



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master Droit et Pratique des Relations de Travail
Dirigé par Monsieur le Professeur Bernard Teyssié
2012

***Vie privée et vie personnelle dans le droit
des relations de travail***

Benjamin Dezandre

Sous la direction de Monsieur le Professeur Bernard Teyssié

Vie privée et vie personnelle dans le droit des relations de travail

par Benjamin Dezandre

Mémoire effectué en vue de l'obtention du Master Droit et Pratique des Relations de Travail

Promotion **Actance**

Année universitaire 2011-2012

Liste des abréviations

Aff.	Affaire
Al.	Alinéa
ANI	Accord National Interprofessionnel
Arr.	Arrêté
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. pén.	Code pénal
C. rur.	Code rural
C. tour.	Code du tourisme
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Can.	Canon
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CC	Conseil Constitutionnel
CCN	Convention Collective Nationale
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CESDH	Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales
Ch. Mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Circ.	Circulaire
Civ. 1^{ère}, 2^{ème}, 3^{ème}	Chambre civile, 1 ^{ère} , 2 ^{ème} , 3 ^{ème} de la Cour de cassation
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CNIL	Commission Nationale Informatique et Libertés
Comm.	Communiqué
CPC	Code de Procédure Civile
CPH	Conseil de Prud'hommes
CSS	Code de la Sécurité sociale
D.	Recueil Dalloz
Dr. ouvr.	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
DUDH	Déclaration Universelle des Droits de l'Homme
HALDE	Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité
Ibid.	<i>Ibidem</i> - Au même endroit
Infra	Voir plus loin
JCP S	JurisClasseur Périodique Social (semaine juridique)
JO	Journal Officiel
JOAN	Journal officiel de l'Assemblée Nationale
L.	Loi
Loc.	Locution
Op. cit.	<i>Opus citati</i> – Déjà cité
p.	page
PIDCP	Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques
R.	Règlement
Rapp.	Rapport
RDT	Revue de droit du travail

Rép.	Réponse ministérielle
s.	suivants
Sén.	Compte-rendu des débats en séance du Sénat
SSL	Semaine Sociale Lamy
Supra	Voir plus avant
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de Grande Instance
Trib. civ.	Jugement du tribunal civil
V.	Voir

Sommaire

INTRODUCTION.....	7
TITRE I – Vie privée et vie personnelle dans les relations individuelles de travail	17
CHAPITRE I – Conclusion du contrat de travail	17
CHAPITRE II – Exécution du contrat de travail.....	25
CHAPITRE III – Rupture du contrat de travail.....	76
TITRE II – Vie privée et vie personnelle dans les relations collectives de travail.....	85
CHAPITRE I – Représentation du personnel.....	85
CHAPITRE II – Négociation collective	98
CONCLUSION.....	110

Qu'il soit ici témoigné de ma plus profonde gratitude à l'égard,

De la République, pour m'avoir permis de saisir ma chance ;

De ma famille, pour sa fidélité perpétuelle et ferme ;

*Du Professeur Bernard Teyssié, pour sa confiance, ses conseils,
sa disponibilité sans faille et sa relecture attentive ;*

*Des camarades de promotion, et particulièrement des cinq du
fond, pour leur aide et pour ces moments de franche rigolade.*

« *La liberté du peuple est dans sa vie privée ; ne la troublez point.* »

SAINTE-JUST, Du Droit social – Fragments sur les institutions républicaines, III, 4

INTRODUCTION

1. – *Mos maiorum*. – Le *mos maiorum* est un *corpus* de règles non écrites qui gouvernaient la conduite des premiers citoyens de la République romaine¹, dont elles fondaient, en quelque sorte, la Constitution. Ce modèle soumettait le comportement du citoyen à cinq exigences majeures : *virtus*, courage et primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers ; *gravitas*, stoïcisme de tous les instants, *maiestas*, dignité et grandeur de l'attitude, *fides*, loyauté envers sa parole et envers la communauté, *pietas*, respect des devoirs envers la patrie et la famille. Le caractère fondamental du *mos maiorum* renvoyait directement le citoyen à sa responsabilité envers la société ; les domaines qui relevaient de cette morale publique étaient réglés par l'usage et n'avaient point vocation à être organisés par la loi. Tel était le cas de la vie de famille ; c'est pourquoi l'ancien droit romain s'employait à préserver cette intimité du pouvoir intrusif de la loi. L'intimité était alors considérée comme un « *séjour de paix et un inviolable refuge* »². Tel est le sens de l'invective figurant en épigraphe, Saint-Just estimant, conformément à l'antique vertu, que les institutions républicaines ont pour objet de soumettre « *le moins possible aux lois de l'autorité les rapports domestiques et la vie privée du peuple* »³. Ces mœurs étaient, par ailleurs, vigoureusement protégées ; Cicéron indiquait « *que les hommes rentrant dans la vie privée [rendent compte au censeur⁴] de leurs actes, sans que par là ils puissent s'affranchir de la loi* »⁵. La violation du *mos maiorum* pouvait être sanctionnée par la peine de censure, de condamnation morale ou d'infamie⁶ entraînant la perte des droits politiques et de l'honneur public⁷. Comme sujet de droit, le citoyen romain exerçait les pleins pouvoirs sur ce qu'il convient d'appeler, d'une manière anachronique, sa vie privée. La grande responsabilité du citoyen était en même temps la condition et la conséquence de sa grande liberté. Cette conception originelle fut néanmoins remise en question. Le droit romain postérieur et tous les droits qui en découlèrent, jusqu'à notre droit actuel, repoussèrent cette puissance et se résolurent à organiser l'intimité des citoyens. Dans ce mouvement, les travers ne furent pas évités.

¹ Fondée le 21 Avril 509 av. J.C.

² R. Von Jhering, L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, 1886, tome II, p. 194

³ Saint-Just, Du Droit social – Fragments sur les institutions républicaines, I

⁴ Le censeur était un magistrat de la République romaine qui avait, entre autre, la charge de surveiller le respect des mœurs.

⁵ M. T. Cicero, Des Lois, livre III, paragraphe IV.

⁶ *Capitis deminutio*

⁷ V. F. C. de Savigny, Traité de Droit Romain, 1841, vol. II, p. 209

Le droit canonique mit en place la *copula carnalis*, c'est-à-dire l'obligation de « consommer » le mariage par des rapports charnels entre les époux⁸. La glose du décret de Gratien disposait même qu'une épouse ne pouvait légitimement, sans le consentement de son mari, décider de coucher avec un vêtement⁹. Jamais le droit romain n'aurait permis telle intrusion ; *nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*¹⁰. Bien qu'il soit plus réservé que les canons, le droit civil moderne atteint lui aussi ce sanctuaire de l'intimité par l'effet de la communauté de vie des époux¹¹, qui implique la communauté de lit¹² et l'exécution du *debitum coniugale*¹³. Voilà pour les exemples frappants. Reste que l'antique conception latine était porteuse d'une idée qui traversa les siècles ; le droit doit traiter différemment l'action publique du citoyen et son intimité, cette dernière devant bénéficier d'une protection accrue. Même si elle a subi une profonde mutation, cette conception a engendré la notion de vie privée en droit civil (Section I) et celle de vie personnelle en droit du travail (Section II).

SECTION I – La vie privée, conception civiliste

2. – Notion civiliste, le droit au respect de la vie privée bénéficie d'abord au citoyen (I). Toutefois, « *citoyens dans la Cité, les travailleurs doivent l'être aussi dans leur entreprise* »¹⁴ ; il est donc normal que le droit au respect de la vie privée bénéficie également aux salariés (II).

I. La vie privée du citoyen

3. – **Emergence de la notion de vie privée.** – Les atteintes portées à l'intimité des individus crûrent avec le temps et l'affirmation de l'absolutisme monarchique dans lequel la vie de chacun était soumise au regard d'autrui. Du prince au paysan, la faculté de maintenir une part de sa vie à l'écart des yeux et du jugement d'autrui n'était pas reconnue. Il fallut attendre le XVIII^{ème} siècle pour qu'émerge la notion de vie privée telle qu'on la connaît aujourd'hui. La Révolution marqua, sous l'impulsion d'une partie de sa doctrine¹⁵, la résurgence de l'antique pensée romaine et républicaine qui instaurait une frontière entre l'intimité de l'individu et son

⁸ Code de droit canonique, Can. 1142 : Le mariage non consommé entre des baptisés ou entre une partie baptisée et une partie non baptisée peut être dissous par le Pontife Romain pour une juste cause, à la demande des deux parties ou d'une seule, même contre le gré de l'autre.

⁹ Glose, in c. 11, C. XXXIII, p. 5

¹⁰ Digeste, XXXV, I, 15 : c'est le consentement et non la copulation qui fait le mariage.

¹¹ C. Civ. art. 215

¹² Cass. 2e civ., 16 déc. 1963 ; Cass. 2e civ., 8 oct. 1964 ; Cass. 2e civ., 5 nov. 1969

¹³ Devoir conjugal

¹⁴ Selon l'expression de J. Auroux, ministre du Travail, 1981.

¹⁵ Notamment Saint-Just et Robespierre.

action dans le reste de la société¹⁶. Le développement du confort domestique et l'aspiration de la bourgeoisie à jouir d'une certaine pudeur achevèrent le processus menant à l'émergence, dans la foulée de 1789, de la notion de vie privée.

4. – Consécration de la notion de vie privée. – Le temps fut long, toutefois, entre la naissance de l'idée et la consécration de la notion de vie privée. C'est le droit pénal qui, le premier et d'une manière fort timide, consacra la notion de vie privée dans la loi du 11 mai 1868. Celle-ci punissait d'une amende contraventionnelle de cinq cent francs « *toute publication dans un écrit périodique relatif à un fait de la vie privée* »¹⁷. Le texte fut néanmoins abrogé par la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse, qui ne fit mention de la vie privée. Le droit civil ne comportait, lui non plus, aucune disposition relative à la vie privée. C'est donc sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile¹⁸ que le juge forgea la première protection de la vie privée des citoyens. C'est à l'occasion de l'affaire « Elizabeth Felix »¹⁹, dans laquelle la sœur d'une comédienne décédée intenta une action visant à faire interdire la reproduction, par un peintre, du portrait de sa sœur sur son lit de mort, que le représentant du ministère public prononça un réquisitoire célèbre : « *quelque grande que soit une artiste, quelque historique que soit un grand homme, ils ont leur vie privée distincte de leur vie publique, leur foyer domestique séparé de la scène et du forum. Ils peuvent vouloir mourir dans l'obscurité quand ils ont vécu, ou parce qu'ils ont vécu dans le triomphe* ». Les dés étaient jetés, et la jurisprudence évolua en affinant peu à peu le régime du droit au respect de la vie privée. La condition essentielle de la réparation d'une violation du droit au respect de la vie privée fut, à cette occasion, définie ; la personne qui demande réparation ne doit pas avoir donné d'autorisation expresse et non équivoque à la publication ou à la diffusion de l'information irrespectueuse. L'attitude de l'intéressé n'est donc pas un critère essentiel de la réparation²⁰. Pourtant, le droit au respect de la vie privée n'était alors expressément prévu que par des textes européens et internationaux²¹. Ce n'est qu'en 1970 que la loi consacra le droit au respect de la vie privée²² en un double volet. Un volet pénal, d'une part, sanctionnant les délits d'atteinte à la vie privée²³. Un volet civil, d'autre part, créant, dans l'article 9 du Code civil, un droit subjectif pour les citoyens et un pouvoir pour les juges. Cet article dispose que « *chacun a*

¹⁶ V. supra

¹⁷ L. du 11 Mai 1868, art. 11

¹⁸ C. Civ. art. 1382 et s.

¹⁹ Trib. civ. de la Seine, 16 Juin 1858.

²⁰ Aff. Marlène Dietrich, CA Paris, 16 mars 1955 : D. 1955, p. 295

²¹ CESDH, 4 nov. 1950, art. 8 ; PIDCP, 16 déc. 1966, art. 12 – DUDH, 10 déc. 1948, art. 12

²² L. 70-643 du 17 Juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

²³ C. Pén. art. 226-1 s.

droit au respect de sa vie privée » et que « les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes les mesures (...) propres à empêcher ou à faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ; ces mesures peuvent, s'il y urgence, être ordonnées en référé ».

5. – Définition de la notion de vie privée. – Le Code civil ne définit pas la notion de vie privée. Que recouvre-t-elle ? Il fut tout d'abord proposé de définir la vie privée par opposition à la vie publique en maintenant volontairement le flou des frontières afin d'en ménager les évolutions. On sentit pourtant que ce n'était pas là une solution satisfaisante, malgré la difficulté de l'exercice. Preuve en est, la Cour Européenne des Droits de l'Homme, fêlée de définition, estima que « *la notion de "vie privée" est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive* »²⁴. Le droit américain, pourtant, a su délimiter les contours du « *right of privacy* » ; une atteinte à la vie privée est ainsi constituée par une intrusion dans l'intimité d'une personne, par le fait présenter un individu sous un jour faux, par la révélation de faits privés sans qu'un intérêt légitime du public la justifie ou par l'utilisation de l'image d'une personne dans un but commercial sans son accord exprès²⁵. Il est également possible de définir la vie privée en droit français : c'est la sphère, protégée par loi, de l'intimité du citoyen qui regroupe son nom, son domicile, ses relations familiales, amicales, sentimentales, son corps et son esprit. De ces éléments essentiels de la vie privée découlent des éléments dérivés parmi lesquels on distingue, notamment, l'adresse, l'image, les correspondances ou la voix. Il faut, enfin, distinguer la notion même de vie privée du « droit au respect » de cette vie privée. Ce « droit au respect » se révèle être *bifrons*. Il garantit, d'une part, la pleine autonomie du cercle de la vie privée et se traduit par un droit de non-ingérence opposable, par le citoyen, à toute personne publique ou privée, morale ou physique qui tenterait de s'y insinuer²⁶. Il garantit, d'autre part, le droit du citoyen à contrôler l'accès et l'utilisation des informations qui concernent l'intimité de sa vie privée.

II. La vie privée du salarié

6. – Respect de la vie privée et relations professionnelles. – Les contours de la notion de vie privée étant désormais identifiés, il est temps d'examiner les causes et les conséquences de sa rencontre avec la vie professionnelle. Les causes de cette rencontre ne sont pas bien difficiles à

²⁴ CEDH, 8 janv. 2009, n° 29002/06, Schlumpf c/ Suisse, § 100

²⁵ Classification du doyen W. L. Prosser, *Privacy*, 48 Calif. L. Rev. 383 (1960)

²⁶ On retrouve ici la conception latine d'autonomie de l'intimité.

identifier. Aujourd'hui, les citoyens sont aussi, pour la majorité d'entre eux, des salariés liés par un contrat de travail. La vie professionnelle constitue ainsi la part essentielle de leur vie publique. Parce que le contrat de travail se caractérise par un état de subordination, et parce qu'il permet à l'employeur d'exercer, sur le salarié, un pouvoir de direction et de contrôle, la vie professionnelle peut engendrer une violation du droit au respect de la vie privée. L'essor des nouvelles technologies de l'information et de la communication fragilise encore plus la position du salarié en brouillant les frontières ; il peut alors être tout à la fois l'acteur et la victime d'une atteinte portée à son intimité. Les conséquences du choc entre vie privée et vie professionnelle peuvent être dramatiques ; elles sont de trois ordres. Le chercheur d'emploi peut, d'une part, être injustement écarté d'une offre d'emploi pour des raisons appartenant à sa vie privée²⁷. La vie privée du salarié peut, d'autre part, être atteinte pendant l'exécution du contrat de travail lorsque, par exemple, l'employeur décidera de muter ce dernier dans un autre secteur géographique. A ce titre, il faut remarquer qu'on assiste à une distorsion du principe de l'effet relatif des contrats en vertu duquel « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers* »²⁸. Les effets du contrat de travail peuvent effectivement déborder sur la famille du salarié, tiers au contrat, et entraîner un changement de domicile, élément qui appartient à la vie privée. On en vient alors au dernier cas : des éléments qui relèvent de la vie privée du salarié peuvent entraîner la rupture du contrat de travail et la perte de l'emploi.

7. – De la vie privée à la vie personnelle. – Cette situation a justifié la construction d'une protection particulière du droit au respect de la vie privée des travailleurs. Les relations professionnelles devaient pourtant pousser la notion de vie privée dans ses derniers retranchements, et la Chambre sociale se heurta à des controverses. Certains comportements accomplis par le salarié en dehors du temps et du lieu de travail ne relevaient effectivement pas de l'intimité de la vie privée dans la mesure où ils se révélaient être des comportements publics. La vie privée, notion civiliste et donc particulièrement rigoureuse, ne convenait plus à la versatilité du droit du travail. C'est pourquoi la jurisprudence travailliste inventa la notion de vie personnelle.

²⁷ V. infra

²⁸ C. Civ. Art. 1165

SECTION II – La vie personnelle, conception juslaboriste

8. – Distincte de la vie privée, la vie personnelle est une notion forgée par et pour les relations de travail. Nous en tracerons les contours (I) avant d'en distinguer les enjeux (II).

I. Les contours de la vie personnelle

9. – **Emergence de la notion de vie personnelle.** – La notion de vie personnelle émergea dès le début des années quatre-vingt dans la jurisprudence de la Chambre sociale. Elle fut d'abord employée dans le cadre du contentieux de la protection sociale, lorsque ce dernier était encore traité par la chambre sociale. La vie personnelle était alors entendue, sans autre précision, comme le parfait négatif de la vie professionnelle²⁹ ; c'était le temps pendant lequel le salarié n'était pas au travail. Elle fut ensuite évoquée dans le contentieux du travail à propos de la mobilité géographique d'une salariée « *qui mettait celle-ci dans l'impossibilité de concilier sa vie personnelle et ses obligations professionnelles* »³⁰ dans la mesure où la mutation était intervenue le jour même de la rentrée scolaire du fils de la salariée. La chambre sociale rejeta pourtant ce moyen, y opposant la clause de mobilité qui était contenue dans le contrat de travail de l'intéressée et se bornant à constater la mise en œuvre non discriminatoire de cette clause. Il fallut attendre quelques années pour que la notion de vie personnelle soit enfin consacrée dans la jurisprudence de la chambre sociale. Un gardien d'immeuble avait été licencié suite à une altercation avec un locataire de la résidence dans laquelle il était employé. L'altercation s'étant produite pendant un congé maladie du gardien, son contrat de travail s'en trouvait, par conséquence, suspendu au moment des faits qui s'étaient ainsi produits en dehors de la vie professionnelle du salarié. Il avait néanmoins été licencié pour faute lourde. La Cour d'appel, suivie par la Cour de cassation, décident que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse ; « *les agissements du salarié dans sa vie personnelle n'étaient pas constitutifs d'une cause de licenciement* »³¹. Bien que désormais consacrée dans la jurisprudence de la chambre sociale, la notion de vie personnelle cohabite toujours avec celle de vie privée, qui doit en être distinguée. Les juridictions du fond continuent encore d'utiliser les deux termes, de même que la chambre sociale. L'exemple de l'arrêt Nikon, bien ultérieur, en témoigne, la Cour décidant que « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie*

²⁹ Cass. soc. 17 Mai 1982 n° 80-16.541

³⁰ Cass. soc. 9 décembre 1992 n° 89-42.547

³¹ Cass. soc. 14 Mai 1997 n° 94-45.473

privée »³². Tant il est lié au droit civil, le droit du travail ne peut en effet s'affranchir de la notion de vie privée. Quels sont alors les liens qu'entretiennent ces deux notions, quelles en sont les consonances et les dissonances ? Un effort de définition s'impose.

10. – Définition de la notion de vie personnelle. – Selon l'expression du doyen Waquet, « *la vie privée, c'est l'intimité, c'est-à-dire le donjon spécialement protégé de la vie personnelle : le secret des correspondances, le domicile, les relations du salarié. La vie personnelle, c'est l'ensemble des actes qui ne relèvent pas de l'autorité de l'employeur, c'est au fond l'exercice de la liberté individuelle du salarié* »³³. La vie personnelle est ainsi conçue, pour reprendre l'allégorie, comme une forteresse plus vaste dont la vie privée serait l'élément central. La vie personnelle, négatif de la vie professionnelle, correspond aux périodes pendant lesquelles le salarié est préservé, sauf incursion officielle ou officieuse, du pouvoir de direction de l'employeur. Les périodes hors du temps et du lieu de travail, de temps de repos ou de temps de suspension du contrat de travail ont ainsi été qualifiées par la jurisprudence comme relevant de la vie personnelle du salarié. Certains ont pu soutenir que la vie personnelle comprenait un second volet correspondant à l'espace de liberté restant au salarié lorsque ce dernier est placé sous l'autorité de l'employeur. Il faut cependant rester prudent dans la compréhension de cette affirmation ; ces instants d'intimité au travail, touchant le plus souvent à la correspondance ou à la surveillance des salariés, ne relèvent pas de la vie personnelle mais bien, le plus souvent, de la vie privée du salarié, ainsi que le rappelle fort bien la jurisprudence Nikon³⁴. Si la notion de vie personnelle englobe bien celle de vie privée, elles ne se situent donc pas sur le même plan. Le droit au respect de la vie privée, droit de la personnalité, est d'essence civiliste ; il a donc vocation à bénéficier à chaque citoyen, peu important qu'il soit salarié ou employeur. La notion de vie personnelle, quant à elle, ne bénéficie qu'au travailleur ; c'est l'incarnation de son autonomie par rapport à l'employeur, c'est la part de la vie du salarié qui échappe, totalement ou partiellement, au lien de subordination qui caractérise le contrat de travail³⁵. Elle constitue « *beaucoup plus un vecteur du contrôle de l'autorité patronale qu'une réplique partielle des droits fondamentaux de la personne* »³⁶, c'est là tout son intérêt.

³² Cass. soc. 2 octobre 2001, n° 99-42.942

³³ P. Waquet, le « trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à redéfinir, RDT 2006, p. 304

³⁴ Cass. soc. 2 octobre 2001, n° 99-42.942

³⁵ P. Waquet, « la vie personnelle du salarié », Mélanges en l'honneur de J. M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 513.

³⁶ A. Lyon-Caen et I. Vacarie, « droits fondamentaux et droit du travail », Mélanges en l'honneur de J. M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 421.

