26 novembre 2015, AJFP 2016, p. 32.

VI – Rapports, guides et enquêtes

ANDRH,

- *Propositions 2012, Le DRH et les enjeux de la compétitivité.*

ANTONMATTEI P.-H. et VIVIEN Ph.,

- *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives, Rapport au ministre délégué à l'Emploi, La Documentation française, 2007.*

ARNOULT-BRILL E. et SIMON G.,

- *Le fait religieux dans l'entreprise, Les avis du CESE, Les éditions des journaux officiels, novembre 2013.*

ASSOCIATION DES MAIRES DE FRANCE,

- *Laïcité, le vade-mecum de l'AMF, Hors-série, novembre 2015.*

ATTALI J.,

- *Rapport « Pour une économie positive », La Documentation française et Fayard, 2013.*

AUROUX J.,

- *Les droits des travailleurs, Rapport remis au président de la République et au Premier ministre, Septembre 1981, La Documentation française.*

BACACHE-BEAUVALLET M.,

- *Où va le management public ?, Réformes de l'état et gestion de l'emploi public, Terra nova, 21 janvier 2016.*

BADINTER R.,

- *Les principes essentiels du droit du travail, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 2016.*

BOISSONNAT J.,

- *Le travail dans vingt ans*, Rapport, Commissariat général du Plan, Éditions Odile Jacob, La Documentation française, 1995.

BOURDU E., PERETIE M.-M. et RICHER M.,

- *Vers des organisations du travail responsabilisante*, Rapport Terra Nova, 13 juin 2016.

BROLIS O. et DEVETTER F.-X.,

- *Les salariés du secteur associatif : des conditions de travail à la satisfaction au travail*, Enquête Conditions de travail, DARES, 2016.

CASTEL D., LEMOINE C. et DURAND-DELVIGNE A.,

- *Travailler en coopérative et dans l'économie sociale, effets sur la satisfaction et le sens du travail*, Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé, 2011.

CEE,

- *La transmission professionnelle : mettre à distance les idées reçues*, Connaissance de l'emploi, n° 130, mai 2016.

CENTRE NATIONAL DE LA FONCTION PUBLIQUE TERRITORIALE,

- *Les fondamentaux sur la laïcité et les collectivités territoriales*, mai 2015.

CESE,

- *L'impact du chômage sur les personnes et leur entourage : mieux prévenir et accompagner*, Avis adopté au cours de sa séance du 10 mai 2016 sur le rapport présenté par Mme Jacqueline Farache au nom de la section des affaires sociales et de la santé.
- *La place du travail*, Avis adopté au cours de sa séance du mercredi 9 juillet 2003 sur le rapport présenté par M. Bernard Vivier au nom de la section du Travail.

CNCRESS,

- *Note juridique et réglementaire, Sociétés commerciales de l'économie sociale et solidaire*, 8 septembre 2016.

CNNUM,

- *Travail Emploi Numérique, Les nouvelles trajectoires*, Rapport remis à la ministre du Travail, janvier 2016, La Documentation française.

CONSEIL D'ÉTAT,

- *Jurisprudence et avis de 2005, Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public 2006, La Documentation française, 2006.

COUTY E. et SCOTTON C.,

- *Le pacte de confiance pour l'hôpital, synthèse des travaux*, Rapport remis au ministère en charge des Affaires sociales et de la Santé en mars 2013.

DARES,

- *Chômage et santé mentale, des liens ambivalents*, Analyses, septembre 2015, n° 067.
- *Risques psychosociaux et situation économique des entreprises*, Analyses, juin 2015, n° 044.

DÉFENSEUR DES DROITS,

- *Guide, Orientation et protection des lanceurs d'alerte*, juillet 2017.

FRÉROT A. et HURSTEL D.,

- *Le rôle sociétal de l'entreprise, Élément de réflexion pour une réforme*, Rapport du Club des juristes, avril 2018.

GARNER H. et MÉDA D.,

- *La place du travail dans l'identité des personnes*, Données sociales, La société française, INSEE Références, 2006.

GOLLAC M. et BODIER M.,

- *Mesurer les facteurs psychosociaux de risque au travail pour les maîtriser*, Rapport du Collège d'expertise sur le suivi des risques psychosociaux au travail, faisant suite à la demande du ministre du Travail, de l'Emploi et de la Santé, 2011.

HALONEN T. et MKAPA B. W.,

- *Une mondialisation juste crée des opportunités pour tous*, Rapport de la Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation, OIT, février 2004.

IGPDE RECHERCHE,

- *Perspective gestions publiques*, Études, Veille n° 30, mars 2009.

LABO DE L'ESS,

- *Transformer l'emploi, redonner du sens au travail*, 2017.

LECOCQ C., DUPUIS B. et FOREST H.,

- *Santé au travail : vers un système simplifié pour une prévention renforcée*, Rapport, août 2018.

LIPIETZ A.,

- *L'opportunité d'un nouveau type de société à vocation sociale*, rapport relatif à la lettre de mission du 17 septembre 1998 adressée par Madame Martine Aubry, ministre de l'Emploi et de la Solidarité, La Documentation française, 2000.

LYON-CAEN G.,

- *Les libertés publiques et l'emploi*, Rapport au ministre du Travail, La Documentation française, 1992.

METTLING B.,

- *Transformation numérique et vie au travail*, Rapport au ministre du Travail, septembre 2015.

MINISTÈRE DU TRAVAIL,

- *Plan santé au travail 2016-2020.*

MINISTÈRE DU TRAVAIL, ANACT et INRS,

- *Le syndrome d'épuisement professionnel ou burnout, Mieux comprendre pour mieux agir, Guide d'aide à la prévention, mai 2015.*

MORANGE P.,

- *La gouvernance et le financement des structures associatives, Rapport d'information enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1er octobre 2008.*

NOTAT N. et SENARD J.-D.,

- *L'entreprise, objet d'intérêt collectif, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances, du Travail, 9 mars 2018, La Documentation française.*

OBSERVATOIRE DE LA LAÏCITÉ,

- *Laïcité et collectivités locales, juillet 2015.*

OBSERVATOIRE NATIONAL DE L'ESS - CNCRESS,

- *Les sociétés commerciales de l'économie sociale et solidaire : premiers éléments d'analyse, CNCRESS, 2017.*
- *Atlas commenté de l'économie sociale et solidaire, édition 2017, Dalloz, 2017.*

OLIÉ J.-P. et LÉGERON P.,

- *Le burn-out, Académie Nationale de Médecine, rapport adopté au cours de la séance du 23 février 2016, au nom du groupe de travail des Commissions V (Psychiatrie et santé mentale).*

QUEINNEC Y. et BOURDON W.,

- *Réguler les entreprises transnationales : 46 propositions, Cahiers de propositions, FNGM, Sherpa, décembre 2010.*

SCHMITE V., VALIERGUE M. et VICTORIA P.,

- *Entreprises engagées, Comment concilier l'entreprise et les citoyens*, Rapport février 2018, Fondation Jean Jaurès.

SCOP EDIT,

- *Guide juridique, Les SCOP, sociétés coopératives et participatives*, Scop Edit, 2013.

SIMONPOLI J.-D. et GATEAU G.,

- *La reconnaissance et la valorisation des compétences des représentants du personnel et des mandataires syndicaux*, Rapport remis à la ministre du Travail, le vendredi 16 février 2018.