11. – Intérêt de la notion de vie personnelle. – La notion de vie personnelle est ainsi conçue comme l'une des bornes générales du pouvoir de direction de l'employeur. Elle possède un intérêt essentiel : préserver, de l'influence du pouvoir de direction et du lien de subordination, des faits extérieurs à la vie professionnelle ne relevant pourtant pas de la vie privée. En de nombreuses occasions, la pertinence de cette notion s'est vérifiée. C'est, d'une part, le cas de l'altercation du gardien d'immeuble avec un locataire, altercation qui, par son caractère public avéré, ne relevait pas de la vie privée³⁷. C'est, d'autre part, le cas de l'incarcération d'un salarié³⁸. C'est, enfin, le cas de l'adhésion du salarié à un syndicat qui, en raison de la nature publique et politique de l'engagement syndical, ne relève pas de la vie privée³⁹ du salarié mais bien de sa vie personnelle⁴⁰. Ce dernier exemple révèle une dimension particulière de la vie personnelle : la « vie privée professionnelle »⁴¹. Cette expression est paradoxale puisque la vie professionnelle n'appartient pas à l'intimité de la vie privée. Elle est pourtant révélatrice de l'imbrication croissante entre vie personnelle et vie professionnelle. Ce brouillage des frontières est l'un des enjeux les plus délicats de notre sujet.

II. Les enjeux de la vie personnelle

12. – Articulation entre vie personnelle et vie professionnelle. – La nature du travail favorisait, naguère, le maintien des frontières entre vie personnelle et vie professionnelle. La tertiarisation croissante des activités, ainsi que l'introduction des nouvelles technologies de l'information et de la communication, ont bouleversé l'équilibre entre l'intimité et la carrière des salariés. Pour beaucoup d'entre eux, comme pour beaucoup d'employeurs, il est désormais normal qu'il y ait de la vie personnelle au travail, et du travail dans la vie personnelle. L'influence croisée du développement de certaines méthodes « managériales » invasives et d'un contexte économique difficile a eu pour conséquence de rendre toujours plus difficile l'articulation entre vie personnelle et vie professionnelle. La loi, le juge et les partenaires sociaux se doivent de considérer cette problématique et d'y apporter des solutions. Le bloc de constitutionnalité illustre, au plus haut niveau de la hiérarchie des normes, la compensation qui doit être opérée entre le devoir de travailler⁴² et la garantie, due par la Nation à chaque citoyen,

³⁷ Cass. soc. 14 Mai 1997 n° 94-45.473, op. cit.

³⁸ Cass. soc. 21 novembre 2000 n° 98-41.788

³⁹ V. infra le débat à ce sujet.

⁴⁰ Cass. soc. 8 Juillet 2009 n° 09-60.011

⁴¹ V. CEDH, 3 Avril 2007, JDI 2008, 808.

⁴² Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 5

de bénéficier d'un repos, de loisirs⁴³ et des conditions nécessaires au développement de la famille⁴⁴. La loi sociale hérite ainsi la charge de prévoir des mesures propres à ménager l'équilibre entre ces deux exigences constitutionnelles. L'essentiel de ces mesures est contenu dans les dispositions relatives au temps de travail, de repos et de congé, auxquelles la jurisprudence, tant européenne que nationale, et les partenaires sociaux apportent un précieux complément. Elle est également assurée par les dispositions relatives aux droits et libertés dans l'entreprise.

13. – Liberté des salariés et intérêt de l'entreprise. – Ainsi que l'exprimait le Professeur Savatier, « *le travailleur n'aliène pas sa personne. Il n'en abandonne pas la direction à l'employeur. Il ne se soumet à la volonté de celui-ci que pour l'accomplissement de la tâche définie au contrat. En dehors de ce domaine, il conserve sa liberté* »⁴⁵. Or, si la liberté des salariés n'était auparavant pas contestée, le pouvoir de direction de l'employeur jouissait d'une conception extensive à un point tel que la vie privée et la vie extraprofessionnelle des salariés étaient presque immédiatement mises en cause lorsqu'elles contariaient l'intérêt de l'entreprise. Loi, jurisprudence et doctrine produisirent un effort commun pour rétablir l'équilibre. Les lois Auroux, et particulièrement celle « *relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise* »⁴⁶, firent un premier pas vers cet objectif en reconnaissant les libertés individuelles des salariés, en encadrant le règlement intérieur⁴⁷ et en créant un véritable droit disciplinaire. Suivirent le rapport de Gérard Lyon-Caen⁴⁸ et la mise en œuvre de ses recommandations dans la loi relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage⁴⁹. Cette loi introduisit dans le Code du travail la règle selon laquelle « *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* »⁵⁰, qui constitue l'épine dorsale de la protection des libertés dans l'entreprise. La logique adoptée dans ce texte est fidèle à la tradition juslaboriste, qui s'emploie à fonder une association réciproquement profitable entre des intérêts effectivement ou apparemment inconciliables. Cette voie fut également celle de la jurisprudence, qui affirma que le lien de subordination ne devait pas avoir pour effet d'éradiquer les libertés du salarié, *a*

⁴³ Ibid., al. 11

⁴⁴ Ibid., al. 10

⁴⁵ J. Savatier, Dr. soc. 1990, p. 51

⁴⁶ L. n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise.

⁴⁷ Intégrant notamment la solution de l'arrêt Corona : CE, 1^{er} Février 1980 n° 06361.

⁴⁸ G. Lyon-Caen, les libertés publiques et l'emploi, 1992, *op. cit.*

⁴⁹ L. n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage.

⁵⁰ C. trav. art. L. 1121-1

fortiori lorsque ce dernier se trouve hors du temps et du lieu de travail. Toutefois, si les prétoires forgèrent une jurisprudence garantissant l'autonomie de la vie personnelle, ils s'employèrent également à prendre en compte et à protéger les intérêts de l'entreprise lorsque le comportement du salarié, bien que relevant de sa vie personnelle, y portait atteinte⁵¹. Cette prise en compte s'avérant de plus en plus efficace, il faut garder à l'esprit que le traitement de la vie privée et de la vie personnelle dans le droit des relations de travail soulève un triple enjeu.

14. – Triple enjeu. – La préservation du droit des travailleurs au respect de leur vie privée, personnelle et familiale, est d'abord un enjeu social pour la République et pour les partenaires sociaux. Pour la République, car elle doit garantir l'application de sa Loi, et préserver de toute atteinte injustifiée la vie privée de ses citoyens salariés. Pour les partenaires sociaux, car ils doivent garantir le respect du droit des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail⁵², favorisant ainsi la mise en place de dispositifs permettant de faciliter l'articulation entre vie personnelle et vie professionnelle. L'enjeu est ensuite économique, pour les entreprises. Ces dernières comprennent davantage qu'une politique de ressources humaines soucieuse de maintenir un juste équilibre entre l'intérêt de l'entreprise, le respect de l'intimité et des responsabilités familiales des salariés crée un environnement de travail propice au développement de l'activité, de la productivité des travailleurs et, par conséquent, de l'entreprise. L'enjeu est enfin, et surtout, symbolique : quelle place pour la vie de famille et le développement de l'individu face à la course toujours plus frénétique vers le profit ? L'internationalisation des échanges a fait rentrer dans nos mœurs une conception largement plébiscitée par les jeunes générations de cadres, dans laquelle l'individu doit tout donner pour son entreprise, le succès de celle-ci déterminant la réussite de celui-là. Ne commettons pas le crime de jeter dans l'oubli près de quatre millénaires de sagesse gréco-latine, desquels notre civilisation est issue. Le citoyen y assumait un double devoir, celui d'un rude labeur pour le salut de la Cité, et celui d'une tendre dévotion pour le salut de ses proches. Ainsi garde-t-on le souvenir d'un consul de Rome qui, après avoir assumé la charge de l'Etat et dissipé le risque de la guerre, retourna dans sa ferme prendre soin de sa famille et de sa terre ; c'est le souvenir du vieux *Cincinnatus*.

15. – Nous étudierons la vie privée et la vie personnelle dans les relations individuelles (Titre I), puis dans les relations collectives de travail (Titre II).

⁵¹ V. le récent exemple de l'arrêt Air Tahiti Nui, Cass. soc. 27 Mars 2012 n° 10-19.915

⁵² Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 8

TITRE I – Vie privée et vie personnelle dans les relations individuelles de travail

16. – Liberté contre pouvoir. – « *L'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits* »⁵³. Si l'employeur personne physique et le salarié disposent tous deux du droit au respect de leur vie privée, personnelle et familiale, le pouvoir de l'un ne peut avoir pour effet d'entraver la liberté de l'autre. En ce sens, gardons à l'esprit que la *citoyenneté* précède la *subordination*. L'équilibre doit être entretenu lors de la conclusion (Chapitre I), de l'exécution (Chapitre II) et de la rupture (Chapitre III) du contrat de travail.

CHAPITRE I – Conclusion du contrat de travail

17. – Le droit du citoyen à mener une vie personnelle est éprouvé avant même la naissance de la relation de travail, tant au stade de la recherche du contrat de travail (Section I) que de sa préparation (Section II).

SECTION I – Recherche du contrat de travail

18. – Droits et devoirs des demandeurs d'emploi. – Au cours des dernières années s'est affirmée une politique gouvernementale d'incitation des chômeurs au retour dans l'emploi. Trouvant écho dans la loi⁵⁴, cette politique soulève la question de la prise en compte du droit au respect de la vie personnelle du chômeur dans l'encadrement institutionnel de sa recherche d'emploi. Ainsi, de la situation personnelle du chômeur il sera tenu compte, tant dans l'élaboration du projet personnalisé d'accès à l'emploi (I) que dans la définition d'une offre raisonnable d'emploi (II).

I. Projet personnalisé d'accès à l'emploi

19. – Définition. – Le projet personnalisé d'accès à l'emploi est un document établi conjointement entre le demandeur d'emploi et Pôle emploi (ou l'organisme ayant reçu délégation à cet effet). Il détaille les mesures que Pôle emploi s'engage à mettre en œuvre pour

⁵³ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 Août 1789, art. 4.

⁵⁴ L. 2008-758 du 1^{er} Août 2008 relative aux droits et aux devoirs des demandeurs d'emploi.

favoriser le retour à l'emploi du chômeur ainsi que le champ de sa recherche d'emploi. Si tout demandeur d'emploi possède la faculté de former un projet personnalisé d'accès à l'emploi, il faut néanmoins préciser que son élaboration est rendue obligatoire pour « *le demandeur d'emploi immédiatement disponible pour occuper un emploi* »⁵⁵.

20. – Disponibilité immédiate pour occuper un emploi. – Le Code du travail considère comme immédiatement disponible pour occuper un emploi « *la personne qui n'exerce aucune activité professionnelle, qui ne suit aucune action de formation professionnelle et dont la situation personnelle lui permet d'occuper sans délai un emploi* »⁵⁶. De cette manière, la prise en compte de la situation personnelle du demandeur d'emploi a pour effet de le faire basculer dans la catégorie des personnes soumises – ou non – à l'obligation d'élaborer un projet personnalisé d'accès à l'emploi. L'objectif d'une telle considération est clair : le demandeur d'emploi doit être en mesure d'accepter la ou les offres raisonnables d'emploi qui lui seront proposées.

II. Offre raisonnable d'emploi

21. – Situation personnelle du demandeur d'emploi. – Le projet de recherche étant, à juste titre, *personnalisé*, il tient compte du profil de chaque demandeur d'emploi. Le but est de trouver un juste équilibre entre le respect de la situation personnelle du chômeur et le respect de son devoir constitutionnel de travailler⁵⁷. Dans cette logique, le caractère raisonnable – ou non – de l'offre d'emploi sera déterminé à la lumière de « *la nature et des caractéristiques de l'emploi ou des emplois recherchés, la zone géographique privilégiée et le salaire attendu* »⁵⁸. La définition du champ de recherche d'emploi tient également compte, entre autres critères, de la situation personnelle et familiale⁵⁹ du bénéficiaire du projet personnalisé d'accès à l'emploi. L'application de ces dispositions légales n'est pas sans susciter quelques interrogations. D'une part, comment la situation personnelle et familiale du demandeur d'emploi est-elle réellement prise en compte ? La Délégation Générale à l'Emploi et à la Formation Professionnelle estime pour sa part que la situation personnelle du bénéficiaire « *permet d'apprécier, en plein accord avec le demandeur d'emploi, ses éventuelles difficultés de*

⁵⁵ C. trav. art., L. 5411-6.

⁵⁶ C. trav. art., R. 5411-9.

⁵⁷ Préambule de la Constitution du 27 Octobre 1946, al. 5.

⁵⁸ C. trav. art., L. 5411-6-2.

⁵⁹ C. trav. art., L. 5411-6-1.

mobilité »⁶⁰. Elle précise également que la prise en compte du « *profil familial* » du demandeur d'emploi doit pouvoir permettre de redéfinir le champ de la recherche d'emploi, donc le caractère raisonnable de l'offre au regard des horaires ou de la pénibilité de l'emploi proposé. Mais d'autre part, *quid* de la prise en compte de ces critères lors de l'actualisation périodique du projet personnalisé d'accès à l'emploi ? En effet, lorsque l'individu est inscrit depuis plus de six mois sur la liste des demandeurs d'emploi, « *est considérée comme raisonnable une offre d'emploi entraînant, à l'aller comme au retour, un temps de trajet en transport en commun, entre le domicile et le lieu de travail, d'une durée maximale d'une heure ou une distance à parcourir d'au plus trente kilomètres* ». La pondération établie de gré à gré entre le conseiller et le demandeur d'emploi doit-elle alors s'effacer devant la rigueur de la loi ? Il semble que oui, la DGEFP ne faisant point mention d'une telle exception. Reste néanmoins qu'un *aequilibrium*⁶¹ essentiel doit être réalisé entre le devoir de travailler et l'assurance, due par la Nation, des conditions nécessaires au développement de l'individu et de la famille⁶².

22. – On voit donc que la recherche du contrat de travail donne l'occasion de quelques frictions pour la vie personnelle du demandeur d'emploi. Ces frictions vont croissant à mesure que l'on se rapproche du cœur contractuel de la relation de travail. Une première illustration nous en sera fournie à l'occasion de la formation du contrat de travail.

SECTION II – Formation du contrat de travail

23. – La formation du contrat de travail suppose la rencontre entre le demandeur d'emploi et le potentiel employeur, ce dernier bénéficiant du droit de choisir librement son cocontractant⁶³. Parce que le chef d'entreprise est naturellement enclin à vouloir disposer d'un maximum d'informations sur le candidat à l'emploi⁶⁴, la phase de recrutement peut s'avérer périlleuse pour l'intimité de ce dernier. Elle a nécessité la construction d'une protection juridique de la vie privée du candidat à l'emploi (I) se traduisant par la prohibition de certaines investigations (II).

⁶⁰ Circ. DGEFP n° 2008-18 du 5 novembre 2008 relative à la mise en œuvre du projet personnalisé d'accès à l'emploi et à l'offre raisonnable d'emploi.

⁶¹ Du latin impérial « *aequus* » (égal) et « *libra* » (balance), nous l'employons pour évoquer un équilibre *en droit*.

⁶² Préambule de la Constitution du 27 Octobre 1946, al. 10.

⁶³ CC, 20 Juillet 1988, Dr. soc. 1988, p. 762 : les sages ont reconnu le principe du libre choix du salarié par le chef d'entreprise.

⁶⁴ V. en ce sens : B. TEYSSIE, Personnes, entreprises et relations de travail, Dr. soc. 1988, p. 375

I. Construction d'une protection juridique de la vie privée du candidat à l'emploi

24. – Influences civilistes. – Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun⁶⁵. Parmi ces règles se trouve le principe civiliste selon lequel « *chacun a droit au respect de sa vie privée* »⁶⁶. Ce principe, qui irrigue toute la vie du contrat de travail, s'exprime au moment de sa formation lors de la phase de recrutement qui consiste, pour le chef d'entreprise, à rechercher et à sélectionner par lui-même ou par voie d'intermédiaire des personnes susceptibles d'occuper un emploi déterminé au sein de l'entreprise.

25. – Dérives de la pratique. – L'opération de recrutement peut devenir un terreau propice à la violation, par l'employeur ou le cabinet de recrutement, du cercle de la vie privée du candidat. La pratique a révélé de nombreux abus par l'emploi de techniques hasardeuses ou insidieuses. Ainsi pouvait-on observer des recruteurs se permettant de demander aux candidats s'ils étaient ou non syndiqués ou si, après le travail, il leur arrivait d'en discuter avec leurs amis. Face à ces usages, ni les textes généraux évoqués précédemment, ni l'action de la Chambre sociale ne purent rien. Cette dernière estimait que « *les renseignements demandés lors de l'embauche ont pour but d'apprécier les qualités du salarié [...] pour l'emploi sollicité par lui et ne peuvent concerner des domaines sans lien direct avec l'activité professionnelle* »⁶⁷.

26. – Émergence d'une législation protectrice. – La volonté de garantir la personnalité et la vie privée du candidat à l'emploi en restreignant le champ d'investigation du recruteur fut, après la publication du rapport de Gérard Lyon Caen⁶⁸, au cœur de la loi de décembre 1992⁶⁹ insérant dans le Code du travail des dispositions spécifiques protégeant la vie privée des candidats.

27. – Dispositif légal de protection de la vie privée du candidat à l'emploi. – La loi sociale prévoit désormais que « *les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, aux candidats à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct est nécessaire avec l'emploi proposé ou l'évaluation des attitudes professionnelles.* »⁷⁰.

⁶⁵ C. trav. art. L. 1221-1

⁶⁶ C. Civ. art. 9

⁶⁷ Cass. soc. 17 octobre 1993, JCP 1009 174.11.17.698, note Y. Saint-Jours.

⁶⁸ G. LYON-CAEN, Les libertés publiques et l'emploi, Rapp. La documentation française, 1992, n° 27)

⁶⁹ L. n° 92-1446 du 31 décembre 1992

⁷⁰ C. trav. art. L. 1221-6

La demande d'informations aux candidats est ainsi encadrée par une double exigence de finalité et de pertinence⁷¹ ayant pour effet d'écartier du champ des investigations toutes celles qui porteraient sur la vie extra-professionnelle du candidat.

II. Prohibition des investigations insidieuses

28. – Principe. – La vie extra professionnelle des candidats est protégée par la double finalité de nécessité et de pertinence des informations qui leur sont demandées, mais également par les règles anti discrimination⁷². De cette conjugaison, il résulte que le recruteur ne peut obtenir certaines informations de la part du candidat ou sur lui ; ce candidat bénéficie par ailleurs du droit de « garder le silence » - voire du droit de mentir sous certaines conditions qu'il convient d'examiner en détail selon le champ de la vie personnelle considéré : santé du candidat, convictions politiques, religieuses ou syndicales, origine ethnique, état de grossesse.

29. – Informations relatives à la santé du candidat. – La compréhension des enjeux de cette protection suppose préalablement celle d'un paradoxe. En effet, d'un côté le candidat est bien en droit de préserver son état de santé hors le regard du recruteur, mais d'un autre côté, force est de constater que ce même recruteur devra prendre en compte l'état de santé du candidat devenu salarié dans ses décisions, notamment pour s'acquitter de son obligation d'assurer l'adaptation du poste de travail du salarié à son état de santé. On peut également envisager que, pour certains postes exigeant une condition physique solide, le recruteur puisse s'assurer de ce point préalablement à l'embauche. Le droit a donc été mis à l'épreuve d'un équilibre délicat.

À cet égard le choix fait est radical : le recruteur ne dispose d'aucun droit d'accès à une quelconque information de nature médicale sur le candidat. Ici, le champ de l'intimité est hermétique dans sa dimension pathologique. Le recruteur ne peut et ne doit s'intéresser qu'aux capacités professionnelles du candidat, ce qui – à titre d'exemple – l'empêche ne serait-ce que de demander un certificat médical lors de l'entretien d'embauche. Corrélativement, le candidat peut s'abstenir de délivrer toute information sur son état de santé ; il peut même mentir à ce propos sans qu'un tel comportement puisse être qualifié de dol⁷³.

Dans cette construction, le médecin du travail est donc le seul à pouvoir apprécier l'état de santé du candidat lors de l'examen médical d'embauche. La Chambre sociale estime ainsi que « *les renseignements relatifs à l'état de santé du candidat à un emploi ne peuvent être confiés*

⁷¹ V. en ce sens, J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, Précis de Droit du travail, 2012, p. 165

⁷² C. trav. art. L.1132-1

⁷³ V. en ce sens, S. BOURGEOT, P.- Y. VERKINDT, la maladie du salarié au prisme de la distinction de la vie personnelle et de la vie professionnelle, Dr. soc. Janvier 2010, n° 1, p. 56

qu'au médecin chargé, en application de l'article R. 241-48 du Code du travail, de l'examen médical d'embauche »⁷⁴. Mais parce que cette visite médicale doit se tenir avant l'embauche et au plus tard avant la fin de la période d'essai, on peut concevoir les difficultés qui pourraient surgir si une visite médicale d'embauche opérée pendant la période d'essai – c'est-à-dire postérieurement à la prise de fonction du candidat – devait faire apparaître un état de santé ou un handicap nécessitant l'adaptation du poste de travail. Ainsi, la Cour affirmait que « lorsque l'employeur décide que le salarié recruté avec une période d'essai prendra ses fonctions avant l'accomplissement de cet acte médical, il ne peut se prévaloir d'un prétendu dol du salarié quant à son état de santé ou à son handicap, que ce dernier n'a pas à lui révéler »⁷⁵. L'employeur serait alors contraint de procéder à ces ajustements sans pouvoir mettre fin au contrat de travail, au risque pour lui que la rupture soit requalifiée en licenciement nul.

On voit donc que la protection absolue de l'état de santé du candidat peut s'avérer épineuse pour le recruteur si ce dernier ne prend pas toute la mesure du rôle qui est dévolu au médecin du travail dans cette situation. D'un autre côté, au médecin du travail d'effectuer la visite médicale d'embauche en pleine connaissance de la situation du candidat et des caractéristiques de l'emploi brigué pour éviter que l'on ne se retrouve dans le cas d'un salarié ayant déjà pris ses fonctions sans qu'il ait pour autant la capacité physique de les assumer effectivement. On peut s'étonner d'une construction à ce point intransigeante dans la mesure où le droit permet une certaine souplesse de la prise en compte, par le recruteur, d'autres données sensibles ayant trait à la vie personnelle du candidat.

30. – Investigations relatives aux convictions religieuses, politiques et syndicales. – La prise en compte de la religion du candidat est en principe également interdite lors du recrutement. La CNIL avait ainsi préconisé de ne pas insérer, dans les questionnaires de recrutement, de questions relatives à l'appartenance du candidat à des « groupes, club ou organisation » dans la mesure où de telles questions sont de nature à amener le candidat à faire état de son appartenance religieuse⁷⁶. On peut cependant concevoir quelques exceptions à cette obligation de non prise en compte de la religion du candidat dans les « entreprises de tendance ». En effet, parce que l'objet même de ces organisations intègre leur particularisme idéologique, politique ou religieux, le recrutement tout comme le licenciement peuvent y obéir à des règles qui seraient par ailleurs illicites. Ainsi, une association catholique pourrait demander aux candidats à l'emploi si ces derniers sont baptisés ou non. Une telle situation

⁷⁴ Cass. soc. 21 septembre 2005, n° 03-44. 855

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ CNIL, rapport annuel 1988.

serait inenvisageable en dehors de ce cadre particulier. Bien que forcément discriminatoire au sens de l'article L. 1132-1 du Code du travail, un tel dispositif d'exception ne semble pourtant pas incompatible avec les dispositions de l'article L. 1221-6 du même code dans la mesure où les informations qui sont recherchées présentent un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé par l'entreprise de tendance. Les mêmes solutions s'appliquent en matière syndicale et politique. Ces informations n'ont pas à être recherchées lorsqu'elles ne sont ni nécessaires ni pertinentes au regard de l'emploi recherché.

31. – Investigations relatives à la situation familiale du candidat. – Bien qu'un candidat ne puisse être écarté d'une embauche en raison de sa situation de famille, le droit autorise la prise en compte de certaines informations à caractère familial. Il en va ainsi dans les questionnaires de recrutement interrogeant le candidat sur sa situation « célibataire » ou « en couple ». En revanche, le recruteur ne peut prétendre à plus de détails. Des demandes analogues mais trop précises ont ainsi été exclues par la CNIL⁷⁷ comme la date du mariage, la situation du couple ou bien encore le nombre d'enfants à charge. Dans la même logique, il est interdit au recruteur de considérer l'état de grossesse d'une femme et de faire des recherches sur ce sujet pour en faire influencer le résultat, de quelque manière que ce soit, sur le processus de recrutement⁷⁸.

32. – Tempéraments à la protection. – Si la protection de la vie personnelle du candidat à l'emploi est conçue de manière assez vaste, elle peut exceptionnellement souffrir de quelques tempéraments dans les entreprises de tendance. N'oublions pas non plus qu'il reste tout à fait possible au recruteur de prendre en compte des informations à caractère personnel dans la stricte mesure où ces informations sont à la fois nécessaires et pertinentes à l'examen des aptitudes professionnelles tout en restant en lien direct avec l'emploi proposé. La marge de manœuvre est donc étroite pour l'employeur ; elle n'en demeure pas moins réelle. Corrélativement, la vie personnelle du candidat jouit d'une protection efficace à condition de ne pas la détériorer en offrant, par l'intermédiaire des réseaux sociaux et autres médias, un regard ouvert sur des informations personnelles normalement inaccessibles au recruteur. *De non vigilantibus non curat praetor*⁷⁹.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ C. trav. art. L. 1225-1

⁷⁹ Loc. latine : le juge n'a cure des étourdis ou, plus largement, la protection du Droit n'est pas due aux insouciantes.

33. – Conclusion. – La protection de la vie personnelle du candidat à l'emploi procède donc en droit français d'un équilibre entre les textes spéciaux sur le recrutement et les règles générales prohibant la discrimination, équilibre qui se traduit par un « droit à l'indifférence »⁸⁰ au bénéfice du candidat. Ce constat nous amène à formuler deux séries de remarques. D'une part, l'état actuel du droit permet selon nous, par le jeu implicite de la règle *specialia generalibus derogant*⁸¹, une prise en compte d'informations discriminatoires relevant de la vie personnelle du candidat artificiellement justifiée par la « tendance » de la structure qui recrute. Une telle interprétation peut néanmoins s'avérer dangereuse dans la mesure où elle induit un amalgame entre l'exigence d'un lien direct et nécessaire avec *l'emploi* proposé et celle – factice – d'un lien direct et nécessaire avec la *structure* pourvoyeuse d'emploi. Selon nous, un tel amalgame n'est en rien permis par le droit, même pour l'entreprise de tendance. Il nous semble au contraire que les règles applicables au recrutement doivent être cumulées avec les règles interdisant la discrimination. À titre d'exemple, le droit fédéral américain exige ce strict cumul du caractère non discriminatoire de l'information demandée et de sa justification au regard de la nature de l'emploi⁸². D'autre part, *quid* de la sanction applicable à la violation des règles protectrices de la vie personnelle du candidat à l'emploi ? Bien que l'employeur – ou le cabinet de recrutement – soit responsable des méthodes de recrutement utilisées, les textes mettent actuellement le candidat malheureux dans une situation délicate. En effet, si l'on se place sur le terrain des règles spéciales applicables au recrutement, aucune sanction n'est prévue pour le non-respect des articles L. 1221-6 et suivants du Code du travail. En revanche, si l'on se place sur le terrain de la discrimination, on se retrouve face au jeu de la règle suivante : « *toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre est nul* »⁸³. Pour deux raisons, cette sanction s'avère inutile pour le candidat lésé. Tout d'abord, ainsi qu'il ressort de sa formulation, ce texte n'est applicable qu'aux salariés déjà titulaires d'un contrat de travail et non aux candidats à la recherche d'un contrat de travail. Il faut ensuite remarquer que la nullité ne pouvant réparer qu'une commission, elle se retrouve ici sans effet ; la violation de la loi a eu pour conséquence d'empêcher la conclusion du contrat de travail et l'on ne peut annuler ce qui ne s'est jamais produit. Se heurtant à la liberté de gestion de l'employeur, il ne reste plus au candidat que la voie du droit commun de la responsabilité pour obtenir réparation du préjudice résultant de la mise à l'écart d'une procédure de recrutement pour un motif discriminatoire ou sans rapport avec la nature de l'emploi proposé. Reste enfin une dernière piste à envisager, celle de l'action des syndicats en défense de l'intérêt collectif de

⁸⁰ C. RADE, amour et travail, retour sur un drôle de ménage, Dr. soc. n° 1, janvier 2010, p. 35

⁸¹ La règle spéciale déroge à la règle générale.

⁸² Ambassade de France aux Etats-Unis, Droit du travail aux États-Unis, missions économiques, 2007, p. 3.

⁸³ C. trav. art. L. 1132-4

la profession. Les organisations syndicales pourraient effectivement saisir les tribunaux civils sur ce fondement en invoquant le préjudice né de la violation des articles L. 1221-6 et suivants du Code du travail. Une telle démarche fournirait l'opportunité aux tribunaux de forger une jurisprudence établissant, enfin, une sanction claire et adaptée à la violation du droit au respect de la vie privée du candidat à l'emploi lors de la phase préliminaire à l'exécution du contrat de travail.

CHAPITRE II – Exécution du contrat de travail

34. – Dans le cadre de l'exécution du contrat de travail, les points de rencontre entre vie privée, vie personnelle et vie professionnelle sont légion. Ils peuvent être abordés d'une manière classique (Section I) ou d'une manière élargie (Section II).

SECTION I – Approche classique de la vie personnelle pendant l'exécution du contrat de travail

35. – Une approche classique induit l'étude de la vie personnelle, pendant l'exécution du contrat de travail, au travers du prisme des normes du travail (Sous-section I) puis du pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur (Sous-section II).

SOUS SECTION I – Respect de la vie personnelle dans les normes du travail

36. – Nous étudierons le respect de la vie sentimentale et familiale (I), du domicile (II) et de la personne du salarié (III) dans les normes du travail.

I. Vie sentimentale et familiale

37. – Vie conjugale. – En application du principe de proportionnalité, la jurisprudence estime que, la liberté de se marier étant une liberté d'ordre public, l'employeur ne peut y porter atteinte « *que dans les cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement* »⁸⁴. Sur le fondement de ce principe et suivant un raisonnement identique, les juges ont condamné la présence d'une clause de célibat, tant dans le contrat de travail⁸⁵ que

⁸⁴ Cass. Ch. mixte 17 octobre 1975 n° 72-40.239

⁸⁵ Cass. soc. 07 février 1968, n° 65-40.622

dans le règlement intérieur⁸⁶. Cette interdiction doit être entendue largement. Ainsi, porterait une atteinte excessive au droit de mener une vie privée et familiale l'interdiction du mariage entre salariés et l'interdiction d'épouser une personne divorcée⁸⁷.

38. – Vie familiale. – La même prohibition s'applique aux clauses du contrat de travail et du règlement intérieur qui porteraient une atteinte disproportionnée au droit du salarié à mener une vie familiale normale. A ainsi été sanctionnée une clause de règlement intérieur interdisant aux vendeuses et aux caissières d'un établissement d'accepter le passage des membres de leurs familles à leurs caisses⁸⁸.

II. Domicile

39. – Le droit de mener une vie privée et personnelle implique de pouvoir choisir librement son domicile. Néanmoins, dans la mesure où elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée au but recherché compte-tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, l'employeur peut apporter une restriction à cette liberté. Cette restriction peut se traduire de différentes manières.

40. – Clause de résidence. – Elle est à distinguer de la clause de mobilité en ce qu'elle n'impose aucun nomadisme au salarié, mais bien une sédentarisation. Une telle clause peut valablement être stipulée dans le contrat de travail lorsqu'elle est nécessaire et justifiée par les fonctions du salarié, proportionnée au but recherché, explicite⁸⁹ et assortie d'une « *contrepartie sérieuse* »⁹⁰ à l'instar de la clause de non-concurrence. Dans ce cas, il appartiendra toujours à l'employeur de démontrer le caractère indispensable de la clause de résidence. Ce point renvoyant à des considérations fort casuistiques, les juges du fond exercent un contrôle parfois fluctuant sur la validité – ou non – de la clause. Avait ainsi été déclarée licite la clause de résidence « *inscrite dans le contrat de travail d'un salarié engagé en qualité de chef d'agence d'un organe de presse dès lors que la mission de celui-ci s'exerçait sur un vaste secteur géographique et nécessitait une disponibilité de tous les instants pour répondre aux exigences imprévisibles de l'actualité et aux sollicitations des acteurs de la vie locale. La nature de cette mission exigeait en effet que l'intéressé ait sa résidence en un lieu suffisamment proche de*

⁸⁶ Cass. soc. 10 juin 1982, n° 80-40.929

⁸⁷ Circ. DRT 5-83 du 15 mars 1983 n° 1242 : BOMT n° 83/16

⁸⁸ CE 9 décembre 1994, n°119233

⁸⁹ CA Pau 28 juillet 2009, n° 07-3974, ch. soc. SA SBM Vente France export implants c/ Aumont

⁹⁰ Cass. soc. 12 novembre 2008, n° 07-42.601

l'agence qu'il dirigeait. Par conséquent, ladite clause emportait une restriction au libre choix du domicile, proportionnée au but recherché, compte-tenu des nécessités inhérentes à la profession de journaliste et à l'étendue sa mission et elle était indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise »⁹¹. Avait en revanche été déclarée illicite la clause obligeant un avocat à fixer son domicile au lieu d'implantation du cabinet dans la mesure où elle était fondée sur la seule nécessité d'une « bonne intégration de l'avocat dans l'environnement local »⁹². Il ressort également de la jurisprudence que la nécessité de la clause de résidence ne peut être révélée par des circonstances extérieures au contrat de travail ou à l'entreprise dans laquelle il est exécuté. Ainsi, un employeur ne pourrait justifier une telle clause au motif que son assureur lui impose le déménagement du salarié⁹³. Enfin, à défaut de toute clause de résidence, le choix du domicile du salarié ne doit pas avoir pour effet de le priver du temps utile qu'il doit consacrer à son travail⁹⁴.

41. – Clause de mobilité. – La mise en œuvre de la clause de mobilité peut induire un changement de domicile pour le salarié. La jurisprudence précise qu'il appartient « *aux juges du fond de rechercher si la mise en œuvre d'une clause de mobilité ne porte pas atteinte au droit du salarié à une vie personnelle et familiale et, dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché* »⁹⁵. Si les juges du fond ont toute licence pour apprécier les faits, on peut remarquer que la Chambre sociale opère un contrôle de proportionnalité renforcé. Elle n'hésite pas à casser les décisions rendues par les juges du fond lorsque ces derniers n'ont pas suffisamment pris en compte l'environnement familial du salarié, soit que la mise en œuvre de la clause de mobilité remet en jeu les « *conditions d'accueil* » des enfants du salarié⁹⁶, soit que les juges du fond n'eussent pas bien considéré le fait que la salariée « *faisait valoir qu'elle était veuve et élevait seule deux jeunes enfants* »⁹⁷.

⁹¹ CA Dijon, 16+ décembre 2004, n° 04-2433, ch. soc., Baudrier c/ SA Le Bien public

⁹² Cass. soc. 12 juillet 2005, n° 04-13.342 ; Cass. soc. 7 mars 2007, n° 05-21.017 et Civ. 1ère 7 février 2006, n° 05-12.113

⁹³ Cass. soc. 23 septembre 2009, n° 08-40.434

⁹⁴ CA Toulouse 20 décembre 2001, n° 01-2027, SA Medical Equipment International c/ Castro

⁹⁵ Cass. soc. 14 octobre 2008, n° 07-40.523

⁹⁶ Cass. soc. 23 mars 2011, n° 09-69.127

⁹⁷ Cass. soc. 13 janvier 2009, n° 06-45.562

42. – Usage du domicile. – L’usage du domicile, bien que relevant par essence de la vie privée du salarié, peut également être affecté par le travail. Outre que cette affectation puisse venir des conditions de travail⁹⁸, elle peut aussi découler du contrat de travail ou du règlement intérieur. Là encore, des restrictions à l’usage du domicile ne peuvent être apportées au salarié que dans la mesure où elles sont justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but recherché. A cet égard, le règlement intérieur d’un établissement spécialisé dans l’accueil de mineurs en difficulté pourrait interdire aux membres du personnel éducatif de recevoir à leur domicile un des enfants placés dans l’établissement⁹⁹.

43. – Adresse du salarié. – L’adresse personnelle du salarié jouit d’une protection en demi-teinte. D’une part, sur le fondement de l’obligation de bonne foi¹⁰⁰, le salarié est tenu de communiquer son adresse – et éventuellement celles de ses résidences successives – à son employeur¹⁰¹. D’autre part, l’employeur ne pourrait communiquer l’adresse personnelle du salarié à un tiers sans commettre une atteinte à la vie privée du salarié¹⁰². Deux exceptions semblent toutefois se dégager. Ainsi, ne commettrait aucune atteinte à la vie privée l’employeur qui communiquerait l’adresse personnelle du salarié avec l’accord de ce dernier. Il semble enfin que la communication de l’adresse personnelle du salarié, sans son accord, au médecin dans le but de procéder à une visite ne porte pas atteinte à l’intimité de la vie privée du salarié¹⁰³.

III. Personne du salarié

44. – Etat de santé. – Nous avons déjà vu et nous verrons encore que la santé du salarié, en tant qu’élément essentiel de sa vie privée, jouit d’une certaine immunité dans le cadre des relations de travail. Au cours de l’exécution du contrat de travail, ce principe s’applique avec vigueur puisqu’il affecte la capacité de l’employeur à utiliser son pouvoir de direction. L’exercice de ce dernier ne pourra et ne devra jamais avoir pour effet de violer, à quelque titre que ce soit, l’intimité de la personne du salarié. Cette obligation est valable à tous les degrés, qu’il s’agisse d’une note de service informant le personnel qu’un salarié, de retour après un

⁹⁸ V. infra

⁹⁹ Cass. soc. 13 janvier 2009, n° 07-43.282

¹⁰⁰ C. Civ. art. 1134 et C. trav. art. L. 1222-1

¹⁰¹ CA Versailles 11 février 1993, n° 92-2873, 5ème ch. B, SA Microfusion c/ Tayari ; CA Metz 24 avril 2001, n° 96-3965, ch. soc., Auddino c/ Derrmann ; CA Douai 31 mai 2001, n° 95-6515, Pruvost c/ SARL Garage Vandaele

¹⁰² CA Paris 22 mai 1975, n° 5177, Comité d’établissement de la Sté Honeywell Bull c/ Cie Honeywell

¹⁰³ Cass. soc. 2 juin 1981, n° 80-10.935

long arrêt maladie, « *souffre d'un sida aggravé d'un sarcome de Kaposi* »¹⁰⁴ ou qu'il s'agisse d'une simple discussion avec des délégués du personnel au cours de laquelle l'employeur avait affirmé que la dépression du salarié faisait suite à des problèmes personnels avec son épouse¹⁰⁵ ; aucune ingérence dans le champ restreint de la vie privée du salarié que constitue sa santé ne semble être tolérée, pas même lorsqu'elle serait justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.

45. – Etat civil du salarié. – Qui n'a pas déjà aperçu de vendeurs ou de vendeuses portant un badge sur lequel est inscrit leur prénom, voire leur nom ? L'état civil du salarié se rattachant à sa vie privée, cette pratique est-elle licite ? Sur le fondement des textes généraux précités¹⁰⁶, il est possible de déduire que la licéité de cet usage est subordonnée à deux conditions. Le port de son nom en public par le salarié doit tout d'abord être prévu par le règlement intérieur de l'entreprise ou de l'établissement concerné, dans la mesure où ce document doit fixer les règles générales et permanentes relatives à la discipline¹⁰⁷. D'autre part, puisque le règlement intérieur ne peut apporter aux droits et libertés des salariés de restrictions qui ne soient justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché, une telle obligation ne serait justifiée que dans la mesure où l'employeur apporterait la preuve qu'elle est nécessaire à la sécurité, à l'intérêt de la clientèle ou à l'exercice de la fonction des salariés.

46. – Visage du salarié. – Certaines entreprises sont concernées par l'interdiction, récemment votée, du port d'une tenue dissimulant le visage dans un espace public¹⁰⁸ dans la mesure où leur personnel, ou une partie de leur personnel, exécute sa prestation de travail dans un espace public. L'administration reste cependant muette quant à l'attitude que les employeurs privés devraient adopter dans une telle situation¹⁰⁹. La bonne foi contractuelle exigerait, à tout le moins, que l'employeur informe les salariés susceptibles d'être sanctionnés pénalement pour violation de cette loi. Il existe pourtant certains cas où la dissimulation du visage des salariés, loin d'être une infraction, constitue plutôt une obligation légale à la charge de l'employeur. Cette hypothèse correspond à l'exécution de son obligation de sécurité de résultat, dans la mesure où l'interdiction de dissimulation du visage ne s'applique pas lorsque cette dissimulation est rendue nécessaire en raison de dispositions législatives ou réglementaires, ou

¹⁰⁴ TGI Paris, 7 juin 1989, n° 88-14877, 1ère ch., D... c/ Ste Burke Marketing Research

¹⁰⁵ CA Orléans 10 mars 2011, n° 10-1168, ch. soc. SNC LIDL SORIGNY c/ G.

¹⁰⁶ C. trav. art. L. 1221-1 et L. 1321-3

¹⁰⁷ C. trav. art. L. 1321-1

¹⁰⁸ L. n° 2010-1192 du 11 octobre 2010.

¹⁰⁹ V. en ce sens Circ. du Premier ministre du 2 mars 2011, JO 3

lorsqu'elle répond à des exigences professionnelles¹¹⁰. La loi prévoit explicitement que « *la dissimulation du visage peut également être admise pour assurer la sécurité des travailleurs si les risques attachés aux tâches à accomplir le justifient* »¹¹¹.

47. – Religion. – La foi relève de la vie privée. Toute immixtion de l'employeur se traduisant par une restriction de la liberté religieuse du salarié doit donc être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Ainsi, le contrat de travail et le règlement intérieur peuvent organiser l'exercice religieux au travail dans le respect du principe de proportionnalité. Le règlement intérieur peut donc comporter une clause réglementant le port d'un signe religieux ou toute autre clause visant à restreindre la liberté religieuse en raison de la nature des fonctions exercées. La HALDE avait précisé qu'une telle clause devait être rédigée en prévoyant trois sécurités. D'une part, elle ne devrait pas poser d'interdiction générale et absolue. D'autre part, elle devrait rappeler les dispositions de l'article L. 1121-1 du Code du travail. Enfin, elle devrait préciser que les modalités de la restriction, « *justifiée par la nature des tâches à accomplir, doivent être discutées avec les intéressés afin de concilier au mieux leurs convictions et les intérêts de l'entreprise* »¹¹². Cette exigence de juste mesure sera contrôlée au cas par cas par les juridictions. A titre d'exemple, une clause interdisant toute discussion religieuse entre les salariés a été déclarée illicite¹¹³. Il sera toujours question de trouver une juste mesure entre l'exercice du pouvoir de direction, l'intérêt de l'entreprise, le respect des engagements contractuels et la liberté religieuse. Les obligations religieuses ne pourront jamais servir de motif à la non-exécution des obligations contractuelles ou à la violation des règles d'hygiène et de sécurité. Sur ce dernier motif, l'employeur sera donc fondé à imposer le port d'une tenue de sécurité qui ne serait pas compatible avec le maintien d'un signe religieux. En vérité, il faut voir dans toutes ces règles une traduction du principe de laïcité car si la République est indépendante de la religion, les relations de travail doivent l'être également sauf lorsque la religion est pleinement intégrée dans le champ contractuel.

48. – Entreprises de tendances. – Certaines entités ou entreprises peuvent, dans leur objet, présenter un lien si étroit avec la religion que cet aspect se trouve pleinement intégré – sinon dans les clauses – à tout le moins dans la cause même du contrat de travail. Cette constatation induit une distorsion de la relation contractuelle de nature à en modifier l'équilibre. Les deux parties se retrouvent liées par ces considérations religieuses, qui viennent alors irriguer les

¹¹⁰ Loi 2010-1192 du 11 octobre 2010 art. 2, II : JO 12 p. 18344

¹¹¹ C. trav. art. L 4122-1

¹¹² Délibération HALDE n° 2009-117 du 6 avril 2009

¹¹³ CE 25 janvier 1989, n° 64296, SITA

relations de travail. Si un employeur pourrait, dans le cadre d'une entreprise « laïque », refuser une absence demandée pour un motif religieux, il ne le pourrait pas dans la mesure où le motif religieux de l'absence coïnciderait avec l'objet religieux de l'entreprise ou de l'entité qu'il dirige. Ainsi, un restaurateur ayant donné à son entreprise un « *caractère spécifique fondé sur la stricte observance de la loi juive* » n'est pas fondé à refuser l'absence de l'un de ses salariés qui désire se rendre en Israël pour observer les rites funéraires de son fils et les obligations de deuil qui en découlent¹¹⁴. En revanche, le règlement intérieur d'une entreprise ou d'une entité de tendance ne pourrait pas s'affranchir des exigences de motivation, de précision et de proportionnalité nécessaires à l'aménagement d'une restriction à l'exercice de la liberté religieuse¹¹⁵.