SUDREAU P.,

- *Étude pour la réforme de l'entreprise*, Rapport remis au président de la République et au Premier ministre le vendredi 7 février 1975, La Documentation française, Paris, 1975.

SUPIOT A.,

- *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, 1999.

TERRA NOVA,

- *L'entreprise contributive, 21 propositions pour une gouvernance responsable*.

VERCAMER F.,

- *L'Économie Sociale et Solidaire, entreprendre autrement pour la croissance et l'emploi*, Rapport remis au Premier ministre en avril 2010, La Documentation française.

VOLKOFF S. et GAUDART C.,

- *Conditions de travail et « soutenabilité » : des connaissances à l'action*, Rapport de Recherche du Centre d'étude de l'emploi, août 2015.

VII – Circulaires ministérielles, avis et délibérations d’institutions

- Circulaire DRT du 15 mars 1983 (n° 5-83), objet : application des articles 1 à 5 de la loi du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l’entreprise ; *Annexe III, Les Réformes VII*, Dr. soc. 1983, p. 573.
- Circulaire DRT n° 1984/13 du 30 novembre 1984.
- Circulaire du 12 décembre 1989 du ministre d’État, ministre de l’éducation nationale, de la jeunesse et des sports, relative au port de signes religieux par les élèves, au caractère obligatoire des enseignements et à l’obligation de laïcité des enseignants, JORF du 15 décembre 1989, p. 15577, NOR : MEMX8910373C.
- Circulaire DRT n° 93-10 du 15 mars 1993 relative à l’application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles, BOMT n° 93/10, texte 412.
- Circulaire n° 93/15 du 25 mars 1993 relative à l’application de la loi n° 82.1097 du 23 décembre 1982.
- Circulaire du 14 mai 1993 présentant les dispositions du nouveau code pénal et de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à son entrée en vigueur.
- Circulaire n° 1649 du 20 septembre 1994, relative à la neutralité de l’enseignement public et au port de signes ostentatoires dans les établissements scolaires, NOR : MENB9401709Y.
- Circulaire du 29 février 1996 relative à la lutte contre les atteintes aux personnes et aux biens commises dans le cadre des mouvements à caractère sectaire, JO, 5 mars 1996, p. 3409.
- Circulaire 5 septembre 2000, BOMT n° 2001/1 du samedi 20 janvier 2001, NOR *MESC0011490C*

- Circulaire DRT n° 2002-08 du 2 mai 2002, relative à la mise en œuvre de la loi de modernisation sociale.
- Circulaire DSS B n° 2003-07 du 7 janvier 2003, BOSS n° 2003-04.
- Circulaire du 18 mai 2004, n° 2004-084, relative à la mise en œuvre de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, JO du 22 mai 2004, NOR : MENG0401138C.
- Circulaire du 27 mai 2005 relative à la lutte contre les dérives sectaires, JORF n° 126 du 1 juin 2005 page 9751 texte n° 8.
- Circulaire n° 5209/SG du 13 avril 2007 relative à la charte de laïcité dans les services publics.
- Circulaire DGT n° 2008-22 du 19 novembre 2008, relative aux chartes éthiques, aux dispositifs d’alerte professionnelle et au règlement intérieur, NOR : MTST0880880C.
- Circulaire n° DSS/SD5C/2012/186 du 16 novembre 2012 relative à l’attestation de vigilance, NOR : AFSS1225441C.
- Circulaire du ministre de l’Intérieur, 13 juin 2013, NOR : INTK130095C.
- Circulaire n° 2013-144 du 6 septembre 2013 relative à la Charte de la laïcité à l’École et aux valeurs et symboles de la République.
- Circulaire du 9 avril 2015, NOR : RDFF1509063C.
- Circulaire du 15 mars 2017 relative au respect du principe de laïcité dans la fonction publique, ministère de la Fonction publique, NOR : RDFF1708728C.

CNCDH, Avis sur la laïcité, 26 septembre 2013.

CNCDH, Déclaration pour le retrait de la proposition de loi sur la laïcité, 19 mars 2015.

CNIL, délib. n° 2005-110 du 26 mai 2005.

CNIL, délib. n° 2005-111 du 26 mai 2005.

CNIL, document d'orientation 10 octobre 2005.

CNIL, délib. n° 2005-305 du 8 décembre 2005.

CNIL, délib. n° 2010-369 du 14 octobre 2010.

CNIL, délib. n° 2014-042 du 30 janvier 2014.

HALDE, délib. n° 2007-118 et 2007-120 du 4 juin 2007.

HALDE, délib. n° 2007-170 du 2 juillet 2007.

HALDE, délib. n° 2007-115, 14 mai 2007.

HALDE, délib. n° 2007-301, 13 novembre 2007.

HALDE, délib. n° 2008-10, 14 janvier 2008

HALDE, délib. n° 2008-32, 3 mars 2008.

HALDE, délib. n° 2009-117, 6 avril 2009.

HALDE, délib. n° 2009-311, 14 septembre 2009

HALDE, délib. n° 2010-82 du 1^{er} mars 2010.

HALDE, délib. n° 2010-166, 18 octobre 2010.

HALDE, délib. n° 2011-37, 21 mars 2011.

HALDE, délib. n°2011-67, 28 mars 2011.

Observatoire de la laïcité, avis « *Rappel à la loi à propos de la laïcité et du fait religieux* », 15 octobre 2013.

Observatoire de la laïcité, avis sur la définition et l'encadrement du fait religieux dans les structures privées qui assurent une mission d'accueil des enfants, 15 octobre 2013.

Observatoire de la laïcité, Avis sur la promotion de la laïcité et du vivre ensemble, 14 janvier 2015.

Index

(Les numéros renvoient aux numéros des paragraphes)

- A -

Absence de travail :

- refus pour motif religieux : 181 s., 187.
- chômage : 219 s.
- manque de travail : 264 s.

Absence du travail : *v. religion*

Accident du travail : 269, 302, 305 s., 315 s., 319, 371, 375.

Accommodements raisonnables : 125 s., 174 et s., 189, 192, 194.

Accords collectifs : 150, 217, 440 s., 455.

(*v. dialogue social*)

(*v. négociation collective*)

Actionnaires : 331 s., 431, 438, 446, 457, 471.

Actionnariat salarié : 255, 417.

Administration :

- définition : 87.
- principe de laïcité : 100 s.
- en tant qu'employeur : 254, 265, 280, 350, 362 et 445.
- en tant qu'agent de contrôle : 299, 325 s., 351, 358, 365, 449.

Affichage du jugement : 317, 332.

Agences de notation : 466 s.

Alerte professionnelle : 338 s.

- champ d'application : 343 s.
- procédure : 349 s.
- qualification de lanceur : 355 s.
- protection du lanceur : 361 s.

Alerte des représentants du personnels :

- alerte en cas de danger grave et imminent : 371 s.
- alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes : 376 s.
- alerte en cas d'utilisation non conforme du CICE : 382.
- mini droit d'alerte économique : 382.
- alerte économique sur des faits préoccupants : 382 s.
- droit d'alerte sociale : 369.

Allemagne : 50 s., 66, 75 s., 121, 141, 190.

Alsace et Moselle : 94, 120, 160.

ANACT : 268, 272 s., 281, 413, 425.

ARENDE (H.) : 9, 209.

ARISTOTE : 231, 431, 478.