SOUS SECTION II – Respect de la vie personnelle dans l'exercice du pouvoir de direction et de contrôle

49. – C'est à l'occasion du contrôle opéré au quotidien par l'employeur sur le salarié que les problématiques majeures liées à la vie privée et personnelle ont surgies. La raison en est que ce contrôle se traduit – le plus souvent – par une surveillance dont l'ampleur a été bouleversée, et largement étendue, par l'avènement des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Lorsque contrôle et surveillance constituent des restrictions à la vie privée du salarié, le principe de justification et de proportionnalité de ces restrictions s'applique pleinement. En outre, aucune information personnelle ne peut être prélevée par un quelconque dispositif sans que le ou les salariés concernés en aient été informés¹¹⁶. Cette règle est dans la droite ligne du principe de loyauté dans l'exécution du contrat de travail. Par ailleurs, la surveillance permettant souvent de prélever et de conserver des données personnelles sur le salarié, celui-ci dispose d'un droit d'accès et de contrôle de ces données protégées¹¹⁷. Enfin, la protection de la vie personnelle du salarié face aux dispositifs de contrôle mis en place par l'employeur ne se limite pas à un volet civil. La loi pénale, également, prévoit et réprime le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui qui consiste, par un procédé quelconque, à capter, enregistrer ou transmettre, « *sans le consentement de l'auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel dans un lieu privé* »¹¹⁸. La violation du secret des correspondances, un des éléments majeurs de la vie privée du salarié, consistant à prendre frauduleusement

¹¹⁴ CA Paris 25 Mai 1990, n° 89-36864, 21ème ch. C, Bami c/ Arbib

¹¹⁵ TA Lyon 1er décembre 1988, n° 84-31718, Association de l'hôpital Saint-Luc

¹¹⁶ C. trav. art. L. 1222-4

¹¹⁷ L. n° 78-17 du 6 Janvier 1978 « informatique et liberté »

¹¹⁸ C. pén. art. 226-1

connaissance ou à ouvrir, supprimer, retarder ou détourner « *des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers* » est également réprimée ; seront également qualifiés de violation du secret des correspondances les interceptions, détournements, utilisations ou divulgations de « *correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications* » ainsi que « *l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions* »¹¹⁹. Cet encadrement civil et pénal s'appliquera au contrôle exercé par l'employeur, tant sur le virtuel (I) que sur le réel (II).

I. Contrôle du virtuel

50. – L'employeur est susceptible de déployer un contrôle sur l'environnement virtuel du salarié. Qu'il porte sur l'outil informatique (A) ou sur les communications (B) du salarié, ce contrôle porte sur un environnement qui, dans le contexte actuel, est souvent le réceptacle d'éléments propre à la vie privée et personnelle du salarié. C'est pourquoi il fait l'objet d'un encadrement qui sera étudié ci-après.

A. Outil informatique

51. – Statut du matériel informatique dans l'entreprise. – L'ordinateur mis à la disposition du salarié pour l'exécution de son travail par l'entreprise est la propriété de cette dernière. Ce matériel n'a donc, en principe, aucune vocation à recevoir des données propres à la vie personnelle du salarié¹²⁰. Cette conception est un mythe. Même si l'ordinateur de l'entreprise ne se confond pas avec un ordinateur à usage privé, il sera, dans la majorité des cas, amené à contenir des informations de nature personnelle¹²¹.

52. – Contrôle des fichiers informatiques. – Les dossiers et fichiers contenus sur le matériel informatique personnel du salarié sont présumés de nature personnelle. Quant à savoir si cette présomption est simple ou irréfragable, aucun arrêt n'est, à notre connaissance, intervenu pour trancher ce point. Il y a toutefois lieu de penser que, dans la mesure où la propriété est un droit inviolable et sacré¹²², l'employeur ne dispose en aucun cas du droit de consulter ou d'ouvrir des fichiers – quelle que soit leur identification – contenus sur le matériel informatique dont le

¹¹⁹ C. pén. art. 226-15

¹²⁰ Rapp. CNIL, la cybersurveillance sur les lieux de travail, 5 février 2002.

¹²¹ L'ordinateur est conçu pour cela, ce qui transparaît dans son appellation originelle : PC pour « Personal Computer » - Ordinateur *Personnel*.

¹²² Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 Août 1789, art. 17

salarié est exclusivement propriétaire. Ces fichiers seraient donc personnels par nature et la présomption de ce caractère difficilement ébranlable, sinon irréfragable. *A contrario*, selon une jurisprudence constante, les dossiers et fichiers créés ou contenus par le matériel informatique mis à la disposition du salarié par l'entreprise sont présumés, sauf s'ils sont identifiés par le salarié comme étant personnels, avoir un caractère professionnel¹²³.

53. – Présomption du caractère professionnel. – La jurisprudence est en la matière fort casuistique. A considérer le panorama général des décisions de justice à ce sujet, il est toutefois possible d'affirmer qu'en principe, tous les dossiers ou fichiers qui ne portent pas expressément dans leur titre la mention « *personnel* » ou « *perso* »¹²⁴ puissent être présumés professionnels. Ainsi, « *le répertoire dont la dénomination correspond aux initiales du prénom du salarié ne peut être considéré comme personnel* »¹²⁵. Autre exemple, « *ni le code d'accès à l'ordinateur du salarié, ni l'intitulé d'un répertoire portant le prénom de l'intéressé ne permettent d'identifier comme personnels des fichiers* »¹²⁶. En conséquence, lorsque ces fichiers ont un caractère professionnel, l'employeur est fondé à les consulter même en l'absence du salarié auquel ils appartiennent. Cependant, dans la mesure où l'on ne se trouve ici qu'en présence d'une présomption simple du caractère professionnel des fichiers, le droit de l'employeur à les consulter demeure limité. A ce titre, un employeur ne peut pas prendre connaissance du contenu entier d'un disque dur appartenant à l'ordinateur professionnel d'un salarié ni en faire une copie clandestine sans violer le droit du salarié à mener une vie privée et familiale¹²⁷.

54. – Présomption du caractère personnel. – A l'inverse, lorsqu'ils sont identifiés comme personnels, les fichiers ne peuvent être consultés par l'employeur qu'en présence du salarié dûment appelé¹²⁸. Par exception, un risque ou un évènement particulier justifierait l'ouverture d'un fichier personnel par l'employeur même hors la présence du salarié. L'employeur pourrait également demander une telle ouverture par la voie judiciaire puisque « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées*

¹²³ Cass. soc. 21 octobre 2009, n° 07-43.877 ; Cass. soc. 18 octobre 2006, n° 04-48.025 ; Cass. soc. 16 mai 2007, n° 05-43.455

¹²⁴ Cass. soc. 17 mai 2005, n° 03-40.017

¹²⁵ Cass. soc. 21 octobre 2009, n° 07-43.877

¹²⁶ Cass. soc. 8 décembre 2009, n° 08-44.840

¹²⁷ CA Paris 5 janvier 2005 n° 04-37514, 21ème ch. soc. A, Marin c/ SA Groupe Réalités

¹²⁸ Cass. soc. 17 mai 2005 n° 03-40.017 op. cit. ; Cass. soc. 17 juin 2009 n° 08-40.274

à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé »¹²⁹. Ainsi, l'employeur peut obtenir du juge une ordonnance autorisant l'intervention d'un huissier ou d'un expert mandaté afin de se rendre dans l'entreprise et de prendre connaissance des dossiers ou fichiers personnels du salarié.

55. – Contenu du fichier. – Dans ces hypothèses, le caractère professionnel ou personnel du fichier n'est que présumé. Cette présomption simple peut donc tomber *a posteriori* au regard de la vraie nature du contenu du fichier. Par conséquent, si un employeur peut toujours consulter un fichier non identifié comme étant personnel, il ne pourra pas se servir de son contenu si ce dernier relève de la vie privée du salarié¹³⁰.

56. – Traçage informatique. – L'employeur peut également se servir de l'outil informatique – qui conserve potentiellement trace de chaque action effectuée par son intermédiaire – comme moyen de surveillance des salariés. Ces traces, qui peuvent être de nature personnelle, sont inhérentes à l'informatique même. Leur traitement à des fins autres que techniques doit donc être justifié par la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché¹³¹. Un tel traçage soulève la question de l'information du salarié dans la mesure où « aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance »¹³². Deux arrêts isolés font état de solutions contradictoires, l'un mettant à la charge de l'employeur une obligation d'information du salarié sur les possibilités de son contrôle de son utilisation, poste par poste¹³³, l'autre estimant que « la traçabilité des opérations effectuées à partir d'un poste informatique est connue de tous les utilisateurs de systèmes informatiques, sans qu'il y ait lieu pour l'employeur d'informer préalablement ses salariés eux-mêmes spécialisés »¹³⁴. Entre absolutisme et contradictions, aucune des deux solutions ne satisfait vraiment. La position de la Chambre sociale n'apporte, pour sa part, aucun éclaircissement. Elle se contente d'affirmer que « le fait pour une banque de mettre en place un système d'exploitation intégrant un mode de traçage permettant d'identifier les consultants des comptes, ne peut être assimilé ni à la collecte d'une information personnelle au sens de l'article L. 121-8 [anc. L. 1222-4] du Code du travail, ni au recours à une preuve illicite, le travail effectué par utilisation de l'informatique ne pouvant avoir pour

¹²⁹ CPC art. 145

¹³⁰ Cass. soc. 5 juillet 2011 n° 10-17.284 ; Cass. soc. 18 octobre 2011 n° 10-25.706

¹³¹ Rapp. CNIL, la cybersurveillance sur les lieux de travail, 5 février 2002, op. cit.

¹³² C. trav. art. L. 1222-4 op. cit.

¹³³ CA Montpellier 4 septembre 2002, n° 01-1155, ch. soc. Tort c/ SA Euro communication équipement.

¹³⁴ CA Besançon 9 septembre 2003, n° 02-1454 ch. soc. Heddad c/ SA Online Formapro.

effet de conférer l'anonymat aux tâches effectuées par les salariés »¹³⁵. Toutefois, l'obligation d'information prévue par l'article L. 1222-4 du Code du travail ne concerne que le dispositif qui servira à prélever les données et non les données elles-mêmes. Dans la mesure où le salarié a forcément connaissance du dispositif informatique, il n'apparaît pas nécessaire de l'informer sur ce point. En revanche, une obligation d'information fondée sur l'exigence de loyauté dans l'exécution du contrat et portant sur le risque de divulgation d'informations personnelles que l'utilisation du matériel informatique fait courir, n'apparaît pas extravagante et aurait pour effet de « responsabiliser » le salarié. En effet, si ce dernier n'est pas au fait des risques techniques liés à l'exploitation de données personnelles, il reste cependant maître de ce qu'il dit, de ce qu'il voit et de ce qu'il envoie sur son poste informatique.

B. Communications

57. – Le contrôle que l'employeur exerce sur les communications du salarié, qu'elles soient électroniques (1) ou téléphoniques (2), est susceptible de restreindre le droit du salarié à mener une vie privée et personnelle.

1. Correspondances électroniques

58. – Contrôle des correspondances électroniques. – L'employeur peut être tenté de prendre connaissance ou d'utiliser le contenu des correspondances électroniques du salarié pour le contrôler, voire le sanctionner. A cet égard, les courriels envoyés et reçus par le salarié sur un ordinateur mis à sa disposition par l'entreprise bénéficient d'une protection très proche de celle qui est accordée aux fichiers informatiques. Ainsi, dans le fameux arrêt « Nikon », la Chambre sociale avait affirmé que *« le salarié a droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée. Celle-ci implique en particulier le secret des correspondances. L'employeur ne saurait, dès lors, prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail, et cela, même au cas où l'utilisation non professionnelle de l'ordinateur aurait été interdite »¹³⁶.*

59. – Présomption du caractère professionnel. – Là encore, la jurisprudence a procédé à une harmonisation des solutions en affirmant que les courriels adressés par le salarié avec l'ordinateur mis à sa disposition par l'employeur étaient présumés avoir un caractère

¹³⁵ Cass. soc. 18 Janvier 2000, n° 98-43.485

¹³⁶ Cass. soc. 2 octobre 2001, n° 99-42.942

professionnel. L'employeur peut donc librement les ouvrir hors la présence des intéressés, sauf lorsqu'ils sont identifiés par eux comme « personnels »¹³⁷.

60. – Présomption du caractère personnel. – L'employeur ne peut prendre connaissance d'un courriel identifié comme « personnel » par le salarié qu'en présence de ce dernier dûment appelé. Cette identification peut résulter de deux séries de circonstances. Elle peut tout d'abord résulter de l'objet même du courriel indiqué par son expéditeur ou son destinataire comme « personnel », « privé » ou de tout élément permettant constater de bonne foi le caractère privé du message. La CNIL a confirmé cette position en affirmant que « *toute indication portée dans l'objet du message et conférant indubitablement à ce dernier un caractère privé devrait interdire à l'employeur d'en prendre connaissance* »¹³⁸. L'identification d'un courriel comme étant personnel pourra également résulter de son classement dans un dossier lui-même identifié comme « personnel » ou « privé ». La jurisprudence a déjà eu l'occasion d'affirmer que « *le courrier électronique envoyé par le salarié à un client de l'entreprise a un caractère personnel dès lors qu'il figurait dans son dossier personnel* »¹³⁹. Il y a peu, la Chambre sociale a pourtant réduit le champ d'application de la protection tirée de l'identification du message en décidant que l'employeur pouvait prendre connaissance d'un courriel identifié comme personnel ayant été malencontreusement envoyé à un salarié de l'entreprise, salarié qui s'était chargé de transmettre le courrier à l'employeur¹⁴⁰, la Cour en déduisant que l'immunité des courriels identifiés comme personnels tombait dès lors que c'est par la négligence de l'intéressé que l'employeur avait pu en avoir connaissance.

61. – Contenu du message. – Comme pour les fichiers informatiques, la présomption du caractère personnel ou professionnel n'est qu'une présomption simple ; elle peut être renversée par la preuve contraire. Ainsi, même un courriel présumé professionnel mais dont le contenu est en réalité de nature privée ne pourra être utilisé par l'employeur à l'encontre du salarié. En revanche, les contours du caractère privé ou non du contenu d'un message ont été délimités par la jurisprudence. Celle-ci estime que « *le message, envoyé par le salarié aux temps et lieu du travail, qui est en rapport avec son activité professionnelle, ne revêt pas un caractère privé* »¹⁴¹.

¹³⁷ Cass. soc. 15 décembre 2010, n°08-42.486 ; Cass. soc. 18 octobre 2011, n° 10-26.782

¹³⁸ Rapp. CNIL du 28 mars 2001

¹³⁹ CA Toulouse, 6 février 2003, n° 02-2519, 4ème ch. soc., SA Setec Organisation c/ Van Glabeke

¹⁴⁰ Cass. soc. 2 février 2011, n° 09-72.313

¹⁴¹ *Ibid.*

62. – Mesures exceptionnelles. – Deux types de circonstances peuvent remettre en cause le jeu des règles précédemment évoquées. D’une part, pour des raisons particulières de sécurité, l’employeur peut être amené à intercepter et à conserver pendant un certain temps les correspondances électroniques des salariés, notamment par l’utilisation d’un système d’interception automatique par mots-clés. Dans cette hypothèse, l’identification personnelle ou non des courriels n’aura aucune importance : l’interception est automatique. Cette pratique constituant une restriction au droit des salariés à mener une vie privée, il faut donc que l’employeur la justifie au regard de la nature des tâches à accomplir. La méthode doit également rester proportionnée au but recherché. En outre, dans la mesure où ce dispositif permet le prélèvement d’informations concernant personnellement le salarié, il devra être porté à la connaissance de ce dernier¹⁴². La CNIL a précisé que cette information doit mentionner que les messages reçus ou envoyés peuvent être enregistrés sur un dispositif de sauvegarde même si l’intéressé les a supprimés de son poste de travail ; la durée de sauvegarde des messages devra aussi être précisée¹⁴³. D’autre part, un huissier ou un expert mandaté par l’employeur pourra valablement prendre connaissance du contenu d’un message personnel du salarié dans la mesure où l’employeur a obtenu une ordonnance du juge en ce sens¹⁴⁴.

2. Correspondances téléphoniques

63. – L’intérêt de mettre en place un contrôle des correspondances téléphoniques du salarié peut être multiple pour l’employeur. Un tel système pourrait notamment servir à contrôler l’usage du téléphone professionnel par le salarié, en sanctionner un éventuel abus ou s’en servir comme moyen pour surveiller la qualité et la cadence du travail exécuté par le salarié. En tant que passage obligé d’une masse considérable de conversations et de données privées, la mise en place d’un contrôle téléphonique peut vite constituer une restriction au droit du salarié à mener une vie privée.

64. – Ecoutes téléphoniques. – La mise en place d’écoutes téléphoniques, comme pratique potentiellement et particulièrement attentatoire à la vie privée, est soumise à l’exigence de proportionnalité et de justification ; elle est également soumise à une obligation d’information préalable. L’exigence de proportionnalité induit que les salariés bénéficient toujours, même en cas d’écoutes téléphoniques, d’une possibilité de se dégager du contrôle en passant des

¹⁴² C. trav. art. L. 1222-4 *op. cit.*

¹⁴³ Rapp. CNIL, la cybersurveillance sur les lieux de travail, 5 février 2002, *op. cit.*

¹⁴⁴ Sur le fondement de l’article 145 du CPC.

communications privées : aucune écoute ne peut être permanente¹⁴⁵. Par ailleurs, les dispositifs d'écoutes téléphoniques permettant de collecter des informations personnelles sur les salariés, ils ne sont licites qu'à condition que les salariés écoutés en soient préalablement avertis¹⁴⁶. Par conséquent, la mise en place d'écoutes téléphoniques clandestines, procédé déloyal¹⁴⁷, expose également l'employeur au risque pénal : une telle écoute constitue le délit d'atteinte à la vie privée. Par exception, la loi ou le règlement peuvent autoriser et encadrer expressément la pratique des écoutes téléphoniques, c'est le cas pour les salariés travaillant dans les salles de marché¹⁴⁸.

65. – Autocommutateur téléphonique. – L'autocommutateur est un moyen de contrôler le flux des correspondances téléphoniques et d'enregistrer certaines données comme la durée et le coût de la correspondance ; il ne permet cependant pas d'enregistrer les conversations. Pour cette raison, « *la simple vérification des relevés de la durée, du coût et des numéros des appels téléphoniques passés à partir de chaque poste édités au moyen de l'autocommutateur téléphonique de l'entreprise ne constitue pas un procédé de surveillance illicite pour n'avoir pas été préalablement porté à la connaissance du salarié* »¹⁴⁹.

66. Facture téléphonique. – L'employeur est admis à produire les factures téléphoniques détaillant l'usage, par le salarié, du téléphone mis à sa disposition pour un usage professionnel par l'entreprise. Cette production ne constitue pas une atteinte à la vie privée du salarié¹⁵⁰ et n'a pas à être portée à la connaissance préalable du salarié¹⁵¹.

67. – Téléphone mobile. – La plupart des salariés possèdent un téléphone mobile qui peut être soit professionnel soit personnel. Dans les deux cas, l'utilisation de ce téléphone peut générer une atteinte à la vie privée du salarié. Lorsque le téléphone est professionnel, un double équilibre doit être respecté : le salarié doit veiller à ne pas faire un usage abusif de son téléphone professionnel à des fins personnelles ; l'employeur doit veiller au respect de l'intimité du salarié en n'abusant pas des appels sur le téléphone du salarié, fait qui peut être pénalement sanctionné en tant qu'atteinte à la vie privée¹⁵². Cette seconde considération vaut

¹⁴⁵ Guide CNIL pour les employeurs et les salariés, édition 2010.

¹⁴⁶ Cass. soc. 14 mars 2000 n° 98-42.090

¹⁴⁷ Cass. soc. 16 décembre 2008 n° 07-43.993

¹⁴⁸ R. 90-13 du Comité de la réglementation bancaire du 25 juillet 1990

¹⁴⁹ Cass. soc. 29 janvier 2008 n° 06-45.279

¹⁵⁰ CA Dijon 30 janvier 2001 n° 00-67, ch. soc., Nowotny c/ SCV Pioud Lallemand

¹⁵¹ Cass. soc. 15 mai 2001 n° 99-42.937

¹⁵² Rép. Hamel : Sén. 10 avril 1997 p. 1136 n° 19834 ; Rép. Deprez : JOAN 12 janvier 1998 p. 198 n° 3307

également pour le téléphone personnel du salarié : l'employeur doit veiller à ne pas abuser de cette possibilité de contact, notamment pendant le temps de repos du salarié¹⁵³. L'usage des nouvelles générations de téléphones multifonctions¹⁵⁴ a bouleversé la frontière entre vie personnelle et vie professionnelle en instaurant une porosité, potentiellement nuisible, entre les deux.

C. Internet

68. – Contrôle des connexions internet. – La Chambre sociale applique un jeu de présomptions semblable à celui qui prévaut pour les correspondances et les fichiers informatiques. Ainsi, les « *connexions établies par un salarié sur des sites internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, hors de sa présence* »¹⁵⁵. Il est cependant plus difficile d'identifier comme « personnelles » des connexions internet qui – par nature – n'ont pas de nom ou d'objet, contrairement aux fichiers et aux courriels. A titre d'illustration, il a été jugé que le placement des sites internet dans la liste des favoris n'en fait pas présumer le caractère personnel¹⁵⁶. En outre, dès lors que ces connexions n'ont pas le caractère de données personnelles, l'employeur peut en prendre librement connaissance¹⁵⁷, que le salarié soit présent ou non.

69. – Ordinateur professionnel, usage personnel. – Il n'est pas rare que l'employeur tolère l'usage personnel d'un matériel informatique mis à disposition par l'entreprise. Le salarié peut alors librement emporter à son domicile l'ordinateur qu'il utilise pour son travail. Dans ce cas, le contrôle que l'employeur exerce sur les connexions internet dont le salarié fait état en dehors du temps et du lieu de travail est limité. La jurisprudence estime que l'autorisation donnée au salarié d'emporter l'ordinateur mis à sa disposition par l'entreprise à son domicile vaut « *reconnaissance d'un usage privé de ce matériel* »¹⁵⁸. La présomption relative au caractère professionnel des connexions internet établies par l'intermédiaire de ce matériel serait alors

¹⁵³ V. infra

¹⁵⁴ « *Smartphone* »

¹⁵⁵ Cass. soc. 9 juillet 2008 n° 06-45.800

¹⁵⁶ Cass. soc. 9 février 2010 n° 08-45.253

¹⁵⁷ Par exemple : l'historique des connexions internet, v. CA Toulouse 4 septembre 2003 n° 02-3683, ch. soc., Assalit c/ SA Nextiraone

¹⁵⁸ CA Versailles 18 mars 2003 n° 02-46, 6^e ch., Gombert c/ SFR

inversée pendant le temps de l'intimité. Aucun arrêt n'a cependant clairement tranché en ce sens.

70. – Réseaux sociaux. – Les réseaux sociaux constituent une part considérable de l'utilisation d'internet par les salariés, pendant et en dehors de leur temps de travail. Source d'un contentieux nouveau, ces lieux virtuels cristallisent nombre d'interrogations en droit du travail sachant que la jurisprudence n'a pas encore eu le temps d'en prendre pleinement la mesure. La première question qui se pose est celle de l'accès des salariés aux réseaux sociaux. Sur cet accès, l'employeur peut exercer le même contrôle et les mêmes restrictions que pour n'importe quelle connexion internet. C'est néanmoins sur le terrain de l'utilisation par l'employeur des propos tenus par les salariés sur ces réseaux sociaux pendant l'exécution de leur contrat de travail que le contentieux est le plus fourni. Ces propos relèvent-ils ou non de la vie privée du salarié ? Sont-ils protégés par le secret des correspondances ? L'un des premiers arrêts évoquant la question des réseaux sociaux affirme que « *la violation d'une correspondance privée suppose qu'un échange écrit ne puisse être lu par une personne à laquelle il n'est pas destiné, sans que soient utilisés des moyens déloyaux* »¹⁵⁹. De ce principe, la Cour déduit que l'utilisation par l'employeur des propos tenus par les salariés sur les réseaux sociaux ne constitue pas une atteinte au secret des correspondances dans la mesure où les correspondances déposées sur le « mur »¹⁶⁰ ne sont pas destinées à un individu en particulier mais bien à un ensemble défini ou non de personnes. Ce point de vue a été confirmé par le fameux jugement du conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt qui estime que « *la production par l'employeur devant le juge d'un document reproduisant les propos tenus par un salarié sur la page d'un réseau social qui avait été paramétrée par son auteur pour en permettre le partage avec « ses amis et leurs amis » ne méconnaît pas le droit au respect de la vie privée* »¹⁶¹. Le procédé est assez inédit puisqu'il fait dépendre l'atteinte à la vie privée du paramétrage opéré par l'intéressé sur son compte en ligne. Bien qu'elle n'ait pas encore été confirmée ou infirmée par la Chambre sociale, cette approche tend à une « responsabilisation » du salarié dans l'utilisation des réseaux sociaux. La CNIL a confirmé cette position en recommandant aux

¹⁵⁹ CA Reims 9 juin 2010 n° 09-3209, ch. soc., SAS l'Est Eclair c/ Callendreau

¹⁶⁰ Le réseau social « Facebook », largement utilisé et source d'un contentieux important, permet une communication entre ses membres selon deux grandes modalités : par messages privés, d'une part ; par messages à diffusion large, d'autre part, sur le « mur » de l'intéressé ou sur le mur de l'un de ses contacts. Le mur est une page internet qui relate l'activité et les communications de l'intéressé. L'accès au mur est déterminé par l'intéressé au moyen de critères de confidentialité fluctuant au gré des modifications opérées par l'entreprise « Facebook ». Cette dernière, administrateur du site, modifie régulièrement ces critères de confidentialité en rendant la maîtrise parfois délicate ce qui, en droit, pourrait se répercuter au préjudice du salarié.

¹⁶¹ CPH. Boulogne-Billancourt 19 novembre 2010 n° 10-853, Barbera c/ SAS Alten sir

salariés la « *plus grande vigilance* » dans la gestion des paramètres de confidentialité¹⁶². La Cour de cassation suivra-t-elle ce raisonnement ? Il est possible qu'elle se détache du critère propre aux paramètres de confidentialité pour se focaliser sur le contexte du message et le caractère professionnel ou non des propos tenus sur le réseau social. Elle reprendrait ainsi un raisonnement qu'elle a déjà tenu dans d'autres situations, affirmant que « *le message, envoyé par le salarié aux temps et lieu du travail, qui est en rapport avec son activité professionnelle, ne revêt pas un caractère privé* »¹⁶³. On se rappelle que dans ce même arrêt, la Cour déduisait que l'immunité des courriels – même identifiés comme personnels – tombait dès lors que c'est par la négligence de l'intéressé que l'employeur avait pu en avoir connaissance, il serait tout à fait envisageable qu'elle retienne un même raisonnement pour un message posté sur un réseau social. *A contrario*, l'application de ce raisonnement conduirait à rejeter la production d'un message déposé sur un réseau social hors du temps, des lieux du travail et ne contenant aucune référence à la vie professionnelle alors même que les paramètres de confidentialité permettraient un accès généralisé au profil de l'intéressé. La même solution devrait être retenue pour les propos tenus sur le « blog » personnel du salarié.

II. Contrôle du réel

71. – L'employeur peut mettre en place une surveillance vidéo (A), sonore (B), satellite (C) ou humaine (D) de l'activité du salarié potentiellement attentatoire à sa vie privée. Pour cette raison, elle devra être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Ces dispositifs étant de nature à prélever, à leur insu, des informations sur les salariés, ils ne pourront être mis en place que dans la mesure où ces derniers en auront été informés.

A. Surveillance vidéo

72. – Définition. – La vidéosurveillance est définie comme un simple visionnage d'images, indépendamment de leur transmission ou de leur enregistrement¹⁶⁴. Ce dispositif est encadré par la loi et par la jurisprudence.

¹⁶² Site internet CNIL, Maitriser les informations publiées sur les réseaux sociaux, 10 janvier 2010.

¹⁶³ Cass. soc. 2 février 2011, n° 09-72.313, op. cit.

¹⁶⁴ Circ. du 22 octobre 1996 : JO 7-12 p. 17835

73. – Mise en place dans les lieux de travail ouverts au public. – La mise en place d'un système de vidéosurveillance dans les lieux de travail ouverts au public est subordonnée au respect des règles de proportionnalité, d'information et de justification. L'obligation d'information revêt ici une acuité particulière puisque la mise en place d'un système de vidéosurveillance est ici soumise à l'information des salariés d'une part, de l'autorité administrative¹⁶⁵ – préfet ou préfet de police à Paris –, d'autre part. La justification de la vidéosurveillance pourra tenir à plusieurs facteurs comme les risques importants liés à la sécurité, au caractère confidentiel ou secret-défense des données traitées, à la dangerosité du quartier où est située l'entreprise ou bien encore à la valeur des marchandises.

74. – Mise en place dans les lieux affectés au travail. – Il n'y a pas de règles particulières pour la mise en place d'une vidéosurveillance dans les lieux de travail privés, les règles générales sont donc applicables : justification, proportionnalité et information¹⁶⁶ du salarié sont nécessaires, la CNIL et la jurisprudence ayant apporté quelques précisions. Ainsi, la mise en place d'un système de vidéosurveillance doit être motivée par des exigences de sécurité¹⁶⁷ et doit servir au contrôle exclusif de l'activité professionnelle¹⁶⁸ des salariés. L'obligation d'information des salariés est en l'occurrence largement conçue puisque l'employeur doit informer ces derniers que le système de vidéosurveillance d'un client permet de les surveiller¹⁶⁹.

75. – Mise en place dans des lieux non affectés au travail. – Il faut, dans ce cas, distinguer deux situations. D'une part, les locaux non affectés au travail qui sont tout de même utilisés par les salariés comme les douches, les salles de bains, les vestiaires ou les toilettes de l'entreprise, qui ne peuvent être placés sous vidéosurveillance car ils sont réservés à l'intimité du salarié. D'autre part, contrairement à la première situation, l'employeur pourra « *opposer les preuves recueillies par les systèmes de surveillance des locaux auxquels ils n'ont pas accès* » et « *n'est pas tenu de divulguer l'existence des procédés installés par les clients de l'entreprise* »¹⁷⁰ dans ces locaux.

¹⁶⁵ L. n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité

¹⁶⁶ Cass. soc. 20 novembre 1991 n° 88-43.120

¹⁶⁷ Guide CNIL pour les employeurs et les salariés, édition 2010

¹⁶⁸ Rép. Kerguéris : JOAN 16 juin 1980 p. 2512 n° 23412

¹⁶⁹ Cass. soc. 10 janvier 2012 n° 10-23.482

¹⁷⁰ Cass. soc. 19 avril 2005 n° 02-46.295

B. Surveillance sonore

76. – La licéité d'un enregistrement sonore est subordonnée à l'accord des intéressés. Ainsi, l'enregistrement qui serait effectué à l'insu des salariés serait constitutif du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée¹⁷¹.

C. Surveillance satellite

77. – Géolocalisation. – Derrière les termes obscurs de « surveillance satellite » se cache le problème de la géolocalisation du salarié. Cette technique permet d'identifier en temps réel ou d'enregistrer la position géographique du véhicule, du badge ou du téléphone du salarié. Par conséquent, son utilisation peut constituer une atteinte à l'intimité du salarié.

78. – Mise en place du dispositif. – La mise en place d'un dispositif de géolocalisation est soumise aux conditions générales ainsi qu'à des conditions spéciales. Conditions générales, d'une part, car la géolocalisation doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. L'employeur devra également informer le salarié de la mise en place de ce dispositif puisqu'il est de nature à collecter des informations concernant personnellement les intéressés. Conditions spéciales, d'autre part, puisque, suite à l'intervention de la CNIL, suivie par la jurisprudence, la géolocalisation ne peut être mise en place que pour certaines finalités et pour certains salariés. En effet, ce système de « traçage » ne peut être mis en place que pour assurer la sécurité du salarié, pour permettre une meilleure allocation des moyens, assurer un suivi de la facturation ou du temps de travail de l'employé¹⁷². Par ailleurs, la géolocalisation du salarié ne saurait être justifiée lorsque ce dernier dispose d'une « *liberté dans l'organisation de ses déplacements* »¹⁷³. La Chambre sociale confirme également que la géolocalisation ne peut être mise en place que pour les finalités visées par la CNIL. Enfin, ce dispositif ne doit jamais avoir pour effet de placer le salarié sous une surveillance permanente. Aucune donnée ne doit être collectée en dehors du temps de travail du salarié, la CNIL conseille donc de d'aménager la possibilité pour le salarié de désactiver les fonctions de géolocalisation sur son véhicule, son téléphone ou son badge en dehors du temps de travail¹⁷⁴.

¹⁷¹ Cass. crim. 24 janvier 1995 n° 94-81.207

¹⁷² Délibération CNIL n° 2006-66 du 16 mars 2006 : JO 3 mai texte n° 62

¹⁷³ Cass. soc. 3 novembre 2011 n° 10-18.036

¹⁷⁴ Délibération CNIL n° 2006-66 du 16 mars 2006 : JO 3 mai texte n° 62

D. Surveillance humaine

79. – Les entreprises ont recours à des moyens de surveillance humaine pour contrôler leurs salariés. Si leur utilisation est classique, elle n'en demeure pas moins sévèrement encadrée par la jurisprudence, qu'il s'agisse d'enquêtes (1) ou de fouilles (2).

1. Enquêtes

80. – Principe. – L'employeur ne peut utiliser ou produire d'éléments issus d'un dispositif de surveillance humaine clandestine mis en place pendant ou hors du temps de travail, sur ou en dehors des lieux du travail pour sanctionner le salarié. Le pouvoir de direction et de contrôle est limité par l'exigence de loyauté contractuelle.

81. – Enquêtes dans des lieux publics. – Pas plus que dans un lieu privé, l'employeur ne dispose de la faculté de contrôler ou de faire contrôler par des employés l'activité d'un salarié dans un lieu public par l'exercice de moyens déloyaux¹⁷⁵. En revanche, ne constitue pas un moyen déloyal le fait, pour un huissier de justice, d'effectuer « *dans des conditions régulières, à la demande de l'employeur, des constatations purement matérielles dans un lieu ouvert au public* »¹⁷⁶.

82. – Filature. – La filature consiste, pour l'employeur, à suivre ou à faire suivre le salarié en dehors du temps et des lieux du travail. A la différence de l'enquête, la filature est illicite. Dans un premier temps, la jurisprudence a fondé cette illicéité sur le défaut d'information des salariés¹⁷⁷. Cette distinction fut par la suite abandonnée ; la filature implique désormais nécessairement une atteinte disproportionnée à la vie privée et constitue, par conséquent, un moyen de preuve illicite¹⁷⁸, que les salariés en aient été préalablement informés ou non. La filature d'un salarié n'est pas seulement illicite, elle est également susceptible de constituer le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée.

¹⁷⁵ Cass. soc. 18 mars 2008 n° 06-45.093

¹⁷⁶ Cass. soc. 6 décembre 2007 n° 06-43.392

¹⁷⁷ Cass. soc. 22 mai 1995 n° 93-44.078

¹⁷⁸ Cass. soc. 26 novembre 2002 n° 00-42.401

2. Fouilles

83. – Vestiaires personnels. – La fouille des vestiaires appartenant aux salariés peut constituer une atteinte à la vie privée, même s'ils se trouvent sur le lieu de travail. Pour cette raison, la licéité de la fouille des vestiaires est subordonnée à plusieurs conditions issues de la loi et d'une jurisprudence qui peine à s'accorder sur des critères constants. En tant que restriction apportée aux droits du salarié, la fouille, pour être licite, doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché¹⁷⁹. Dans les entreprises soumises à l'obligation d'établir un règlement intérieur, l'employeur ne pourra valablement ouvrir les vestiaires individuels que dans les cas et dans les conditions déterminés par le règlement intérieur et en présence de l'intéressé ou celui-ci prévenu¹⁸⁰. Le Conseil d'Etat a précisé les exigences qui président à la rédaction d'une telle clause dans le règlement intérieur, affirmant que « *l'employeur ne peut faire procéder au contrôle de l'état et du contenu des vestiaires ou armoires individuelles, en présence des intéressés sauf cas d'empêchement exceptionnel, que si ce contrôle est justifié par les nécessités de l'hygiène ou de la sécurité* »¹⁸¹. Reste que l'application de ces dispositions est exclue pour les vestiaires et coffres à usage exclusivement professionnels, dont la fouille est admise en dehors de tout avertissement et de toute présence du salarié¹⁸².

84. – Effets personnels. – La fouille, par l'employeur, des effets personnels du salarié constitue une restriction encore plus importante à sa vie privée que la fouille de son vestiaire personnel pour deux raisons. D'une part, un vestiaire personnel est mis à la disposition du salarié par l'employeur sur le lieu de travail alors que les effets personnels du salarié sont sa propriété exclusive. D'autre part, le lien de subordination ne peut avoir pour conséquence d'effacer l'égalité que le droit civil garantit tant au salarié qu'à l'employeur dans la jouissance de leurs biens. Ces deux considérations justifient la protection accrue dont bénéficie le salarié face à la fouille de ses effets personnels par l'employeur. Qu'elle soit prévue ou non par le règlement intérieur, telle fouille ne peut être opérée, sauf circonstances exceptionnelles, qu'avec le consentement et en présence du salarié, après que ce dernier ait été informé du droit de s'y opposer et d'exiger la présence d'un témoin¹⁸³. La jurisprudence administrative reprend

¹⁷⁹ Cass. soc. 11 décembre 2001 n° 99-43.030

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ CE 9 octobre 1987 n° 71653 ; CE 9 octobre 1987 n° 69829 ; CE 22 avril 1988 n° 72908 ; CE 29 décembre 1989 n° 85102

¹⁸² Cass. soc. 21 octobre 2008 n° 07-41.513

¹⁸³ Cass. soc. 11 février 2009 n° 07-42.068

cette position¹⁸⁴ concernant les clauses du règlement intérieur prévoyant la fouille des effets personnels du salarié. En cas de refus de la fouille par le salarié, seul un officier de police judiciaire est compétent pour procéder aux vérifications. Des circonstances exceptionnelles, comme un contexte de guerre ou de terrorisme¹⁸⁵ peuvent en revanche exonérer l'employeur de ces contraintes ; l'employeur pourra, après consultation du CHSCT¹⁸⁶, faire procéder, par des agents de sécurité, à l'ouverture préalable des sacs à l'entrée de l'entreprise.

SECTION II – Approche élargie de la vie personnelle pendant l'exécution du contrat de travail

85. – Le droit du travail traite la vie personnelle du salarié en filigrane. On la retrouve ainsi au cœur de nombreuses dispositions qui peuvent avoir pour objet de permettre aux salariés de mener une vie personnelle et familiale (Sous-section I), mais qui peuvent également, sans même s'y référer explicitement, avoir une influence déterminante sur la vie personnelle en affectant les conditions de travail (Sous-section II).

SOUS SECTION I – Vie personnelle et familiale pendant l'exécution du contrat de travail

86. – La loi sociale aménage des périodes de suspension du contrat de travail, rémunérées ou non, afin de permettre aux salariés de mener, pendant leurs congés, une vie personnelle (I) indépendante du travail. Nous traiterons dans une seconde partie l'exercice de la vie parentale, part fondamentale de la vie personnelle, pendant l'exécution du contrat de travail (II).

I. Congés et vie personnelle

87. – Les liens entre congés et vie personnelle sont importants et historiques. Importants dans la mesure où l'essence même du congé est de permettre au salarié de s'absenter de l'entreprise pour s'adonner à des activités personnelles qui n'ont pas lieu d'être pendant le travail et sur les lieux de ce dernier. Historiques, car la création des congés payés¹⁸⁷ marque une évolution

¹⁸⁴ CE 19 juin 1989 n° 78231.

¹⁸⁵ Cass. soc. 3 avril 2001 n° 98-45.818

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ L. du 20 juin 1936 portant institution d'un congé payé annuel dans l'industrie, le commerce, les professions libérales, les services domestiques et l'agriculture.

majeure de la prise en compte des convenances personnelles des salariés par le droit du travail. Depuis 1936, les règles qui organisent les congés – qu’il s’agisse des congés payés (A) ou de congés spéciaux (B) – ont évoluées en gardant un lien étroit avec la question de l’intimité des salariés. Il convient d’évoquer ces différents liens.

A. Congés payés et vie personnelle

88. – Ordre des départs. – Premier exemple de cette proximité qui existe entre congés et intimité, la réglementation des congés payés prévoit la prise en compte, par l’employeur, de certains éléments de la vie personnelle des salariés. On retrouve, pour la fixation de l’ordre des départs à l’intérieur de la période de congés, des dispositions qui font penser à celles qui organisent la détermination de l’ordre des licenciements pour motif économique. A défaut de convention ou d’accord collectif applicable, l’employeur prendra en compte certains éléments pour fixer l’ordre des départs en congé après avis, le cas échéant, des délégués du personnel. Outre des éléments de nature professionnelle, telle que la durée des services ou l’activité du salarié au sein d’une ou plusieurs autres entreprises, l’employeur devra prendre en compte la « *situation de famille des bénéficiaires, notamment des possibilités de congé, dans le secteur privé ou la fonction publique, du conjoint ou du partenaire lié par un pacte civil de solidarité* »¹⁸⁸. Dans le même esprit, il est précisé que « *les conjoints et les partenaires liés par un pacte civil de solidarité travaillant dans la même entreprise ont droit à un congé simultané* »¹⁸⁹.

89. – Limitation du pouvoir de l’employeur. – Le pouvoir de l’employeur pour la fixation de l’ordre des départs en congé n’est pas absolu et trouve une limite dans la prise en compte de la situation familiale du salarié. Il convient, notamment, de considérer la présence d’enfants à la charge du salarié pour l’octroi de congés pendant les périodes de vacances scolaires. La Chambre sociale exerce un contrôle limité sur ce point. Elle a déjà estimé que la révocation par l’employeur de la faveur accordée au salarié de prendre ses congés en période de vacances scolaires afin de le sanctionner constituait un abus de droit¹⁹⁰. Elle exige également une prise en compte nuancée et alternative de la situation familiale des salariés ; l’employeur doit

¹⁸⁸ C. trav. art. L. 3141-14

¹⁸⁹ C. trav. art. L. 3141-15

¹⁹⁰ Cass. soc. 3 Avril 1997 n°94-43-313

aménager un roulement permettant de ne pas toujours réserver les périodes de congés les plus favorables aux même salariés¹⁹¹.

90. – Situation du conjoint. – Reste une dernière question en suspens, celle de la prise en compte de la situation du conjoint du salarié. Cette prise en compte, la loi ne la prévoit que dans le cadre d'une même entreprise. Qu'en est-il pour les conjoints travaillants dans une même entreprise mais dans des établissements différents ? Qu'en est-il également pour les conjoints travaillant dans un même groupe mais dans des entreprises différentes ou au sein d'une même UES mais dans des entreprises différentes ? Les deux dernières situations semblent ne devoir donner lieu à aucune prise en compte, par deux employeurs différents, d'une même situation familiale. Ainsi, « *on ne saurait, en effet, imposer à un employeur, plutôt qu'à un autre, d'établir l'ordre des départs en congé de son personnel en fonction des décisions prises, en ce même domaine, par les chefs des établissements dans lesquels sont occupés les conjoints de ses propres salariés* »¹⁹². La solution est de bon sens et s'explique par la nécessité de considérer les contraintes auxquelles l'employeur est soumis pour garantir la bonne marche de l'entreprise. En revanche, la solution serait, à notre sens, différente concernant des conjoints travaillant dans deux établissements différents au sein d'une même entreprise. En effet, dans la mesure où l'établissement n'est qu'une division fonctionnelle d'une seule et même entreprise, la règle selon laquelle les conjoints travaillant dans une même entreprise ont droit à un congé simultané s'applique pleinement lorsque l'un des conjoints travaille dans un établissement distinct de l'autre.

91. – Fractionnement des congés. – La prise en compte de la situation personnelle dans le cadre des congés ne s'arrête pas à la détermination de l'ordre des départs. Elle trouve aussi une application dans les règles de fractionnement et de report des congés. En effet, il est prévu que « *la durée des congés pouvant être pris en une seule fois ne peut excéder vingt-quatre jours ouvrables* », il peut néanmoins « *être dérogé individuellement à cette disposition pour les salariés qui justifient de contraintes géographiques particulières* »¹⁹³. Cette dérogation n'est pourtant qu'une possibilité qui nécessite l'accord de l'employeur¹⁹⁴.