Arrêts :

- « *Amiante* » de 2002 : 307 s.
- « *Air France* » de 2015 : 310 s.
- « *Baby-Loup* » de 2013 : 114.
- « *Baby-Loup* » de 2014 : 115 s., 128, 172.
- « *CPAM de Saint-Denis* » de 2013 : 106.
- « *Croix Rouge* » de 2002 : 61, 409.
- « *Dame Roy* » de 1978 : 70.
- « *Emmaüs* » de 2001 : 61, 409.
- « *Eweida* » CEDH de 2013 : 122, 185, 187.
- « *Fisher* » de 1986 : 71.
- « *G4S* » CJUE de 2017 : 173, 188.
- « *Kherouaa* » de 1992 : 98.
- « *Boucher de Mayotte* » de 1998 : 182, 196.
- « *Micropole* » CJUE de 2017 : 172.
- « *Micropole* » 2017 : 174, 196.

- « *Obst* » et « *Schüth* » CEDH de 2013 : 51, 76.

- « *Painsecq* » de 1991 : 72, 153.

- « *Société générale* » de 1996 : 30.

Association :

- association culturelle : 54 s, 61, 72.

- *Baby-Loup* : 112 s.

- partie prenante : 331 s.

- alerte : 351, 360.

- employeur de l'ESS : 394 s.

- *Sherpa* : 442, 455.

- *name and shame* : 468.

- boycott : 470.

Autonomie du travailleur : 209, 240, 253, 259, 261, 268, 280.

Avocat :

- clause de conscience : 138, 156.

- déontologie : 226.

- secret professionnel : 364.

- B -

Banque :

- employeur : 170, 253.

- partie prenante : 331, 420, 431.

- compliance officer : 445.

Belgique : 50, 120, 141, 188, 428.

Bénévolat : 61, 69, 409 s.

Bien-être au travail : 205, 208, 236, 278, 280 s., 291, 389, 416.

Bonne foi : 33, 188, 196, 439, 456.

- lanceur d'alerte : 355 s.

(v. *mauvaise foi*)

Bonnes mœurs : 16.

Bore-out : 263 s.

Burnout : 259, 285, 372.

- définition : 267 s.

Boycott : 470.

- C -

Canada : 125, 189.

Candidat : 10, 53, 108, 149, 447

- entreprise de tendance : 63 s.

- ESS : 411 et s.

- entreprise classique : 194 s.

CAMERLYNCK (G. H.) : 205, 249.

Caractère propre : v. *Entreprise (tendance)*.

CARBONNIER (J.) : 24, 42, 306, 431.

Catégorie professionnelle : 217, 256.

Capital : 294, 298, 393, 395, 403, 417 s., 422 s., 427, 436 s.

CEDH :

- définition conscience : 39.

- entreprise de tendance : 51, 74, 76

- laïcité et neutralité : 92, 106 s., 109, 118 s., 122.

- objection de conscience : 105, 135, 137, 141 s.

- port de signes religieux : 175, 185 s.

- alerte : 349, 353, 356.

Certification : 467.

CESDH : 28, 39 s., 64, 76, 109, 122, 128, 141.

CESE : 178, 180, 194, 214, 219, 228 264.

Charte d'entreprise : 53, 194, 284 s., 344, 437, 443, 449.

Chef d'entreprise : 171, 192, 241, 256, 298, 302, 319, 382, 420 s.

Chômage : 219 s., 264, 410, 422.

CHSCT : 169, 343, 367, 370 s., 375 s.

Cité, citoyenneté : 134, 146, 221, 223, 466, 478.

- entreprise citoyenne : 431.

CJUE :

- définition religion : 40.
- entreprise de tendance : 66, 77.
- port de signes religieux : 120, 172 s.
- fêtes religieuses : 178.

Clause de conscience :

- du journaliste : 78 s.
- dans l'entreprise de tendance : 83 s.
- dans l'entreprise ordinaire : 155 s.
- dans l'entreprise sociale : 415.

Clients : 58, 170 s., 188, 190, 194, 197, 233, 242, 331, 420, 431, 457, 466.

CNCDH : 89, 113 s., 193.

CNIL : 240 s., 342 s.

Cocontractant : 19, 31, 323 s., 457.

Code :

- de bonne conduite : 348, 437.
- de gouvernance : 458, 472.

Code du travail : 31, 39, 62, 160, 279 s.

- article L. 1132-1 : 45, 60, 71, 112, 115, 128.
- article L. 1221-1 : 33, 71, 114, 160, 170.
- article L. 1321-2-1 : 194, 201.
- article L. 4121-1 : 305 s.

Collectifs de travail : 229, 296, 420, 425, 444, 475, 479.

Collectivité de travail : 175, 217, 223, 243, 296, 340, 359, 389 s., 392, 411, 416, 430 s., 437, 446, 454, 473, 479.

Comité d'entreprise : 143, 343, 367, 369, 376, 382.

CHSCT : 169, 343, 367, 371 s., 375 s.

Comité social et économique : 146, 240 s., 281, 343, 369, 371, 374, 376, 382 s., 385 s., 421.

Commissaires aux comptes : 227, 358, 385.

Commission européenne : 217, 334, 348, 363, 365, 402, 407 453.

Commission européenne des droits de l'Homme : 51, 64, 74 s., 184 s.

Compétences professionnelles : 10, 150, 215, 229, 237, 252, 292, 300, 409, 412, 420, 423, 474.

Compliance : 331, 339, 445.

Conditions de travail : 197, 206, 232, 241, 273, 277 s., 280 s., 380, 396, 413, 425, 457, 466.

Congés : *v. absence du travail*

Connaissance : 4, 8, 10, 12, 21 s., 212, 228 s., 355 s., 420.

Conscience :

- bonne conscience : 8, 429, 432, 465 s.
- mauvaise conscience : 8, 464.
- conscience collective : 14 s., 293, 295, 390, 416, 476.
- conscience de classe : 15.
- dans l'imprimerie : 1.
- conscience psychologique : 10 s., 18 s., 34.
- conscience morale : 7 s., 23 s., 34, 431.
- liberté de conscience : 25 s., 54, 56, 60, 64 s., 73, 89, 94, 96, 101, 121, 338.
- conscience du danger : 35, 302, 305 s., 322, 326 s., 333 s., 368, 382 s.
- étymologie : 4, 5.
- définition : 6.
- en philosophie : 12.
- conscience religieuse : 158 s.
- conscience éthique : 431 s.
- conscience politique : 146 s., 431.
- conscience syndicale : 149 s.
- conscience de l'entreprise : 295.
- directeur de conscience : 349, 445.
- conscience du lanceur d'alerte : 355 s.
- v. conscience professionnelle*
- v. objection de conscience*
- v. clause de conscience*

Conscience professionnelle : 2, 8, 34, 202 s., 339, 420, 443

- approche éthique : 443.
- aspect moral : 224 s.

- aspect psychologique : 212 s.
- coopérateur : 420.
- définition : 203.
- lanceur d'alerte : 339.

Conseil constitutionnel : 26, 65, 89, 94, 105, 140, 220 s., 332, 349, 381.

Conseil de l'Europe : 28, 51, 141, 149, 185 s., 196, 338, 348, 356, 363.

Conseil de prud'hommes : 79, 112, 115, 316, 362, 379, 381.

Consentement : 18, 19, 33, 167, 365, 447.

Contrat de travail : 30 s.