¹⁹¹ CA Versailles 23 octobre 2003 n° 02-2740, 5e ch. B, Rinjeonnaud c/ SA Sodica

¹⁹² Rép. Bokanowski : Sén. 23 octobre 1980 p. 4005 n° 35213

¹⁹³ C. trav. art. L. 3141-17

¹⁹⁴ CA Paris 27 mai 1993 n° 93-30095, 21e ch. B, Epoux Magnan c/ Mme Cabezas

B. Congés spéciaux et vie personnelle

92. – La loi sociale prévoit deux grands types de congés spéciaux envisagés comme autant d’espaces pour la vie privée du salarié : les congés pour raisons familiales (1) et les congés pour raisons personnelles (2).

1. Congés pour raisons familiales

a) Congés pour évènements familiaux

93. – Principe. – Il existe des congés rémunérés qui sont à distinguer des congés payés annuels. Parmi ces types de congés rémunérés, il en est un qui – par son objet et son régime – fait état d’un lien étroit avec la vie personnelle du salarié : le congé pour évènements familiaux. Il est prévu que « *tout salarié bénéficie, sur justification et à l’occasion de certains évènements familiaux, d’une autorisation exceptionnelle d’absence* »¹⁹⁵ d’une durée variable à l’occasion de son mariage, de chaque naissance survenue à son foyer ou pour l’arrivée d’un enfant placé en vue de son adoption, du décès d’un enfant, du décès d’un conjoint ou du partenaire lié par un pacte civil de solidarité, du mariage d’un enfant, du décès du père, de la mère, du beau-père, de la belle-mère, d’un frère ou d’une sœur. Si la durée de ces congés ne fera pas l’objet d’une étude plus avancée, elle donnera tout de même lieu à un commentaire d’ordre comparatif. La loi octroie un congé rémunéré de deux jours suite à la perte d’un enfant, de deux jours pour le décès du conjoint, d’une journée pour le décès d’un père, d’une mère, d’un frère ou d’une sœur. Il faut alors souligner que la loi prévoit des durées équivalentes ou supérieures pour les congés rémunérés de formation économique et sociale et de formation syndicale : la durée de chacun de ces congés ne pouvant être inférieure à 2 jours¹⁹⁶. Voilà donc une curieuse façon d’apprécier à sa juste mesure l’impact suscité par la mort d’un proche par rapport à celui d’une formation économique ou syndicale. Face à l’iniquité manifeste de cette identité de traitement dans des situations pourtant radicalement différentes au regard de leurs conséquences sur la vie personnelle, nous soutenons qu’il serait même intéressant de remettre en cause la constitutionnalité de ces dispositions à la lumière du principe selon lequel « *la Nation assure à l’individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* »¹⁹⁷. Des précisions

¹⁹⁵ C. trav. art. L. 3142-1

¹⁹⁶ C. trav. art. L. 3142-9, al. 2

¹⁹⁷ Al. 10 du Préambule de la Constitution du 27 Octobre 1946

ont par ailleurs été apportées par l'administration et la jurisprudence sur la prise en compte des évènements ouvrant droit à congé.

94. – Décès d'un proche. – En dépit de la comparaison mise en avant, l'administration a estimé que les dispositions relatives à l'octroi d'un congé suite au décès d'un proche ne devaient pas être interprétées d'une manière restrictive¹⁹⁸. Ainsi, le congé devra être accordé qu'il s'agisse du décès d'un parent adoptif ou biologique. Cependant, le cas des parents « *nourriciers* », c'est-à-dire des « *parents qui assurent les soins et l'éducation d'un enfant qui n'est pas le leur, dans le cadre d'un organisme* »¹⁹⁹, généralement une famille d'accueil, n'est pas tranché. Il a simplement été dit que la possibilité d'obtenir un congé en cas de décès d'un parent nourricier n'avait aucune existence légale et qu'elle ne pouvait donc qu'être mise en place par convention ou accord collectif²⁰⁰. Enfin, *quid* du salarié qui perd l'un de ses « beaux-parents » alors même qu'il n'est pas marié avec l'enfant du défunt ? La Chambre sociale, dans ce cas, refuse le bénéfice du congé²⁰¹.

95. – Naissance et adoption. – Le texte prévoit un congé de deux jours « *pour chaque naissance* » survenue au foyer du salarié. D'une interprétation *stricto sensu* de ces dispositions, on déduit que devraient être accordés six jours de congé en cas de naissance de jumeaux. L'administration avait pourtant adopté une position contraire, affirmant qu'en cas de naissance gémellaires, « *le père ne peut bénéficier que d'un seul congé de trois jours car il est évident que les soins et démarches à effectuer sont pratiquement les mêmes, qu'il y ait naissance d'un ou plusieurs enfants* »²⁰². La Chambre sociale n'ayant pas été saisie sur la question, aucune solution tranchée n'est encore posée. Concernant le congé d'adoption, la jurisprudence a estimé que le congé devait être pris de manière consécutive à l'arrivée de l'enfant et non plusieurs années après²⁰³.

96. – Mariage. – L'appréciation des textes résulte là encore d'un croisement très factuel entre une jurisprudence rare et quelques positions administratives. Ainsi, le congé pour mariage bénéficie au salarié sans distinction entre le mariage civil et le mariage religieux²⁰⁴, sans

¹⁹⁸ V. en ce sens Rép. Lucotte : Sén. 26 octobre 1979 p. 3554 n° 31344

¹⁹⁹ Barrès, Cahiers, t.9, 1911, p.183

²⁰⁰ Rép. Fromet : JOAN 12 mars 1990 p. 1216 n° 16538

²⁰¹ Cass. soc. 27 septembre 2006 n° 04-46.708

²⁰² Circ. 114 SS du 2 juillet 1951 : JO 13, Rect. 27.

²⁰³ Cass. soc. 17 mai 1982 n° 1018, Agence générale automobile Peugeot c/ CAF du Loiret : Bull. civ. V p. 236 n° 319

²⁰⁴ CA Douai 14 septembre 1990, SA Intermarché Olibe c/ Demay

distinction non plus entre le mariage et le remariage²⁰⁵. En revanche, le congé ne peut bénéficier au conjoint qui n'a aucun « *lien de parenté directe avec l'enfant qui se marie* »²⁰⁶.

b) Congé de solidarité familiale

97. – Le dispositif dans sa version initiale consistait en un congé d'accompagnement des personnes en fin de vie permettant aux salariés d'assister leurs proches faisant l'objet de soins palliatifs²⁰⁷. Ce dispositif a par la suite été transformé en congé de solidarité familiale²⁰⁸. Ce congé a fait l'objet de plusieurs modifications²⁰⁹ dont certaines feront l'objet de notre étude.

98. – Objectif. – Le dispositif permettait initialement aux salariés de mettre temporairement leur activité professionnelle de côté pour se consacrer à l'accompagnement d'un proche souffrant « *d'une pathologie mettant en jeu le pronostic vital* »²¹⁰. Le texte suscitait alors une certaine incompréhension dans la mesure où l'on ne savait pas exactement si le congé pouvait être pris à n'importe quel moment de la maladie ou seulement en phase terminale. La jurisprudence n'apportait aucune solution à cette question. Seul un rapport sénatorial estimait que le congé pouvait être pris à n'importe quel stade de la maladie, tout en précisant que le dispositif « *participe des efforts menés par la collectivité pour améliorer l'accompagnement psychologique et social des malades devant des pathologies telles que le cancer* »²¹¹. Ce point d'incertitude a néanmoins été levé. Le texte dispose désormais que le congé bénéficie à tout salarié dont un proche souffre « *d'une pathologie mettant en jeu le pronostic vital ou est en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause* »²¹².

99. – Bénéficiaires. – Là-encore, le texte a été modifié de manière à pallier quelques incertitudes. Le congé ne bénéficiait initialement qu'aux salariés dont « *un ascendant, descendant ou une personne partageant son domicile* »²¹³ était atteint d'une pathologie grave. Issu d'une conception restrictive de l'attachement familial, ces dispositions furent élargies de manière à ce que le congé puisse également bénéficier aux salariés dont un frère ou une sœur

²⁰⁵ Cass. soc. 28 novembre 1985 n° 4237 S, Brand c/ SA Forges de Courcelles : non publié au Bull. civ. V. aussi Rép. Morisset : JOAN 7 août 1995 p. 3476 n° 27388

²⁰⁶ Rép. Ferrand : AN 16 mars 1998 p. 1500 n° 1585 ; Rép. Haut : Sén. 19 mars 1998 p. 908 n° 2414

²⁰⁷ Loi n°99-477 du 9 juin 1999

²⁰⁸ Loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites

²⁰⁹ La dernière ayant été opérée par la loi n° 2010-209 du 2 Mars 2010

²¹⁰ C. trav. art. anc. L. 225-15

²¹¹ Rapport Sén. 382 tome I p. 197

²¹² C. trav. art. L. 3142-16

²¹³ C. trav. art. anc. L. 225-15

souffre d'une telle affection. Dernier élargissement, le dispositif bénéficie désormais « *aux salariés ayant été désignés comme personne de confiance au sens de l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique* »²¹⁴.

100. – Aménagements. – Pour permettre davantage de souplesse, le congé de solidarité familiale a été aménagé de deux manières. Il peut tout d'abord être transformé en période d'activité à temps partiel pour une durée équivalente à celle du congé c'est-à-dire trois mois, renouvelable une fois. Toutefois, si le salarié bénéficie de plein droit du congé de solidarité familiale, tel n'est pas le cas pour le bénéfice du temps partiel de solidarité familiale qui nécessite l'accord de l'employeur²¹⁵. D'autre part, le congé peut être fractionné²¹⁶ avec l'accord de l'employeur et dans la limite de la durée maximale de trois mois, chaque période de fractionnement pouvant avoir une durée minimale d'une journée²¹⁷.

101. – Formalités. – Pour bénéficier du congé de solidarité familiale, le salarié doit faire parvenir à son employeur un certificat médical attestant que l'un de ses proches souffre « *d'une pathologie mettant en jeu le pronostic vital ou est en phase avancée ou terminale d'une affection grave ou incurable* »²¹⁸. Le salarié est normalement soumis à un préavis de quinze jours pour l'envoi de sa demande et du certificat médical ; il est toutefois prévu « *qu'en cas d'urgence absolue constatée par écrit par le médecin qui établit le certificat médical, le congé de solidarité familiale débute sans délai à la date de réception par l'employeur de la lettre du salarié* »²¹⁹.

c) Congé de soutien familial

102. – Parallèlement au congé de solidarité familiale, le législateur a ouvert une autre autorisation d'absence non rémunérée destinée à favoriser une meilleure conciliation entre la vie professionnelle et la vie familiale du salarié dont l'un des proches est atteint d'un handicap ou d'une perte d'autonomie d'une particulière gravité²²⁰. Ce dispositif, qui s'applique dans des conditions très proches de celles applicables au congé de solidarité familiale, bénéficie cependant d'un champ d'application plus large puisqu'il est ouvert aux salariés dont le

²¹⁴ Depuis la loi 2010-209 du 2 mars 2010

²¹⁵ C. trav. art. L. 3142-16

²¹⁶ C. trav. art. L. 3142-17

²¹⁷ C. trav. art. D. 3142-8-1

²¹⁸ C. trav. art. D. 3142-6

²¹⁹ C. trav. art. D. 3142-7

²²⁰ C. trav. art. L. 3142-22

conjoint, concubin, partenaire lié par un pacte civil de solidarité, ascendant, descendant, enfant à charge, collatéral jusqu'au quatrième degré, ascendant, descendant ou collatéral jusqu'au quatrième degré de son conjoint, concubin ou partenaire lié par un pacte civil de solidarité²²¹ est atteint d'un handicap ou d'une perte d'autonomie particulièrement grave.

103. – Tous ces congés ont pour objet d'accorder les exigences de la vie professionnelle du salarié à la survenance d'évènements personnels particulièrement difficiles. Perspective plus réjouissante, le droit du travail aménage également la vie professionnelle et la vie familiale des salariés pendant l'exécution du contrat de travail dans l'éventualité de la maternité, de la paternité, de l'adoption et de l'éducation des enfants.

2. Congés pour raisons personnelles

104. – Les temps d'absence qui sont accordés pour laisser place à la vie personnelle, s'ils induisent nécessairement une mise à l'écart de l'entreprise, ne sont pas, pour autant, forcément synonymes d'inactivité totale pour le salarié²²². En effet, ces périodes de congé peuvent être accordées pour permettre au salarié d'accomplir des activités philanthropiques (a), citoyennes (b) ou sociales (c). Sous certaines conditions, le salarié dispose du droit de prendre des congés pour convenances personnelles (d).

a) Congés philanthropiques

105. – Congé de solidarité internationale. – Les salariés ayant au moins un an d'ancienneté dans l'entreprise ont droit à un congé non rémunéré « *pour participer à une mission hors de France pour le compte d'une association à objet humanitaire (...) ou pour le compte d'une organisation internationale dont la France est membre* »²²³. On retrouve là une des problématiques majeures de notre sujet, celle de la conciliation entre la vie personnelle du salarié et les intérêts de l'entreprise. Cette question est en l'occurrence arbitrée par la loi qui prévoit que l'employeur peut adresser un refus motivé au salarié lorsque la prise du congé de solidarité internationale peut avoir des « *conséquences préjudiciables à la production et à la marche de l'entreprise* »²²⁴. Afin d'aménager un certain équilibre et d'empêcher un trop grand

²²¹ *Ibid.*

²²² P. IRIART, L'inactivité du salarié : Thèse Bordeaux IV, 1996

²²³ C. trav. art. L. 3142-32

²²⁴ C. trav. art. L. 3142-34

nombre de départs pouvant nuire à l'entreprise, l'employeur peut également refuser le bénéfice du congé de solidarité internationale lorsqu'il est établi qu'une certaine proportion de l'effectif total de l'entreprise bénéficie déjà de ce congé à la date de départ envisagée par le salarié²²⁵.

106. – Congé pour catastrophe naturelle. – Lorsqu'une zone est touchée par une catastrophe naturelle constatée par arrêté ministériel²²⁶, le salarié qui réside ou qui est habituellement employé dans cette zone peut bénéficier d'un congé « *pour participer aux activités d'organismes apportant une aide aux victimes de catastrophes naturelles* »²²⁷. Dans la mesure où le texte exige un arrêté ministériel, il faut en déduire que ce congé ne vaut que pour les catastrophes naturelles atteignant le territoire national. On peut regretter cette limitation dans un monde du travail « globalisé » qui met la mobilité à l'honneur. En effet, les salariés étrangers employés sur le territoire national – et ils sont nombreux – ne pourront bénéficier du congé dans le cas où une catastrophe naturelle atteindrait leur résidence hors de France. Par ailleurs, comme pour le congé de solidarité internationale, l'employeur dispose d'un droit de refus motivé lorsque la prise du congé peut avoir des conséquences sur la bonne marche de l'entreprise²²⁸. L'équilibre entre les intérêts personnels et les intérêts de l'entreprise ne semble pourtant pas pouvoir être apprécié de la même manière pour l'octroi d'un congé de solidarité internationale que pour celui du bénéfice d'un congé pour catastrophe naturelle.

107. – Volontariat dans les corps de sapeurs-pompiers. – Les absences des sapeurs-pompiers qui participent aux missions opérationnelles de sécurité civile de toute nature qui sont confiées aux services d'incendie et de secours sur l'ensemble du territoire ou qui se forment en vue de leur engagement ou de leur perfectionnement entraînent la suspension du contrat de travail lorsqu'elles coïncident avec les périodes de travail²²⁹.

108. – Secours et sécurité civile. – Les salariés qui sont engagés dans la réserve de sécurité civile ou qui sont membres d'une association agréée en matière de sécurité civile bénéficient, sur autorisation de leur employeur, d'une autorisation d'absence pendant leurs périodes d'activité²³⁰. Leur contrat de travail est alors suspendu. On retrouve déjà dans ce congé l'esprit des congés citoyens qui permettent d'aménager une parenthèse dans la vie professionnelle du salarié qui doit ou désire s'impliquer dans la vie de la Cité.

²²⁵ C. trav. art. D. 3142-15

²²⁶ L. n° 82-600 du 13 juillet 1982 art. 1er, al. 4 : JO 14.

²²⁷ C. trav. art. L. 3142-41

²²⁸ C. trav. art. L. 3142-42

²²⁹ L. n° 96-370 du 3 mai 1996 modifiée par. L. n°2004-811 du 13 août 2004

²³⁰ C. trav. art. L. 3142-108 s.

b) Congés citoyens

109. – Congé politique. – Le citoyen précède le salarié. Ainsi, l'employeur doit laisser au salarié candidat à l'Assemblée nationale, au Sénat, au Parlement européen, au Conseil municipal dans une commune d'au moins 3.500 habitants, au Conseil général, au Conseil régional ou à l'Assemblée de Corse le temps nécessaire pour participer à la campagne électorale dans une limite de vingt jours ouvrables²³¹. Toutefois, le bénéfice de ce congé ne s'étend pas aux suppléants²³². Si, à l'issue de la campagne, le salarié est élu à l'Assemblée nationale ou au Sénat, son contrat de travail est suspendu²³³ à sa demande jusqu'à l'expiration de son mandat à condition qu'il bénéficie au moins d'une année d'ancienneté à la date de son entrée en fonction²³⁴. A l'expiration de son mandat, l'ancien élu est réintégré dans son emploi d'origine²³⁵. Lorsque la suspension du contrat de travail a été d'une durée supérieure à cinq ans, le salarié ne bénéficie pas du droit à réintégration en cas de renouvellement du mandat ou lorsque le salarié siégeant à l'Assemblée nationale ou au Sénat est élu dans l'autre assemblée suite à son premier mandat²³⁶. Dans ces deux derniers cas, le salarié bénéficie tout de même d'une priorité de réembauche pendant un an à l'issue de ses mandats.

110. – Congé militaire. – L'appel sous les drapeaux fait en quelque sorte capituler le pouvoir de direction. Trois hypothèses sont envisageables. La première est celle de la réquisition des citoyens pour la défense nationale. Chaque salarié réquisitionné devrait alors bénéficier d'un congé pendant la durée de mobilisation. Cette hypothèse n'est toutefois pas prévue par le Code du travail²³⁷ puisque la conscription a désormais disparue du droit et des usages militaires français. La deuxième hypothèse est celle du salarié qui est appelé au service national, dont le contrat de travail doit être suspendu pendant la durée du service²³⁸. Cette règle, bien qu'encore énoncée dans le Code du travail, n'est applicable qu'au service national « *en application du*

²³¹ C. trav. art. L. 3142-56 s.

²³² Douai, 15 octobre 1981 : JCP 82, éd. CI, I, 11098, p. 398, n° 5, obs. B. Teyssié

²³³ Le texte ne précise pas que la suspension du contrat de travail vaut également pour les représentants élus au Parlement européen, au conseil municipal dans une commune d'au moins 3.500 habitants, au conseil général, au conseil régional ou à l'Assemblée de Corse.

²³⁴ C. trav. art. L. 3142-60

²³⁵ C. trav. art. L. 3142-61

²³⁶ C. trav. art. L. 3142-62

²³⁷ Tout juste en observe-t-on un trace à l'article L. 3141-5, 6° du Code du travail qui dispose que les périodes durant lesquelles le salarié est maintenu ou rappelé au service national sont considérées comme des périodes de travail effectif pour le calcul des congés payés.

²³⁸ C. trav. art. L. 3142-71

livre II du Code du service national » ; elle est donc suspendue depuis le 28 octobre 1997²³⁹. La troisième hypothèse est celle des salariés engagés et appelés à servir en réserve opérationnelle. Dans la limite de cinq jours par an, les salariés réservistes bénéficient d'une autorisation d'absence pendant laquelle leur contrat de travail est suspendu. Au-delà de cinq jours d'absence, le salarié doit requérir l'autorisation de l'employeur. Une autorisation d'absence exceptionnelle est ensuite accordée au salarié qui participe à la journée d'appel et de préparation à la défense.

111. – Congé judiciaire. – L'employeur peut devoir faire face à l'intervention d'un salarié dans le champ judiciaire. Ainsi, le chef d'entreprise est tenu de laisser le temps nécessaire pour remplir leurs fonctions aux salariés qui sont amenés à préparer les élections prud'homales, aux salariés membres du conseil supérieur de la prud'homie, aux salariés assistant les parties devant le conseil de prud'hommes ainsi qu'aux salariés assesseurs du tribunal des affaires de la sécurité sociale²⁴⁰. Toutefois, si le Code du travail et le Code de la sécurité sociale réglementent largement les cas de participation judiciaire « sociales » des salariés, il ne dit mot des participations judiciaires de droit commun. Il est admis que « *la suspension du contrat de travail doit être admise pour les interruptions de courte durée motivées par l'accomplissement des fonctions de juré ou de témoin* »²⁴¹. Aucune réponse n'est disponible pour la récente fonction de citoyen-assesseur²⁴², il y a cependant toutes les raisons de penser qu'une solution identique aux témoins et aux jurés doive être appliquée.

c) Congés sociaux

112. – Instances d'emploi, formation ou jury professionnel. – Les salariés qui sont désignés pour siéger dans des commissions traitant de problèmes d'emploi ou de formation ainsi que les salariés désignés pour participer à un jury d'examen ou de validation des acquis de l'expérience bénéficient du temps nécessaire pour accomplir ces fonctions. Entièrement rémunérées, les absences qui en résultent peuvent néanmoins donner lieu à une opposition de la part de l'employeur si ce dernier estime, après avis conforme du comité d'entreprise ou, à

²³⁹ L. n° 97-1019 du 28 octobre 1997 art. 2 : Les articles L. 1er à L. 159 du code du service national constituent le livre II du code du service national. Ses dispositions sont suspendues pour les jeunes gens nés après le 31 décembre 1978.

²⁴⁰ C. trav. art. L. 1441-34 ; L. 1453-4 et CSS art. L. 142-5.

²⁴¹ Rép. Andrieux : JOAN 28 octobre 1978 p. 6891 n° 4095.

²⁴² L. 2011-939 du 10 août 2011

défaut, des délégués du personnel, qu'elles pourraient nuire à l'entreprise en affectant sa production ou sa marche²⁴³.

113. – Formation économique, sociale ou syndicale. – Les salariés qui veulent participer à des stages de formation économique, sociale ou syndicale peuvent en faire la demande à l'employeur dans la mesure où leur participation n'affecte ni la production ni la marche de l'entreprise et où ces formations sont dispensées par des centres rattachés à des organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel ou par des instituts spécialisés. A défaut de dispositions conventionnelles plus favorables, cette absence est partiellement rémunérée dans les entreprises de plus de dix salariés²⁴⁴.

114. – Formations de cadres et d'animateurs pour la jeunesse. – Les salariés de moins de vingt-cinq ans qui désirent « *participer aux activités des organisations de jeunesse et d'éducation populaire, des fédérations et associations sportives agréées par l'autorité administrative, destinées à favoriser la préparation et la formation ou le perfectionnement de cadres et animateurs* »²⁴⁵ peuvent bénéficier d'une autorisation d'absence non rémunérée et fractionnable de six jours par an à cette effet.

115. – Congé de représentation. – Les salariés qui sont désignés comme représentants d'associations ou de mutuelles pour siéger dans une de leurs instances bénéficient d'une autorisation d'absence non rémunérée de neuf jours par an pour participer à ces réunions dans la mesure où leur participation n'affecte ni la production ni la marche de l'entreprise et où ces instances sont instituées par une disposition législative ou réglementaire²⁴⁶.

d) Congé sabbatique

116. – Signification. – Le congé sabbatique est au rang de ces surprises auxquelles laisse parfois place l'exploration du Code du travail ; cette consonance religieuse surgissant au milieu de congés aux appellations si techniques et désespérément modernes produit un curieux effet. L'expression nous provient de l'hébreu « *sēnat šabbātōn* » qui signifie littéralement « *année de*

²⁴³ C. trav. art. L. 3142-3 s.

²⁴⁴ C. trav. art. L. 3142-7 s.

²⁴⁵ C. trav. art. L. 3142-43

²⁴⁶ C. trav. art. L. 3142-51 s.

repos, de cessation »²⁴⁷. Elle survient tous les sept ans afin de laisser la terre en jachère, exemptée une année du labeur des hommes pour continuer ensuite de donner ce qu'elle a de meilleur. L'esprit est le même que pour le repos dominical : à six jours de travail doit succéder un jour de repos, à six années de travail doit succéder une année de repos. Evidemment, le repos n'est pas ici entendu comme une léthargie, mais comme une dynamique. Un temps pour faire autre chose que ce que l'on fait habituellement au travail ; un temps pour la vie personnelle. Tel est le sens du congé sabbatique²⁴⁸.

117. – Régime. – On retrouve encore aujourd'hui une trace septennale biblique dans les dispositions qui organisent le congé sabbatique. En effet, n'en bénéficient que les salariés qui justifient d'au moins six années d'exercice professionnel²⁴⁹ et de trois ans d'ancienneté dans l'entreprise²⁵⁰. Au cours de la septième année d'exercice, le salarié qui remplit ces conditions a droit à un congé non rémunéré²⁵¹ d'une durée comprise entre six et onze mois²⁵². A l'issue de cette durée, le salarié est réintégré dans ses anciennes fonctions ou dans un emploi similaire avec une rémunération équivalente²⁵³. Face à cette faculté, l'employeur dispose d'un pouvoir de contrôle. Dans les entreprises de moins de deux cents salariés, l'employeur peut différer le départ du salarié de manière discrétionnaire ou en fonction du nombre de salariés déjà absents au titre du congé sabbatique, du congé pour création d'entreprise ou du congé pour exercice d'une fonction de direction au sein d'une jeune entreprise innovante²⁵⁴ ; il peut également refuser le départ du salarié après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel s'il estime que le congé peut avoir des conséquences préjudiciables pour l'entreprise²⁵⁵. Dans les entreprises de plus de deux cents salariés, l'employeur ne pourra pas renoncer au départ du travailleur, mais pourra seulement le différer dans les conditions qui viennent d'être évoquées.

²⁴⁷ Lévitique. 25, 2 : « *Parle aux enfants d'Israël, et tu leur diras: Quand vous serez entrés dans le pays que je vous donne, la terre se reposera: ce sera un sabbat en l'honneur de l'Éternel* ».

²⁴⁸ L'année sabbatique est également une année de congé rémunérée accordée tous les sept ans aux professeurs des universités nord-américaines notamment, afin de leur permettre de se consacrer à leurs travaux personnels.

²⁴⁹ Non entrecoupées d'un congé sabbatique, d'un congé pour création d'entreprise ou d'un congé individuel de formation d'une durée supérieure ou égale à 6 mois.

²⁵⁰ C. trav. art. L. 3142-92

²⁵¹ Sauf dispositions conventionnelles plus favorables.

²⁵² Rapp. AN 1801 p. 31 relatif à la loi 84-4 du 3 janvier 1984.

²⁵³ C. trav. art. L. 3142-95

²⁵⁴ C. trav. art. L. 3142-94 et L. 3142-96

²⁵⁵ C. trav. art. L. 3142-97

118. – Le congé sabbatique, éventuellement couplé à des dispositifs conventionnels ou unilatéraux de congés sans solde, permet donc au salarié d'exercer l'activité de son choix, de réaliser un projet personnel, tout en évitant que le contrat de travail ne soit rompu. Il permet ainsi l'ouverture « *de nouveaux espaces de liberté : liberté offerte aux plus imaginatifs de réaliser leurs rêves, quelle qu'en soit la nature ; liberté pour tous les autres, pour ceux dont le travail est le seul horizon ; liberté pour le repos, les loisirs, le changement d'espace ou de rythme de vie ; liberté pour créer, se cultiver, s'ouvrir à de nouveaux univers. Il peut permettre, par exemple, de se consacrer pleinement à des activités associatives ou d'assumer plus facilement certaines contraintes de la vie familiale* »²⁵⁶, mais aussi de la vie parentale.

II. Vie parentale pendant l'exécution du contrat de travail

119. – La République doit assurer à la famille les conditions nécessaires à son développement²⁵⁷. C'est à la lumière de ce principe que la France s'est dotée de politiques familiales qui trouvèrent un écho en droit du travail. Considérant ceci, traiter de la vie personnelle du salarié pendant l'exécution du contrat de travail implique, selon nous, d'étudier la manière dont le droit du travail aborde la naissance, évènement majeur au sein de la famille. Sujet intime et distinct des relations de travail, la loi sociale se préoccupe pourtant de la vie parentale des salariés ; l'employeur se retrouvera bien souvent confronté au *pater familias*²⁵⁸, et à la *mater familias*²⁵⁹. Cette expression, volontairement anachronique, exprime pourtant bien la rémanence de l'ancienne conception latine qui tend à faire de la famille un espace sacré, préservé de toute violation. C'est précisément cette conception que l'on retrouve en filigrane dans les dispositions juslaboristes qui prévoient une protection particulière de la mère (A) et la faculté de suspendre le contrat de travail pour s'occuper de son enfant dans le cadre de congés parentaux (B).

A. Protection de la mère

120. – La Nation doit garantir la protection de la santé et la sécurité matérielle de la mère²⁶⁰. Cette règle de valeur constitutionnelle trouve une traduction en droit du travail, ce dernier prévoyant des dispositions protectrices destinées, *in fine*, à concilier la vie professionnelle et la

²⁵⁶ JOAN 24 novembre 1983 p. 5636 s.

²⁵⁷ V. en ce sens Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 10, op. cit.

²⁵⁸ Mot latin désignant le chef de famille, le maître de maison, l'homme dans sa fonction de père.

²⁵⁹ Mot latin désignant la maîtresse de maison, la femme dans sa fonction de mère

²⁶⁰ Préambule de la Constitution du 27 Octobre 1946, al. 11

vie familiale de la mère. Nous avons déjà rencontré et nous rencontrerons encore ce type de normes, dont il convient à présent d'étudier celles qui s'appliquent pendant l'exécution du contrat de travail. La vie personnelle de la salariée enceinte induit une distorsion des conditions de travail que l'employeur devra prendre en compte tant au stade prénatal (1) qu'au stade postnatal (2).

1. Avant la naissance

121. – Interdiction des mutations. – La fragilité de la femme enceinte, l'interdiction des discriminations en raison de la grossesse et des investigations relatives à l'état de grossesse justifient que l'employeur ne puisse prononcer la mutation d'une salariée enceinte²⁶¹. Nous nous trouvons-là dans une situation où un état tout à fait privé vient poser une limite à l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur²⁶². Cependant, par exception, il y a tout lieu de penser que l'employeur puisse procéder à la mutation d'une salariée enceinte lorsqu'il se retrouve dans l'impossibilité de la maintenir à son poste pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement²⁶³. On pense notamment à l'hypothèse de la suppression du poste d'une salariée enceinte dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, l'employeur serait alors, selon nous, à même de prononcer la mutation de la salariée dans le cadre de son obligation de reclassement. Ce sera également le cas lorsque le service dans lequel travaille la salariée est transféré dans une autre ville²⁶⁴.

122. – Affectations pour nécessités médicales. – Il existe une autre exception au principe d'interdiction des mutations. En effet, la salariée enceinte peut être temporairement affectée dans un autre emploi « *lorsque son état de santé médicalement constaté l'exige* »²⁶⁵. Du terme « *médicalement* », il faut déduire que la nécessité médicale ne peut être constatée que par un certificat médical. Cette mutation peut se faire à la demande de la salariée ou à celle de l'employeur. L'affectation reste pour autant subordonnée à l'accord de la salariée. En cas de désaccord, le médecin du travail est seul habilité pour établir la nécessité médicale de changement d'emploi et l'avis d'aptitude au nouvel emploi de la salariée. Reste que l'hypothèse d'une impossibilité de reclassement n'est pas prévue par les textes, ni par la

²⁶¹ C. trav. art. L. 1225-1

²⁶² V. en ce sens CA Paris 1er octobre 2009 n° 08-01611, ch. 6-8, B. c/ Sté Washington opéra.

²⁶³ La Chambre sociale a déjà retenu une solution analogue dans le cadre d'un licenciement. V. Cass. soc. 15 décembre 2010 n° 09-42.539.

²⁶⁴ Cass. soc. 1er février 1984 n° 81-42.223

²⁶⁵ C. trav. art. L. 1225-7

jurisprudence. Dans la mesure où l'affectation temporaire ne doit entraîner aucune baisse de la rémunération²⁶⁶, la nécessité médicale de muter la salariée à défaut de poste disponible pour le son reclassement devrait entraîner la suspension de son contrat de travail assortie d'un maintien total de sa rémunération. Cette période d'affectation ou de suspension du contrat de travail n'étant que temporaire²⁶⁷, elle prend fin soit à l'issue de la grossesse soit lorsque l'état de santé de la salariée lui permet de réintégrer son poste d'origine.

123. – Travail de nuit. – On retrouve une logique de protection similaire pour la salariée enceinte qui travaille de nuit. Celle-ci peut bénéficier à sa demande ou à celle du médecin du travail d'une affectation sur un poste de jour « *pendant la durée de sa grossesse et la durée du congé postnatal* »²⁶⁸. Curieusement, la loi prévoit cette fois-ci expressément les conséquences d'une impossibilité de reclassement. Par écrit, l'employeur doit faire connaître à la salariée les raisons qui s'opposent à son affectation sur un poste de jour. Le contrat de travail de la salariée est alors suspendu jusqu'à « *la date du début du congé légal de maternité et éventuellement durant la période complémentaire qui suit la fin de ce congé* »²⁶⁹. La rémunération de la salariée est dans ce cas composée d'une allocation versée aux femmes dispensées de travail²⁷⁰ et d'une indemnisation complémentaire versée par l'employeur en cas d'absence pour maladie ou accident²⁷¹.

124. – Exposition à des risques particuliers. – Lorsqu'une salariée en état de grossesse médicalement constaté travaille dans un environnement à risque, l'employeur a l'obligation de lui proposer un autre emploi « *compatible avec son état* »²⁷². Les risques entraînant cette obligation sont définis d'une manière fort lacunaire par le règlement, ce dernier évoquant seulement les agents toxiques, produits antiparasitaires, benzène, plomb métallique, virus de la rubéole ou du toxoplasme et travaux en milieu hyperbare. Si ces hypothèses paraissent réductrices par rapport à l'étendue des conditions de travail susceptibles d'exposer la femme enceinte à un risque, il faut garder à l'esprit que la femme enceinte qui ne peut prétendre à un reclassement au titre de l'exposition à des risques particuliers le peut éventuellement au titre d'une nécessité médicale. Les conditions de travail potentiellement dangereuses pour la salariée ouvrant droit au reclassement seront alors beaucoup plus vastes : efforts physiques

²⁶⁶ C. trav. art. L. 1225-7, al. 5

²⁶⁷ C. trav. art. L. 1225-7, al. 1 et 4

²⁶⁸ C. trav. art. L. 1225-9

²⁶⁹ C. trav. art. L. 1225-10

²⁷⁰ CSS, art. L. 333-1

²⁷¹ C. trav. art. L. 1226-1

²⁷² C. trav. art. L. 1225-12

intenses et répétés, station debout prolongée, port de charges lourdes, exposition aux trépidations, risques toxicologiques et enfin « *charge physique et psychique de travail en fin de grossesse* »²⁷³. Là encore, l'échec du processus de reclassement entraîne la suspension du contrat de travail. La salariée bénéficie alors d'une garantie de rémunération identique à celle dont elle aurait bénéficié en cas de réaffectation sur un poste de jour.

125. Autorisations d'absences. – Pendant le temps de sa grossesse, l'employeur est tenu d'accorder à la salariée une autorisation d'absence pour se rendre aux examens médicaux obligatoires²⁷⁴. Un mécanisme similaire a été mis en place pour permettre à la salariée de s'absenter pour faire don de ses ovocytes²⁷⁵. Ces temps d'absences sont pleinement considérés comme du temps de travail effectif. Ce dispositif est également applicable pour les examens médicaux obligatoires suite à l'accouchement.

2. Après la naissance

126. – Certains dispositifs de protection bénéficiant à la salariée en état de grossesse sont également applicables, dans les mêmes conditions, après la naissance de l'enfant. Outre les autorisations d'absence, c'est le cas des affectations temporaires concernant les salariées qui travaillent de nuit ou qui sont exposées à des risques particuliers. En revanche, le bénéfice des dispositifs d'interdiction de mutation et d'affectation temporaire pour nécessités médicales semble exclu dans la période postnatale.

127. – Allaitement. – Si l'accouchement a pour effet de priver la salariée du bénéfice de certains dispositifs protecteurs, il constitue le point de départ d'un mode original d'aménagement du temps de travail. La mère dispose en effet, à compter du jour de l'accouchement, d'une heure par jour pour allaiter son enfant durant les heures de travail²⁷⁶. Ce temps est scindé en deux périodes d'une demi-heure, une le matin, une l'après-midi. L'allaitement est un moment d'une particulière intimité entre la mère et son enfant. Cette intimité trouve une traduction intense en droit du travail dans la mesure où, si la mère a la possibilité d'allaiter en dehors de l'entreprise, elle le peut tout autant au sein même de l'établissement²⁷⁷. Bien que dans ce cas la période d'allaitement soit réduite à quarante

²⁷³ Circ. DRT du 2 mai 1985 : BOMT n° 85/23-24

²⁷⁴ C. trav. art. L. 1225-16

²⁷⁵ CSS art. L. 1244-5

²⁷⁶ C. trav. art. L. 1225-30

²⁷⁷ C. trav. art. L. 1225-31

minutes²⁷⁸, il est un exemple frappant de la « *force juridique en intensité* »²⁷⁹ des problématiques liées la vie personnelle du salarié sur la détermination des conditions de travail. En effet, la loi prévoit que dans les entreprises dont l'effectif féminin est supérieur à cent, l'employeur « *peut être mis en demeure d'installer dans son établissement ou à proximité des locaux dédiés à l'allaitement* »²⁸⁰. Plus encore, le droit va même jusqu'à planifier en détail l'organisation de ces locaux dédiés à l'allaitement²⁸¹, dédiés à l'intimité.

128. – La protection de la maternité constitue un exemple indubitable de promiscuité entre vie personnelle et vie professionnelle dans le droit des relations de travail, allant jusqu'à faire de l'entreprise le théâtre même de l'intimité des salariées allaitantes. Cette promiscuité, nous la retrouvons également non pas au sein de l'entreprise mais au sein des normes sociales organisant les congés parentaux.

B. Congés parentaux

129. – Le droit du travail permet un aménagement nécessaire entre la vie professionnelle et les exigences personnelles liées à la vie parentale des salariés. Ces congés peuvent être pris soit à l'occasion de la naissance ou de l'adoption de l'enfant (1), soit à l'occasion de l'éducation de l'enfant (2).

1. Congés liés à la naissance ou à l'adoption de l'enfant

a) Congé maternité

130. – Contexte européen. – Protéger la femme enceinte est un objectif de justice sociale largement partagé. L'Union Européenne ne fait pas exception²⁸² et la Cour de Justice, de manière constante, affirme que la politique de protection de la maternité se traduit par deux objectifs principaux : « *il s'agit d'assurer, d'une part, la protection de la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse et, à la suite de celle-ci, jusqu'à un moment où ses*

²⁷⁸ C. trav. art. R. 1225-6 : deux périodes de 20 minutes.

²⁷⁹ Selon l'expression du Professeur G. Borenfreund.

²⁸⁰ C. trav. art. L. 1225-32

²⁸¹ C. trav. art. R. 4152-13 s.

²⁸² Directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail

fonctions physiologiques et psychiques sont normalisées à la suite de l'accouchement, et d'autre part, la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à la grossesse et à l'accouchement, en évitant que ces rapports soient troublés par le cumul des charges résultant de l'exercice simultané d'une activité professionnelle »²⁸³.

131. – Choix de la protection. – Deux grandes voies sont envisageables pour la protection de la maternité au travail. La première consiste à protéger la mère ; cette politique prend en compte l'exercice de la maternité au même titre que n'importe quelle autre activité professionnelle et se traduit donc par un maintien total du salaire pendant la période de congé-maternité. L'Allemagne dispose d'une législation de ce type. La seconde consiste à protéger la salariée ; cette politique se « focalise » donc sur le soutien de la carrière et tend à limiter au maximum l'impact de la maternité sur l'évolution professionnelle de la femme à grand renfort des règles anti-discrimination. La France dispose d'une législation de ce type.

132. – Régime français. – La femme enceinte bénéficie d'un congé maternité d'une durée minimale de seize semaines : six semaines avant la date présumée de l'accouchement et dix semaines après la date de celui-ci²⁸⁴. La durée de ce congé varie cependant en fonction des conventions collectives²⁸⁵, mais également en fonction de la situation personnelle de la mère. La durée du congé maternité sera donc portée à trente-quatre ou quarante-six semaines en cas de naissances multiples²⁸⁶ et à vingt-six semaines lorsque la salariée ou son foyer assume au moins la charge de deux enfants²⁸⁷. Ces durées ne sont pas inflexibles ; elles peuvent être aménagées soit par la volonté de la salariée lorsque celle-ci désire reporter une partie des semaines prénatales de congés sur la durée du congé postnatal²⁸⁸, soit en raison de la survenance d'évènements délicats comme une naissance prématurée²⁸⁹, une pathologie liée à la maternité²⁹⁰ ou bien encore une hospitalisation du nouveau-né²⁹¹. Quelle que soit sa durée, le congé maternité entraîne la suspension du contrat de travail. Il est une question cependant que la loi se refuse de traiter : celle de la rémunération de la salariée pendant la durée du congé maternité. Illustrant bien la tendance de la politique française évoquée ci-dessus, la loi ne fait

²⁸³ CJCE, 11 janv. 2000, aff. 285/98 : Rec. CJCE 2000, I, p. 69

²⁸⁴ C. trav. art. L. 1225-17

²⁸⁵ V. infra

²⁸⁶ C. trav. art. L. 1225-18

²⁸⁷ C. trav. art. L. 1225-19

²⁸⁸ C. trav. art. L. 1225-17

²⁸⁹ C. trav. art. L. 1225-20

²⁹⁰ C. trav. art. L. 1225-21

²⁹¹ C. trav. art. L. 1225-23

que prévoir une égalité de rémunération avant et après le congé maternité²⁹² ainsi qu'une majoration, « à la suite de ce congé, des augmentations générales ainsi que de la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant la durée de ce congé par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle »²⁹³.

133. – Incidences. – Le choix de l'une ou de l'autre politique induit une conception différente de la vie personnelle de la mère par rapport à sa vie professionnelle. En effet, une politique « *carriériste* » sous-entend une étanchéité totale entre la maternité et le travail : la maternité ne doit en aucun cas se ressentir sur le parcours professionnel de la salariée. En revanche, une politique « *maternaliste* » traduit une vision complémentaire de l'activité professionnelle et de la maternité ; l'une étant tout à fait liée à l'autre. Avec un taux de natalité parmi les plus élevés de l'Union Européenne²⁹⁴, la France ne prévoit aucune obligation de maintien du salaire pendant la maternité. La garantie de rémunération est assurée par la Nation dans la mesure où la femme enceinte perçoit les indemnités journalières de la sécurité sociale. Si le principe est louable, il a cependant pour effet de créer une perte de revenu en raison de la différence qui existe entre le montant net de la rémunération et le montant des indemnités journalières de la sécurité sociale. Il ne serait donc pas extravagant que la loi prévoit, à l'instar de la garantie de rémunération qui existe en matière de maladie et d'accidents²⁹⁵, une indemnisation complémentaire à la charge de l'employeur consistant en une garantie de rémunération pendant la durée du congé maternité. Bien que souvent pratiquée, l'inscription de cette garantie dans la loi consacrerait un principe selon lequel l'entreprise, personne morale, doit également participer à la protection de la maternité au côté du reste de la Nation. La Commission européenne avait par ailleurs proposé d'augmenter la durée minimale du congé maternité en la portant à dix-huit semaines tout en prévoyant le maintien total du salaire pendant cette période dans le cadre de « *mesures destinées à mieux concilier la vie professionnelle, la vie privée et la vie de famille des Européens* »²⁹⁶.