- tendance : 53, 65, 68 s.
- journaliste : 78 s.
- distinction avec bénévolat : 61, 409.
- distinction avec l'office du culte : 62.
- suspension : 147.
- rupture dans l'entreprise de droit commun : 152 s., 248.
- rupture dans l'entreprise sociale : 415.
- rupture et manquement à l'obligation de sécurité : 315 s.
- rupture pour non-respect de l'éthique : 447 s.
- transfert : 156, 422.
- modification : 167, 178, 181, 447.
- contractualisation des convictions : 182, 196.
- exécution consciencieuse : 249.
- protection en cas d'alerte : 362.
- contrat de travail et coopérateur : 423 s.
- v. *évaluation du travail*, v. *obligation de sécurité*.

Contrôle de l'activité : 239 s.

Controverse sur le travail bien fait : 236, 272 et 372.

Coopérative : 394 s., 400, 417 s.

CORNU (G.) : 18, 23, 89, 203, 211, 308, 354.

Corruption : 330, 344 s., 348, 351, 353, 361 s., 441, 459.

Critères d'ordre : 256.

Culte :

- culte reconnu : 118, 120, 122.
- liberté : 26, 28, 56, 89, 94, 96
- ministre : 62, 74

Culte chrétien : 178, 188.

- curé : 52, 69.
- Église catholique : 70, 77, 93 s., 121 s., 208.
- entreprises de tendance catholique : 75 s.
- pasteur : 64, 74.
- prêtre : 74, 76, 197.
- sacristain : 72.
- v. *établissements d'enseignement confessionnel*

Culte juif : 102, 180, 188, 190, 196.

- rabbin : 62.
- surveillant rituel : 73, 84.

Culte musulman : 123, 188, 102, 175, 180.

- Ramadan : 179, 188.
- voile / foulard : 97, 99, 106, 112, 120, 172 s.

- D -

Danemark : 122, 271.

Déclaration de performance extra-financière : 459 s.

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : 39, 94, 101.

Déclaration Universelle des Droits de l'Homme : 27, 39, 141.

Déconnexion : 282 s.

Défenseur des Droits : 60, 114, 117, 197, 352.
(v. HALDE)

DÉJOUR (C.) : 210, 215, 234, 439.

Délégués du personnel : 367, 370, 375 s.

Démission : 74, 78 s., 156, 266, 415, 424.

Dénonciation : 327, 343 s., 357 s.

Déontologie : 105 s., 226 s., 290, 350, 359, 406, 430, 445, 446.

Dépression : 259, 266, 269,

DESCARTES (R.) : 11 s.,

Désobéissance : 132, 135, 143, 146, 171, 182, 186, 190, 338.

(v. *ordres*)

Devoirs professionnels : 225 s.

DGT : 193 s., 268, 272, 449.

Dialogue social : 270, 284, 436 s.

(v. *accord collectif*)

(v. *négociation collective*)

Dignité : 208, 222 s., 226 s., 289, 327.

Diligence : 249, 258, 276, 307, 310, 319 s., 327 s., 352, 459.

Discrétion (obligation de) : 118, 359.

Discrimination : 45 s, 66 s., 112 s., 120 s., 339 s., 151, 160, 172 s., 185, 190 s., 266, 362, 378 s., 441, 456, 470.

Dirigeant : 155, 280, 298 s., 350 s., 383 s., 413 s., 420 s., 428 s., 437 s., 445 s., 455.

- rémunération : 438, 466.

Donneur d'ordres : 323 s.,

Droit pénal : 21, 55, 135, 317 s., 364.

Droit social :

- définition : 30 s.

Droit du travail :

- application : 61 s., 114, 175, 255, 299, 362, 396, 424.

- définition : 30.

- manuels : 205.

- noyau dur : 283, 327.

- origine : 208 s., 302.

- réforme : 218, 259.

DURAND (P.) : 205, 218, 249, 294.

- E -

Égalité : 50, 89, 90, 96, 144, 175, 178, 190 s., 253, 363, 456, 470.

Église : 26, 54, 64 s., 70 s., 89, 93 s., 110, 178 s., 178 s., 208.

Embauche :

- entretien : 64, 170, 182, 195 s.

- visite médicale : 309, 313.

Engagement unilatéral : 455.

Enseignant : 83, 97 s., 120 s., 123, 125, 185, 189, 267 (v. *maître et professeur*).

Entreprise :

- définition : 35.

- de tendance : 42 s.

- de tendance laïque : 86 s.

- ordinaire : 128 s.

- sociale : 394 s.

- théorie institutionnelle : 294.

Ergonomie : 277 s.

Établissements d'enseignement :

- confessionnel : 42, 50 s., 60, 65, 70.

- publique : 97, 108 s.

États-Unis : 124, 192, 343, 358, 363, 394, 457, 470.

Éthique :

- clauses éthiques : 449.

- dialogue sociale : 438 s.

- discipline : 448 s. (v. *licenciement*)

- gestion des ressources humaines : 444.

- pratique : 433.

Évaluation du travail : 241 s., 412.

Exigences professionnelles : 51, 272.

Experts : 34, 137, 143, 204 s., 227, 240, 384 s., 420 s.,

Expression (liberté) : 25 s., 146, 185 s., 339, 360.

- F -

Faute :

- ancienne distinction entre faute professionnelle et faute disciplinaire : 248.
- dans l'entreprise sociale : 415
- inexcusable : v. *obligation de sécurité*
- manquements à la conscience professionnelle : 249 s.
- manquements à l'éthique de l'entreprise : 448 s.

Fenouillet (D.) : 8, 16, 132.

Fidélité : 33, 242, 253.

Fonctionnaires : 31, 37, 87, 411

- déontologie : 227.
 - devoir d'alerte et droit de retrait : 340.
 - droit d'alerte : 346, 347, 357, 359, 362.
 - laïcité : 100 s.
 - placardisation : 265.
 - rémunération : 254.
- v. *réserve*

Fonctionnement :

- de l'entreprise : 147, 152, 194, 344.
- du service public : 104.

Fondation : 75, 356, 395, 429, 463.

Formation professionnelle : 105, 165, 217.

FREEMAN (R. E.) : 434.

FRIEDMAN (M.) : 295, 434, 461.

- G -

Gestion économique de l'entreprise : 299 s., 382

Gouvernance :

- dans l'entreprise ordinaire : 446, 458 s., 466.
- dans l'entreprise sociale : 403 s., 425.

Grève : 414.

- du zèle : 234 s.

- H -

HALDE : 60, 112, 165, 167, 171, 178, 180, 193, 195. (v. *Défenseur des droits*)

Harcèlement :

- moral : 55, 265 s., 272, 307, 312, 337, 345, 357, 363, 375.
- sexuel : 362, 377.

HAURIOU (M.) : 13, 16 s., 294.

Hôpital : 75, 77, 373.

- I -

Identité humaine : 14, 34, 214 s., 222 s., 243, 260, 264, 268, 289.

Implication : 232 s., 253 s., 276, 412, 415, 417.

(v. *motivation dans le travail*)

Inconscient : 13.

Information :

- extra-financière : 458 s., 466.
- des représentants des salariés : 240, 344, 369, 438.
- des salariés : 167, 241, 305, 344, 421.

Inspection du travail : 150, 273, 325, 360 s., 369 s., 374, 450.

- affaire *Tefal* : 359.

Insuffisance :

- de résultats : 246.
- professionnelle : 228, 247 s.

Intelligence artificielle : 10, 144, 219, 445.

Intention : 18, 21.

- faute intentionnelle : 308, 317 s., 328.
- intention de nuire : 325.

Intérêt :

- général : 116 s., 124, 200, 338 s., 347, 355 s., 393, 432, 461, 472.
- social : 461 s.

Interruption volontaire de grossesse :
140.

ISO 26000 : 331, 432, 468.

- J -

Journaliste :

- alerte : 339, 353, 358, 359.
- clause de conscience : 795.

Jugement moral : 6, 7, 8, 10, 14, 23.

- L -

Labellisation : 401, 404, 467.

Laïcité : 56, 158, 193 s.

- application dans l'enseignement : 97 s.
- application par les agents : 100 s.
- appréciation par la CEDH : 118
- champ d'application : 110 s.
- définition : 86 s.
- droit comparé : 119 s.
- origine : 92 s.

Lanceur d'alerte : v. *Alerte professionnelle*

Licenciement :

- dans l'entreprise de tendance : 68 s.
 - SCOP : 422, 424.
 - dans l'entreprise de tendance laïque : 107 s.
 - pour trouble caractérisé / objectif : 72 s., 153 s.
 - en lien avec les convictions religieuses : 165 s.
 - en lien avec le port de signe religieux : 169 s.
 - licenciement collectif pour motif économique : 256, 299
 - licenciement et obligation de sécurité : 315 s.
 - alerte : 361 s.
 - licenciement dans l'entreprise sociale : 415.
 - licenciement et règles éthiques : 448.
- v. *insuffisance professionnelle*
v. *faute*

Liquidation judiciaire : 300, 384, 414.

Loi :

- loi « *accident de travail* » du 9 avril 1898 : 306, 308.
- loi « *séparation des Églises et de l'État* » du 9 décembre 1905 : 26, 54, 89, 96, 120.
- loi « *Debré* » du 31 décembre 1959 : 42, 97.
- loi « *Veil* » du 17 janvier 1975 : 139.
- loi « *Auroux* » du 4 août 1982 : 232, 249
- loi « *Le Pors* » du 13 juillet 1983 : 101, 135.
- loi « *Sarbanes Oxley* » du 31 juillet 2002 : 350, 362.
- loi « *Hamon* » du 31 juillet 2014 : 402 s., 417.
- loi « *Rebsamen* » du 17 août 2015 : 270, 281.
- loi « *déontologie* » du 20 avril 2016 : 105, 107.
- loi « *Travail* » du 8 août 2016 : 194, 285.
- loi « *Sapin II* » du 9 décembre 2016 : 342 s.
- loi « *vigilance* » du 27 mars 2017 : 330 s., 348.

Loyauté : 33, 51, 73 s., 203, 242, 255, 359, 448.

- M -

Maître : 65, 71 (v. *enseignant et professeur*)

Maladie : 168, 266, 278, 280, 291.

- professionnelle : 267 s., 307 s., 371, 442.

Mauvaise foi : 355, 357, 359 (v. *bonne foi*).

MARX (K.) : 15, 208, 282.

Mécénat : 429, 434.

Médecine, médecin : 35, 75 s., 135, 139 s., 226, 267, 271, 273, 291, 315, 340, 361.

- du travail : 248, 181.
- v. *Objection de conscience*.

Métier : 213 s., 223, 226, 228 s., 231 s., 262, 294, 296, 408 s., 420, 443, 445, 447.
- définition : 216.

Militantisme : 148, 411, 413.

Morale : 9, 16, 23, 391, 431.

Motivation (dans le travail) : 232, 413.
(v. *implication*)

Mutuelle : 394 s., 400, 414 s.

- N -

Name and shame : 317, 353, 334.

Nations unies : 331, 363, 334.
- Comité des droits de l'Homme : 115, 174, 194.

Négociation collective : 178, 281, 285, 438 s., 443, 469.
(v. *accord collectif*)
(v. *dialogue social*)

Neutralité :
- État : 56, 86, 88 s., 96, 105 s., 254, 359.
- entreprise : 112 s., 115 s., 128, 158, 160, 173 s., 194, 196, 198.
- droit comparé : 120 s., 188.

NIETZSCHE (F.) : 12, 464.

Notation :
- de l'entreprise : 466 s.
- du travailleur : 256, 381 (v. *évaluation*).

Nullité : 19, 114, 151, 361 s., 379, 457, 461.

- O -

Objection de conscience :
- absence : 105, 181.
- alerte : 338.
- auxiliaires de justice : 138.
- définition : 132.
- extension : 143 s.
- médecins : 139 s.
- origine : 134 s.
- service militaire : 136 s.

- refus aux pharmaciens : 142.
v. *Désobéissance*, v. *Clause de conscience*

Objet social : 153, 396, 403 s., 461 s.

Obligation naturelle : 24, 455.

Obligation de sécurité : 302 s., 333.
- cause exonératoire : 306, 309 s., 316.
- faute inexcusable : 269, 308 s., 315, 375.
- fondement : 304 s.
- obligation de résultat : 307 s., 309 s., 316.
- obligation de moyens : 307, 310 s.
- préjudice : 313 s.
- sanctions civiles : 313 s.
- sanctions pénales : 317 s.
v. *conscience du danger*
v. *obligation de prévention*
v. *licenciement*

Obligation de moyens : 220, 242.
v. *obligation de sécurité*

Obligation de prévention : 311.

Obligation de résultat : 220, 242.
v. *obligation de sécurité*

Observatoire de la laïcité : 110, 112, 114, 159, 161, 178, 193.

Observatoire du Fait Religieux (OFRE) : 159, 162.

OIT : 35, 39, 48, 149, 208 s., 363, 441, 453, 467.

Opinions : 26 s., 39 s., 69, 73, 79, 101, 128.
- politiques : 60, 64, 80, 128, 146.
- religieuses : 76, 105, 165, 195.

Ordonnances « Macron » du 22 septembre 2017 : 150, 368, 373.

Ordre :
- ordres : 9, 30, 61, 133, 135, 143, 146, 156, 171, 175, 182, 186 s., 190, 233, 235, 386.

- Ordre professionnel : 35, 139 s., 226, 352.

- ordre public : 26, 28, 54.

v. critères d'ordre

v. donneur d'ordre

Organisation syndicale : 194, 215, 252, 359, 422, 440 s., 463.

- délégué syndical : 150.

- liberté syndicale : 149, 441.

v. négociation collective, v. dialogue social,

v. conscience (syndicale)

- P -

Pacte international relatifs aux droits civils et politiques : 27, 39, 115, 220.

Paix sociale : 175, 180.

Parties prenantes : 331, 389, 432 s., 439, 451, 454 s., 459, 461, 464 s., 473.

- définition : 431.

Pathologie : *v. maladie*

Performance :

- accord de performance collective : 438.

- de l'entreprise : 191, 258, 276, 278, 281, 385, 432, 466, 471.

- du dirigeant : 446.

- du travailleur : 239, 243, 253 s., 278, 409.

v. déclaration de performance extra-financière

v. prime

Pharmacien : 34, *v. objection de conscience.*

Placard, placardisation : 148, 246, 265 s.

PLANIOL (M.) : 24, 205, 249.

Pôle-Emploi : 221 s., 410.

Politique : 69, 111 s., 120, 124, 346, 431 s.

- journal : 81.

- mandat : 147.

- parti : 43, 53, 59, 75, 123, 149, 165.

v. conscience

v. opinions

Pratiques commerciales trompeuses : 457.

Préjudice :

- accident du travail : 308.

- plan de vigilance : 333 s.

- changement d'orientation du journal : 78.

- commercial : 250.

- intérêt général : 338, 347.

- jour de congé : 104.

- licenciement : 76, 256.

v. obligation de sécurité

Présomption :

- confession : 103.

- connaissance du droit : 22.

- acteurs historiques de l'économie sociale et solidaire : 404.

- faute inexcusable : 309.

Preuve :

- acteurs nouveaux de l'économie sociale et solidaire : 404.

- agissements sexistes : 165.

- alerte professionnelle : 350, 362.

- changement d'orientation d'un journal : 81 s.

- conscience du danger : 309.

- discrimination : 381.

- plan de vigilance : 333.

- préjudice : 314 s. *v. obligation de sécurité*

- rapport d'enquête : 240.

- refus de candidature : 197.

- retrait de preuves : 378.

Prévention : 259, 272 s., 279, 305 s., 469, 475.

v. obligation de sécurité

Prime : 167, 202, 253 s., 379.

v. rémunération

Prise d'acte de la rupture : 82, 165, 265, 314, 316, 456.

Probité : 226 s., 415.

Professeur : 62, 76 (*v. enseignant et maître*).

Profession : 216 s., 231 s., 289 s.
- libérale : 56, 216, 218, 226 s., 408,
- professionnalisation : 218, 409, 411.
- professionnalisme : 292, 411.

Professionnalisme délibéré : 231 s., 258.

Projet de loi « PACTE » : 422, 463.

Prosélytisme : 108, 165, 185.

- Q -

Qualité de vie au travail : 239, 259, 261,
280 s., 284 s., 413, 443.

Qualités professionnelles : v. *critères
d'ordre*

Québec : 125.

**Question prioritaire de
constitutionnalité** : v. *Conseil
constitutionnel*

- R -

Rapport :

- *Antonmattéi et Vivien* de 2007 : 344,
440, 448 s.
- *Auroux* de 1981 : 295, 382, 392.
- *Boissonnat* de 1995 : 209, 259, 427.
- *Lyon-Caen* de 1992 : 57, 59, 68, 376.
- *Stasi* de 2003 : 171, 175, 178.
- *Sudreau* de 1975 : 382 s.

Reconnaissance par le travail : 215,
222, 231, 237, 259 s., 264, 272.

Recrutement : 10.

- entreprise de tendance : 59, 63, 65.
- entreprise ordinaire : 196 s.
- entreprise sociale : 412.
- éthique : 447, 474.

Redressement judiciaire : 384.
(v. *liquidation judiciaire*)

Règlement intérieur : 146, 169, 178,
285.
- service public : 98, 102.
- neutralité : 112 s., 120, 128, 160, 174,
194, 443.

- éthique : 448 s.

Règles de l'art : 215, 228 s., 233, 420.

Religion :

- absences pour motif religieux : 101 s.,
147, 150, 177 s., 186, 188, 189, 190, 192.
- CEDH : 185 s.
- dans le Code du travail : 160.
- dans l'entreprise ordinaire : 158 s.
- définition : 40.
- droit comparé : 186 s.
- embauche : 196 s.
- fêtes : 178.
- interdictions des discriminations : 101.
- jeûne : (v. *Ramadan*)
- prière : 180.
- règles alimentaires : 166.
- signes : 168 s. (v. *CEDH*, v. *CJUE*)
v. *culte*
v. *conscience*
v. *laïcité*
v. *licenciement*
v. *prosélytisme*
v. *neutralité*

Rémunération : 30, 147 s., 151, 178,
214, 244, 253 s., 276, 326, 329, 337, 377,
466.

- entreprise sociale : 398, 400, 405, 409,
413, 416.
v. *actionnariat salarié*
v. *dirigeant*
v. *fonctionnaire*
v. *prime*

Reporting : 279, 459. (v. *déclaration de
performance extra-financière*)

Repos hebdomadaire : 177.

Reprise d'entreprise : 253, 418 s.

Réputation :

- définition : 464.
- de l'entreprise : 332, 387, 465 s.
- du journaliste : 79, 82.

Réserve (devoir) :

- fonctionnaire : 95, 120, 151, 265, 359.
- entreprise de tendance : 65, 73.

Résiliation judiciaire : 265, 316.

Responsabilité :

- civile : 20, 139, 250, 300, 306, 314, 329, 333, 375, 470.
- pénale : 21, 135, 318 s., 357 s., 364, 470.

RIPERT (G.) : 24, 205, 249.

RPS : 259, 269, 272 s., 305, 443.

RIVERO (J.) : 25, 89, 97, 208, 220.

Royaume-Uni : 50, 122, 185, 191, 355, 363.

RSE : 197, 330, 341, 460.

- définition : 432.

- entreprise sociale : 406.

(v. *déclaration de performance extra-financière*)

- S -

Salaire : v. *rémunération*.

Salarié :

- définition : 30.

- engagement politique : 147.

- engagement associatif : 148.

- engagement syndical : 150.

- mission de service public : 87.

v. *loyauté*, v. *entreprise de tendance*, v. *secte*,

v. *rémunération*, v. *maladie*, v. *entreprise sociale*, v. *éthique*, v. *clause de conscience*,

v. *objection de conscience*, v. *licenciement*,

v. *religion*, v. *conscience professionnelle*,

v. *contrôle de l'activité*, v. *grève*, v. *obligation de sécurité*, v. *alerte professionnelle*

Santé :

- définition : 280.

- impératif : 171, 185, 187.

- mentale : 222, 259 s.

- alerte : 340, 345 s., 350, 362, 371 s.

v. *médecin*, v. *obligation de sécurité*, v. *maladie*.

SAVATIER (J.) : 143 s., 196, 208, 218, 220, 382.

Secret (obligation de) : 195 s., 359, 364.

Secte : 54 s.

- Témoins de Jéhovah : 54, 165.

- Église universelle de Dieu : 76.

Séparation des Églises et de l'État : v. *Loi (loi « séparation des Églises et de l'État » du 9 décembre 1905)*, v. *laïcité*.

Service militaire : v. *objection de conscience*.

Service public : 106 s., 112 s., 139, 411.

- définition : 86 s., 116, 117.

v. *fonctionnement*, v. *règlement intérieur*,

v. *fonctionnaire*

SMITH (A.) : 207.

Solidarité financière : 329, 333.

Société : 35, 155, 325, 329, 344, 372, 446, 448, 459 s.

- anonyme : 330 s., 458.

- AUCHAN : 429.

- AREVA : 442, 455.

- CARREFOUR : 170, 441, 448.

- commerciale : 57 s., 250, 395, 403 s., 461 s.

- coopérative : 417.

- cotée : 458, v. *gouvernance*.

- DANONE : 395, 441, 470.

- définition : 461.

- direction : 361, 383, 415, v. *Dirigeant*.

- EDF : 169, 445.

- ENGIE : 445.

- France Telecom / ORANGE : 194, 441, 464, 469.

- groupe : 242, 322, 330 s., 386.

- HACHETTE : 194.

- HAVAS : 155.

- intérêt social : 461 s.

- L'ORÉAL : 429, 445, 456.

- PAPREC : 194, 443.

- religieuse : v. *entreprise de tendance*.

- réforme : 461 s., v. *Projet de loi « PACTE »*.

- RATP : 106, 165, 181, 196, 340.

- SCOP : 418 s.

- Société Générale : v. *Arrêt*.

- SNCF : 86, 106, 196, 217, 381, 429.

- TOTAL : 441, 455, 468.

- VEOLIA : 143

Souffrance : 207, 222, 261 s., 266 s., 285, 310, 315, 380, 414, 443.

Sous-traitant : 322, 327, 331, 441 s., 457.
v. Cocontractant.

Standard : 209, 430, 448, 456.

Stress : 222, 241, 259, 269, 271, 425, 469.

Subordination : 30 s., 61 s., 146, 149, 186, 193, 200, 233, 251, 297, 306, 437.

Suède : 64, 122, 271.

Suicide : 222, 267, 269, 310, 469.

Supérieur hiérarchique : 103, 135, 143, 181, 240, 350, 359.

SUPIOT (A.) : 156, 208 s., 214, 217 s., 222, 234, 283, 295.

Syndérèse : 5.

- T -

TAYLOR (F. W.), taylorisme : 209, 277.

Technologies :

- traitements informatiques : 64, 365 (*v. CNIL*).

- outils : 239 s., 279 (*v. intelligence artificielle*).

- TIC : 259, 282 s.

Tendance : *v. Entreprise (de tendance)*.

Travail :

- décent : 208.

- définition et évolutions historiques : 207 s.

- dissimulé : 324 s.

- réel : 233, 243 s., 278, 372.

v. salarié, v. travailleur indépendant, v. profession (libérale), v. conscience professionnelle.

Travailleur :

- aidé : 408.

- indépendant : 31, 216, *v. profession (libérale)*.

- social : 408.

Trouble :

- dans l'entreprise : 175, 386, *v. licenciement (pour trouble caractérisé / objectif)*.

- mental : 19 s., 27.

Turquie : 123.

- U -

Utilité sociale :

- du travailleur : 209, 215.

- du travailleur *aidé* : 408.

- de l'entreprise sociale : 404, 417.

- agrément : 405.

- V -

Vigilance : 337, 410, 461.

- atteinte aux droits fondamentaux : 330 s.

- attestation de vigilance : 325.

- définition : 322.

- plan de vigilance : 331 s., 348.

- travail dissimulé : 324 s.

Volonté :

- bonne volonté : 413, 419.

- conscience professionnelle : 230 s., 248.

- de l'entreprise : 295, 432, 438 s., 458.

- de nuire : *v. intention*.

- droit civil : 18.

- droit pénal : 21, 320.

- W -

Whistleblowing : 343, 348.

- Z -

Zèle : *v. grève du zèle*.

Table des matières

<i>Introduction</i>	13
I – La conscience	14
A - Étude étymologique et historique	14
B – La conscience morale	18
C – La conscience psychologique.....	21
D - La conscience collective	25
II – La conscience et le droit.....	28
A – La conscience psychologique et le droit	29
B – La conscience morale et le droit	33
III – La conscience et le droit social	40
A – Le droit social	40
B – La conscience au travail	43
<i>Partie I : La conscience individuelle du travailleur</i>	48
Titre I : La conscience personnelle	49
Chapitre 1 : L’encadrement de la conscience par la tendance de l’entreprise.....	52
Section 1 : Les entreprises de tendance	55
§ 1 : L’accord de la conscience personnelle avec la tendance de l’entreprise	55
I. Le contrôle de la qualité d’entreprise de tendance	56
A. L’admission en droit français du caractère dérogatoire des entreprises de tendance	56
B. La licéité de la tendance choisie par l’entreprise	61
II : L’examen de la conscience du travailleur.....	66
A. Le champ des consciences à examiner	67
B. La procédure d’examen de la conscience.....	70
§ 2 : La rupture de l’accord de la conscience avec la tendance de l’entreprise	74
I : La rupture par le comportement du travailleur : la crise de conscience.....	74
A. La crise de conscience en droit interne	75
B. La crise de conscience en droit européen	79
II : La rupture par le changement de tendance de l’entreprise : la clause de conscience....	83
A. L’application originelle dans les entreprises de journal	83
B. L’appel à l’extension dans d’autres types d’entreprises	88
Section 2 : Les entreprises de tendance laïque	90
§ 1 : La mise en veille de la conscience religieuse.....	95
I. L’explication du principe de laïcité	95
A. La naissance du principe	95

B. L'explicitation du principe au sein de l'enseignement public	99
II. L'application du principe de laïcité aux agents	101
A. Le traitement de l'absence	101
B. Le traitement de la présence	104
§ 2 : Le débat sur l'extension du champ d'application	110
I : L'analyse en droit social français	111
A. Le tâtonnement des institutions	111
B. L'affirmation de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation	115
II : L'étude du droit social comparé	118
A. La perception de la tendance laïque en Europe	119
B. La perception de la tendance laïque dans le monde	123
Chapitre 2 : L'encadrement de la conscience dans l'entreprise sans tendance	128
Section 1 : L'invocation de la conscience morale	130
§ 1 : La conscience, entrave à l'exécution du travail	130
I : L'objection de conscience, entrave ponctuelle	130
A. Les origines de l'objection de conscience	132
B. La transposition de l'objection de conscience dans le monde du travail	137
II : L'engagement de conscience, entrave pérenne	147
A. L'engagement de conscience en dehors du travail	148
B. L'engagement de conscience en lien avec le travail	152
§ 2 : La conscience, cause de rupture de la relation de travail	158
I : La rupture par le comportement du travailleur : la révélation de conscience	158
II : La rupture par le changement de stratégie de l'entreprise : la clause de conscience nouvelle	160
Section 2 : L'invocation de la conscience religieuse	164
§ 1 : Le constat des difficultés actuelles de traitement	168
I : Le traitement de la présence	169
A. Les questions <i>a priori</i> résolues	169
B. Les questions en attente de résolution	174
II : Le traitement de l'absence	187
A. L'absence du travail	187
B. L'absence de travail	191
§ 2 : La recherche de solutions de traitement de la conscience religieuse	194
I : L'inspiration d'autres ordres juridiques	194
A. Le traitement en droit européen	194
B. Le traitement en droit comparé	197
II. La réflexion au regard des évolutions du droit interne	203
Conclusion du Titre I	215

Titre II : La conscience professionnelle 217

Chapitre 1 : La promotion de la conscience professionnelle	221
Section 1 : La connaissance de la conscience professionnelle	229
§ 1 : Le caractère psychologique de la conscience professionnelle	229
I : L'impact du travail sur la conscience de soi	230
A. L'individualisation du sujet de droit par sa différenciation d'avec autrui	231
B. L'appartenance du sujet de droit à un collectif homogène de travail	233
II : L'impact de la privation de travail sur la conscience de soi	236
A. Le droit virtuel à l'emploi	237
B. L'atteinte réelle à la dignité.....	240
§ 2 : Le caractère moral de la conscience professionnelle	243
I : La perception des devoirs de sa profession	243
A. Une généralisation des devoirs professionnels.....	243
B. La singularité propre à chaque profession	246
II : La volonté de se conformer au mieux aux devoirs de sa profession	248
A. L'apparition de la volonté dans l'acquisition du savoir	248
B. Le renforcement de la volonté dans la confrontation au réel.....	250
Section 2 : La reconnaissance de la conscience professionnelle.....	255
§ 1 : La mesure de la conscience professionnelle	255
I : Le contrôle de l'effectivité de l'activité professionnelle	256
II : L'évaluation de la qualité du travail	258
§ 2 : La rétribution de la conscience professionnelle	263
I : La répression de la défaillance de la conscience professionnelle.....	263
A. La répression d'une insuffisance professionnelle	263
B. La répression d'une faute professionnelle	266
II : La récompense de la conscience professionnelle	270
A. L'augmentation de la rémunération du travail.....	271
B. Le renforcement de l'appartenance à l'entreprise.....	275
Chapitre 2 : La protection de la conscience professionnelle	280
Section 1 : La crise de la conscience professionnelle	282
§ 1 : La conscience professionnelle négligée.....	284
§ 2 : La conscience professionnelle épuisée	289
I : La reconnaissance discutée d'une maladie professionnelle.....	290
II : La prévention indiscutable d'un risque psychosocial	294
Section 2 : L'épanouissement de la conscience professionnelle	298
§ 1 : La stimulation de la conscience professionnelle	298

I : L'ergonomie au service de la conscience professionnelle	299
II : La qualité de vie au travail au service de la conscience professionnelle	303
§ 2 : La déconnexion de la conscience professionnelle	307
Conclusion du Titre II	313
Conclusion de la Partie I	315
Partie II : La conscience collective de l'entreprise.....	318
Titre I : La conscience des collectifs de travail	325
Chapitre 1 : Le devoir de conscience des dirigeants	326
Section 1 : Le devoir de conscience dans l'obligation de sécurité	330
§ 1 : La nature de l'obligation de sécurité	331
I : Le fondement de l'obligation de sécurité	331
II : L'intensité de l'obligation de sécurité	336
§ 2 : Les sanctions du manquement à l'obligation de sécurité	344
I : Les sanctions civiles	344
II : Les sanctions pénales	348
Section 2 : Le devoir de conscience dans les obligations de vigilance	354
§ 1 : L'obligation de vigilance du donneur d'ordre à l'égard du travail dissimulé pratiqué par ses cocontractants	355
I : L'étendue de l'obligation de vigilance	356
II : Les sanctions du défaut de vigilance	358
§ 2 : L'obligation de vigilance de la société mère à l'égard des atteintes aux droits fondamentaux pratiqués par ses filiales ou ses cocontractants	360
I : Le régime théorique de l'obligation de vigilance	362
II - Les difficultés de l'application pratique de l'obligation de vigilance	365
Chapitre 2 : Le droit à la prise de conscience des travailleurs.....	370
Section 1 : Le droit à la prise de conscience des travailleurs sans mandat	371
§ 1 : La définition de l'alerte	376
I : Le champ d'application de l'alerte	376
II : La procédure d'alerte	383
§ 2 : La définition du lanceur	389
I : L'examen de conscience du lanceur d'alerte	389
II : Le bénéfice d'un statut protecteur pour le lanceur consciencieux	399
Section 2 : Le droit à la prise de conscience des représentants des travailleurs	406
§ 1 : Les droits d'alerte en cas de risque social	407
I : Le droit d'alerte en cas d'atteinte à l'intégrité physique des personnes	409

II : Le droit d’alerte en cas d’atteinte à l’intégrité juridique des personnes	414
§2 : Les droits d’alerte en cas de risque économique	422
Conclusion du Titre I	429
Titre II : La conscience de la collectivité de travail	430
Chapitre 1 : La conscience, fondement de l’entreprise sociale	432
Section 1 : La conscience de l’entreprise sociale	437
§ 1 : Les garanties juridiques de la conscience	438
I : La création de la catégorie des entreprises sociales	438
II : L’accès à la qualification d’entreprise sociale	441
§ 2 : Les garanties sociales de la conscience	447
I : La qualité de travailleur de l’entreprise sociale	447
II : La qualité des relations sociales	453
Section 2 : La conscience de l’entreprise coopérative issue d’une reprise	462
§ 1 : Le changement de qualité professionnelle	465
§ 2 : L’octroi d’une double qualité professionnelle.....	471
Chapitre 2 : La conscience, enjeu de l’entreprise classique	477
Section 1 : Le rayonnement interne de la conscience éthique	489
§ 1 : La définition collective de la conscience	489
I : Le caractère théoriquement éthique du dialogue social	489
II : Les exemples concrets d’accords collectifs en matière d’éthique	495
§ 2 : Le contrôle interne de la conscience	499
I : Le contrôle du côté des dirigeants	500
II : Le contrôle du côté des travailleurs	504
Section 2 : Le rayonnement externe de la conscience.....	511
§ 1 : La juridicité de la conscience éthique	511
I : Les qualifications juridiques actuelles	515
A. La conscience éthique saisie par le juge : des engagements contraignants	515
B. La conscience éthique saisie par le législateur : des informations « <i>extra-financières</i> »	519
II. La réforme à venir de la définition de la société	523
§ 2 : La réputation de la conscience éthique.....	530
I. L’évaluation de la « <i>bonne conscience</i> » éthique	532
II. La réprobation de l’absence de conscience	536
Conclusion du Titre II.....	542
<i>Conclusion de la Partie II.....</i>	<i>543</i>

<i>Conclusion générale</i>	544
Bibliographie	546
Index	661
Table des matières	673

Résumé : La conscience se définit comme la connaissance que chacun a de son existence et de celle du monde extérieur. Par extension, elle correspond à la représentation mentale claire qu'un individu peut se faire de la réalité d'une situation ainsi qu'à l'aptitude de ce dernier à juger de la moralité de cette situation. Lorsque le monde extérieur prend les traits de l'environnement de travail et que les situations à appréhender sont professionnelles, quelle peut être l'influence de la conscience ? Existe-t-il des limites quant à sa compatibilité avec l'accomplissement du travail ou avec le bon déroulement des relations sociales ? Cette thèse a pour objectif l'étude des différents « *cas de conscience* » au sein de l'entreprise au sens large, à travers le point de vue des différents acteurs concernés – comprenant les employeurs, les autorités administratives, les travailleurs, les organisations syndicales ou encore les représentants du personnel – afin de savoir quand la conscience, sous sa forme individuelle et collective, peut avoir une incidence juridique. Il convient de s'interroger sur l'appréhension – ou la non-appréhension – de ces manifestations de la conscience par le droit social interne, international et comparé. Si les contours de certaines occurrences de la conscience sont *a priori* déjà cernés, à l'image notamment des droits d'alerte ou des clauses de conscience, l'encadrement d'autres déclinaisons demeure encore à construire.

Descripteurs : Conscience – Entreprise – Administration – Travail – Religion – Convictions – Droits et libertés fondamentales – Santé et sécurité – Alerte – Représentation du personnel – Économie sociale et solidaire – Société – Responsabilité sociale et environnementale – Éthique

Title and Abstract: Consciousness can be defined as the knowledge of one's existence and the outer world. By extension, it is someone's clear mental picture of an actual situation and the ability of judging the morality of such a situation is called conscience. When the outer world is the work environment and when the actual situations to deal with are work-related, what could be the role of consciousness and conscience? Could they interfere with work duties or the conduct of good industrial relations? The purpose of this thesis is to study the “*issues of conscience*” within the corporation, in a broad sense, through the relevant stakeholders' perspectives – including employers, administrative authorities, workers, trade unions, or even staff representatives – in order to know when individual and collective consciousness and conscience can have a legal impact. One should ask oneself about the existence of a statutory regime for those “*issues of conscience*” in domestic, comparative and international laws. Some manifestations of consciousness and conscience are already well known, such as whistleblowing or conscience clauses, but some others still need to be provided with a legal framework.

Keywords: Conscience – Firm – Public administration – Labour – Religion – Beliefs – Fundamental rights and freedoms at work – Health and safety – Whistleblowing - Staff representation – Social and solidarity economy – Corporations - Corporate social responsibility – Ethics