²⁹² C. trav. art. L. 1225-25

²⁹³ C. trav. art. L. 1225-26

²⁹⁴ Source : http://www.ined.fr/fr/pop_chiffres/pays_developpes/natalite_mortalite_infantile/

²⁹⁵ C. trav. art. L. 1226-1

²⁹⁶ Comm. CE, 3 oct. 2008, communiqués n° IP/08/1449, IP/08/1450 et MEMO/08/603

b) Congé paternité

134. – Régime. – Contrairement à la mère, le père ne dispose d'un congé qu'après la naissance de son enfant. Ce congé est d'une durée légale de onze jours consécutifs ou dix-huit jours en cas de naissances multiples²⁹⁷. Toutefois, si les durées sont différentes du congé maternité, les effets sont identiques. Le congé paternité entraîne la suspension du contrat de travail et donne droit à la perception des indemnités journalières de la sécurité sociale ; aucun maintien de rémunération n'est prévu et le salarié doit retrouver une rémunération équivalente et un emploi similaire à celui qu'il occupait avant son congé²⁹⁸.

135. – Inégalités. – A l'heure où l'égalité hommes/femmes fait tant parler d'elle, on constate qu'un gouffre béant sépare encore le congé accordé à la mère de celui qui est accordé au père. Sans doute est-ce là une évocation de la trace indélébile que le modèle de « *l'homme gagne-pain* » a laissée en droit du travail. Pourtant si, *de facto*, la situation du père est différente de celle de la mère²⁹⁹, il n'en demeure pas moins qu'elle est, *de jure*, rigoureusement identique. Le droit civil pose de manière claire le principe d'égalité des parents³⁰⁰ et aucun texte spécial ne remet en cause cette égalité en droit du travail. Au regard de ce constat, il serait temps que le droit social français permette une vie paternelle à la mesure de la vie maternelle, ces deux notions étant dérivées de la vie personnelle. Nous verrons par ailleurs que cette inégalité n'est pas la seule.

c) Congé d'adoption

136. – Régime. – L'adoption est un autre événement personnel qui produit des effets sur la relation de travail. Le salarié qui se voit confier un enfant en vue de son adoption « *a le droit de bénéficier d'un congé d'adoption* »³⁰¹. Ce congé est d'une durée variable selon les situations : dix semaines pour une adoption unique portant le nombre d'enfants au foyer à un ou deux, dix-huit semaines pour une adoption unique portant le nombre d'enfants au foyer à trois ou plus et vingt-deux semaines pour une adoption multiple³⁰². Cette durée peut être utilisée par un seul parent, elle peut également être répartie entre les deux parents. La durée de

²⁹⁷ C. trav. art. L. 1225-35

²⁹⁸ C. trav. art. L. 1225-36

²⁹⁹ Notamment pour des raisons biologiques.

³⁰⁰ C.Civ. art. 372 s.

³⁰¹ C. trav. art. L. 1225-37

³⁰² *Ibid.*

ce congé sera dans ce cas majorée de onze jours pour une adoption unique et de dix-huit jours pour une adoption multiple³⁰³. La prise de ce congé entraîne la suspension du contrat de travail sans maintien de la rémunération mais avec perception des indemnités journalières de la sécurité sociale.

137. – Adoption internationale. – Les salariés qui sont titulaires d'un agrément spécial pour l'adoption d'enfant à l'étranger ont droit à un congé d'adoption non rémunéré afin de leur permettre de se rendre à l'étranger³⁰⁴.

138. – Inégalités. – Une rapide comparaison s'impose. Le couple au sein duquel la femme est enceinte dispose, au minimum, de seize semaines de congés pour la mère et de onze jours pour le père à partir de la naissance de l'enfant. Le couple qui adopte un enfant dispose, au minimum, de dix semaines et onze jours de congés répartissables entre chaque parent soit six semaines plus une demi-journée chacun. Cette différence de traitement ne nous semble pas plus justifiée que celle dont nous avons fait état entre le congé paternité et le congé maternité.

2. Congés liés à l'éducation de l'enfant

a) Congé parental d'éducation

139. – Droit européen. – Un accord-cadre conclu au niveau européen prévoyait la mise en place de « *prescriptions minimales sur le congé parental et l'absence du travail pour raisons de force majeure, en tant que moyen important de concilier la vie professionnelle et familiale* »³⁰⁵. Sur ce fondement, l'accord aménageait pour tous les travailleurs, hommes et femmes, un droit à un congé parental en raison de la naissance ou de l'adoption d'un enfant, pour pouvoir s'occuper de cet enfant pendant au moins trois mois jusqu'à un âge déterminé pouvant aller jusqu'à huit ans.

140. – Droit français. – Tout salarié qui justifie d'une ancienneté minimale d'un an à la date de la naissance de son enfant, adopté ou confié en vue de son adoption, ou de l'arrivée au foyer d'un enfant qui n'a pas encore atteint l'âge de seize ans peut bénéficier, au choix, d'un congé

³⁰³ C. trav. art. L. 1225-40

³⁰⁴ C. trav. art. L. 1225-46

³⁰⁵ Accord-cadre du 14 décembre 1995 conclu entre la Confédération européenne des syndicats, le Centre européen de l'entreprise publique et l'Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe, repris par la Directive 96/34/CE du Conseil européen du 3 juin 1996

pendant lequel son contrat de travail est suspendu ou d'une réduction de la durée du travail dans le cadre d'un temps partiel supérieur ou égal à seize heures par semaine³⁰⁶. D'une durée d'un an, le congé parental ou la période de travail à temps partiel peuvent être renouvelés deux fois sans pouvoir excéder trois ans à partir de la naissance de l'enfant biologique, trois ans à partir de l'arrivée au foyer de l'enfant adopté. Par exception, le congé parental ne pourra durer qu'une année à partir de l'arrivée au foyer d'un enfant adopté ayant entre trois et seize ans³⁰⁷. Une certaine flexibilité est prévue pour le cas où surviendraient des circonstances délicates telles que la maladie, l'accident ou le handicap de l'enfant ; les durées du congé ou de la période d'activité à temps partiel précédemment évoquées sont alors rehaussées d'une année³⁰⁸. En cas de décès de l'enfant ou de diminution importante des ressources du foyer, le salarié qui est en congé parental pourra soit reprendre son activité initiale, soit basculer sur une période de travail à temps partiel ; le salarié qui est déjà en période d'activité à temps partiel pourra reprendre son activité initiale et, avec l'accord de l'employeur, en modifier la durée³⁰⁹.

b) Congé pour enfant malade et congé de présence parentale

141. – Maladie ou accident occasionnel. – Le salarié bénéficie d'un congé non rémunéré d'une durée maximum de trois jours par an en cas de maladie ou d'accident médicalement constaté d'un enfant de moins de seize ans dont il a la charge. Lorsque l'enfant est âgé de moins d'un an ou lorsque le salarié assume la charge d'au moins trois enfants de moins de seize ans, cette durée est portée à cinq jours³¹⁰.

142. Maladie, accident ou handicap d'une particulière gravité. – Lorsque la maladie, l'accident ou le handicap de l'enfant à charge sont si graves qu'ils exigent une « *présence continue et des soins contraignants* »³¹¹, les parents bénéficient d'un droit à congé non rémunéré pendant une période maximale de trois ans. La durée initiale de ce congé est déterminée par le certificat médical qui atteste de la particulière gravité de la maladie, de l'accident ou du handicap³¹². Tous les six mois, cette durée fait l'objet d'un réexamen qui donne lieu à un nouveau certificat médical³¹³ établissant ou non la durée de prorogation du

³⁰⁶ C. trav. art. L. 1225-47

³⁰⁷ C. trav. art. L. 1225-48

³⁰⁸ C. trav. art. L. 1225-49

³⁰⁹ C. trav. art. L. 1225-52

³¹⁰ C. trav. art. L. 1225-61

³¹¹ C. trav. art. L. 1225-62

³¹² C. trav. art. R. 1225-15

³¹³ C. trav. art. R. 1225-17

congé dans la limite de trois-cent dix jours au sein de la période de trois ans. A l'issue de la période de trois ans, le salarié pourra à nouveau bénéficier d'un congé parental de présence dans les mêmes conditions en cas de rechute ou de récurrence de la pathologie de l'enfant pour lequel il a été accordé.

SOUS SECTION II – Conditions de travail et vie personnelle

143. – Par un effet de vases communicants, l'organisation même du travail – son temps (I) et son lieu (II) – peut favoriser ou restreindre la vie personnelle du salarié.

I. Temps de travail et vie personnelle

144. – En droit comme en fait, la frontière entre vie personnelle et vie professionnelle est ténue ; le temps de travail peut devenir un temps personnel comme le temps personnel peut devenir un temps de travail. Cette perpétuelle ambiguïté justifie l'étude des dispositions qui organisent la durée du travail (A) et la répartition du temps de travail (B) au travers du prisme de la vie personnelle.

A. Durée du travail et vie personnelle

145. – Temps de travail effectif. – La définition du temps de travail effectif illustre bien l'ambiguïté qui existe entre vie personnelle et vie professionnelle dans la mesure où « *la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles* »³¹⁴. Le temps de travail se définit donc, idéalement, comme un négatif du temps personnel et *vice versa*. La délimitation établie par cette règle est pourtant d'application délicate.

146. – Temps de pause. – Les temps de pause et de restauration sont de bons exemples du flou qui existe entre temps professionnel et temps personnel. Leur définition³¹⁵ sous-entend que les temps professionnels peuvent contenir des temps personnels lorsque le salarié se dérobe au pouvoir de direction de l'employeur. C'est ce que retient la Chambre sociale dans sa

³¹⁴ C. trav. art. L. 3121-1

³¹⁵ Il résulte des articles L. 3121-2 et L. 3121-1 du Code du travail que « *le temps nécessaire à la restauration ainsi que les temps consacrés aux pauses sont considérés comme du temps de travail effectif lorsque* » (...) « *le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles* ».

jurisprudence puisqu'elle procède à une analyse *in concreto* pour déterminer si le temps de pause constitue ou non un temps de travail effectif. Ainsi, « *la seule interdiction de quitter l'établissement ou le site ne constitue pas un élément de nature à conférer au temps de pause le caractère de temps de travail effectif ; les juges du fond auraient dû rechercher si, pendant les temps de pause, les salariés étaient tenus de répondre aux directives de l'employeur* »³¹⁶. Les temps de pause ne sont cependant pas les seules occasions d'un brouillage.

147. – Astreinte. – L'astreinte est une « *période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise* »³¹⁷. Au regard de cette définition, l'astreinte constitue un débordement légal et partiel du pouvoir de direction de l'employeur sur la vie personnelle et le domicile du salarié astreint. « *Temps gris* », elle est révélatrice des mutations qui affectent les rapports traditionnels de travail et l'idée même de subordination dans sa dimension temporelle ; elle marque également la fragilité des frontières entre la vie professionnelle et la vie privée. Elle fut également porteuse d'une confrontation entre temps d'astreinte et temps de repos.

148. – Temps de repos. – Le droit du travail fixe les durées et amplitudes maximales de la vie professionnelle pour garantir les durées minimales de la vie personnelle. Cette durée est qualifiée de temps de repos, temps pendant lequel, selon le fameux arrêt SLEC, le salarié doit être « *totalemment dispensé, directement ou indirectement, sauf cas exceptionnel, d'accomplir pour son employeur une prestation de travail même si elle n'est qu'éventuelle ou occasionnelle* »³¹⁸. Tout salarié bénéficie d'un repos quotidien de onze heures³¹⁹ consécutives et d'un repos hebdomadaire de trente-cinq heures³²⁰, comprenant en principe le repos dominical, pendant lequel il doit être totalement libéré du pouvoir de l'employeur. L'appellation « temps de repos » est quelque peu réductrice puisque ce temps ne sert pas qu'au « repos » du salarié : il est le véritable espace de sa vie intime et de ses activités personnelles. Ce temps de la vie privée n'est pourtant pas toujours préservé des influences professionnelles, soit du fait de la loi, soit du fait de l'employeur, soit du fait même du salarié. Du fait de la loi puisqu'elle peut aménager des intrusions professionnelles dans la vie personnelle du salarié. A ce titre, l'astreinte avait donné lieu à une confrontation entre temps de repos et temps de travail

³¹⁶ Cass. soc. 19 Mai 2009 n° 08-40.208

³¹⁷ C. trav. art. L. 3121-5

³¹⁸ Cass. soc. 10 Juillet 2002 n° 00-18.452

³¹⁹ C. trav. art. L. 3131-1

³²⁰ C. trav. art. L. 3132-2

effectif puisque le salarié demeurait à la disposition partielle de l'employeur, il ne se trouvait donc pas en repos au sens de la jurisprudence SLEC. La loi a éludé le problème en écartant la qualification de temps de repos, tout en disposant que la durée de l'astreinte est « prise en compte dans le calcul de la durée minimale de repos quotidien (...) et des durées de repos hebdomadaires »³²¹. Une telle disposition ne suffit pas, en réalité, à effacer le flou que produit l'astreinte entre vie personnelle et vie professionnelle, flou qui peut également résulter d'un usage abusif du pouvoir de direction par le chef d'entreprise ou du zèle du salarié, grandement facilité par les nouvelles technologies de l'information et de la communication. La définition du temps de repos résultant de l'arrêt SLEC n'est pas remise en cause. Elle invite juristes, salariés et employeurs à séparer travail et intimité sans verser dans l'absolutisme : « il y a un temps pour tout, un temps pour toute chose sous les cieux »³²².

B. Répartition du temps de travail et vie personnelle

149. – Conventions de forfait annuel en jours. – Les dispositions d'aménagement et de répartition du temps de travail sont également porteuses d'une réflexion sur la vie personnelle. Dispositif notable et décrié d'aménagement du temps de travail, la convention de forfait en jours sur l'année en est une bonne illustration. L'employeur doit mener un entretien individuel avec chaque salarié ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année. Cet entretien devra, en outre, porter sur « l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale »³²³ du salarié. Par ailleurs, la conclusion d'une convention de forfait en jours sur l'année ne peut avoir pour effet de priver le salarié du bénéfice des durées maximales du travail ainsi que des repos journaliers et hebdomadaires³²⁴. L'idée-force de ces dispositions est la suivante : la mise en place d'un aménagement du temps de travail ne peut avoir pour effet de porter une atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale. Ce principe a été expressément formulé par la Chambre sociale à l'occasion d'un contentieux portant sur le changement des horaires.

150. – Répartition des horaires. – La répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année est un dispositif unique instauré par la loi du 20 Août 2008³²⁵ pour remplacer les anciens systèmes d'aménagement du temps de travail qu'étaient la

³²¹ C. trav. art. L.3121-5

³²² Ecclésiaste, III, 1

³²³ C. trav. art. L. 3121-46

³²⁴ V. en ce sens Cass. soc. 29 Juin 2011 n° 09-71.107

³²⁵ L. n° 2008-789 du 20 Août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail

modulation, les cycles ou les jours de réduction du temps de travail. Une modification substantielle de la répartition des horaires de travail du salarié étant susceptible d'engendrer, par réaction, un bouleversement du rythme de la vie personnelle du salarié, la Chambre sociale avait verrouillé l'utilisation de ces dispositifs en affirmant que l'instauration d'une modulation du temps de travail constituait une modification du contrat de travail exigeant l'accord du salarié³²⁶. La loi Warsmann a brisé cette exigence en disposant que « *la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail* »³²⁷. La mise en place d'un dispositif d'aménagement du temps de travail constitue donc un simple changement des conditions de travail qui relève du pouvoir de direction de l'employeur. Tout contrôle n'est cependant pas à exclure puisque l'exercice du pouvoir de direction est soumis, par la loi et par le juge, à des bornes générales : il ne peut avoir pour effet de porter, aux droits et libertés des personnes, une restriction qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. C'est en ce sens que la Chambre sociale a décidé, au visa de l'article L. 1121-1 du Code du travail, que « *sauf atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos, l'instauration d'une nouvelle répartition du travail sur la journée relève du pouvoir de direction de l'employeur* »³²⁸. Cet arrêt majeur est, à notre sens, révélateur d'une tendance jurisprudentielle de fond consistant à contrôler la validité d'une mesure, quelle que soit sa source, au regard de l'atteinte qu'elle porte au droit du salarié au respect de sa vie personnelle.

151. – Aménagement des horaires. – L'employeur n'est pas le seul à bénéficier d'une certaine flexibilité dans l'aménagement du temps nécessaire à l'exercice de son activité. Il peut également accorder une flexibilité dans les horaires du salarié qui en fait la demande pour des raisons qui peuvent être personnelles via les mécanismes d'horaires individualisées³²⁹ et des horaires aménagées pour la pratique régulière et contrôlée d'un sport³³⁰.

152. – Travail de nuit. – Dernier exemple de la prise en compte de la vie personnelle du salarié dans les dispositifs d'aménagement du temps de travail, le travail de nuit est une modalité particulière d'exécution du contrat de travail. La société humaine étant majoritairement diurne, l'exécution nocturne du travail peut être nuisible à l'intimité du salarié.

³²⁶ Cass. soc. 28 septembre 2010 n° 08-43.161

³²⁷ L. n° 2012-387 du 22 Mars 2012 – art. 40

³²⁸ Cass. soc. 3 novembre 2011 n° 10-14.702

³²⁹ C. trav. art. L. 3122-23 s.

³³⁰ C. trav. art. L. 3122-28

Ainsi, par le bouleversement qu'il entraîne, le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit constitue une modification du contrat de travail qui requiert l'accord du salarié³³¹. Le refus de ce dernier ne peut être constitutif d'une faute ou d'un motif de licenciement « *lorsque le travail de nuit est incompatible avec des obligations familiales impérieuses, notamment avec la garde d'un enfant ou la prise en charge d'une personne dépendante* »³³². Pour les mêmes raisons, l'accord collectif qui met en place le travail de nuit dans l'entreprise devra prévoir des mesures destinées à faciliter « *l'articulation de l'activité nocturne avec l'exercice des responsabilités sociales et familiales* »³³³ des travailleurs de nuit. Enfin, le travailleur de nuit pourra demander sa réaffectation en travail de jour lorsque des obligations familiales impérieuses la justifient³³⁴. La loi comme le juge ont donc pleinement conscience de la proximité qui existe entre le temps de travail et la vie personnelle du salarié ; nous verrons qu'une telle proximité existe également entre les lieux du travail et la vie personnelle.

II. Lieu de travail et vie personnelle

153. – L'interpénétration entre la vie personnelle et la vie professionnelle se traduit parfois par une permutableté des lieux : un lieu de vie devient un lieu de travail (A) ; un lieu de travail devient un lieu de vie (B).

A. Lieu de vie, lieu de travail

154. – Travail à domicile. – Dans certains cas, la prestation de travail du salarié est exécutée à son domicile, lieu de sa vie personnelle. Ce mode d'exécution est prévu par la loi qui, pourtant, ne fait aucune référence à la notion de domicile dans la définition du statut de travailleur à domicile³³⁵. Le droit du travail s'appliquant pleinement à ce travailleur³³⁶, l'ensemble des règles relatives à la vie personnelle étudiées précédemment valent également en matière de travail à domicile. Le travailleur à domicile dispose cependant d'une protection supplémentaire dans la mesure où le lieu de travail constitue un des piliers du contrat de travail, qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié. Ainsi, la Chambre sociale affirme que « *lorsque les parties sont convenues d'une exécution de tout ou partie de la prestation de travail par le*

³³¹ Cass. soc. 7 Avril 2004 n° 02-41.486

³³² C. trav. art. L. 3122-37

³³³ C. trav. art. L. 3122-40

³³⁴ C. trav. art. L. 3122-44

³³⁵ C. trav. art. L. 7412-1

³³⁶ C. trav. art. L. 7411-1

salarié à son domicile, l'employeur ne peut modifier cette organisation contractuelle du travail sans l'accord du salarié, (...) peu importe l'existence d'une clause de mobilité »³³⁷. Le travailleur à domicile dispose ainsi d'une protection renforcée par rapport au salarié de droit commun, pleinement sujet aux effets des clauses de mobilité. Ce travailleur à domicile est également susceptible de relever du régime du télétravail.

155. – Télétravail. – Le télétravail est défini comme « *toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon régulière et volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication dans le cadre d'un contrat de travail ou d'un avenant à celui-ci* »³³⁸. Cette définition a des répercussions significatives sur la vie personnelle du salarié. D'une part, le télétravail a pour conséquence de déplacer le lieu de travail hors des locaux de l'employeur, souvent au domicile du salarié. Comme pour le travail à domicile, la vie personnelle se trouve affectée par le débarquement de la vie professionnelle dans ce lieu de vie. Il est ensuite précisé que le télétravail est une forme volontaire d'exécution de la prestation de travail ; l'employeur ne peut donc l'imposer au salarié et le salarié ne peut l'imposer à l'employeur. D'autre part, le télétravail implique l'utilisation des technologies de l'information et de la communication qui permettent un contrôle accru de l'employeur sur le salarié. Ainsi, « *l'employeur est tenu de respecter la vie privée du télétravailleur* »³³⁹. Pour assurer ce respect, l'employeur doit fixer à l'avance les plages horaires auxquelles il peut contacter le télétravailleur. Par ailleurs, si l'employeur décide de mettre en place un moyen de surveillance, il devra être justifié par la tâche à accomplir et proportionné au but recherché. Le salarié devra en être informé et le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, devront être consultés. Enfin, l'employeur est tenu d'organiser chaque année un entretien avec le télétravailleur portant « *notamment* » sur les conditions d'activité du salarié et sa charge de travail ; il y a tout lieu de penser que cet entretien doit aussi aborder l'articulation entre la vie professionnelle et la vie personnelle du télétravailleur.

B. Lieu de travail, lieu de vie

156. – Inversement, et beaucoup plus fréquemment, le lieu du travail est un terrain d'expression de la vie personnelle. Nous en avons vu de nombreux exemples notamment au

³³⁷ Cass. soc. 31 mai 2006 n° 04-43.592

³³⁸ C. trav. art. L. 1222-9 issu de la loi « Warsmann » n°2012-387 du 22 mars 2012 - art. 46.

³³⁹ Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005, art. 6.

travers des modalités d'organisation du temps de travail. Ces exemples, souvent contentieux, sont favorisés par la présence des nouvelles technologies de la communication. Un autre mouvement doit cependant être souligné. De plus en plus d'entreprises développent, en leur sein, des structures destinées à mieux concilier vie personnelle et vie professionnelle pendant l'exécution du contrat de travail. C'est le cas des chambres d'allaitement, que nous avons déjà évoquées ; c'est également le cas des crèches d'entreprises, dont le développement ne cesse de croître. La CNAF affirme qu'entre 2004 et 2008, « 7 406 places de crèches ont été créées au sein de 242 crèches d'entreprise, et pour la période à venir entre 2009-2012, 14.500 nouvelles places sont programmées dans ces crèches »³⁴⁰. C'est enfin le cas des cellules psychologiques mises en place dans certaines entreprises.

157. – Conclusion. – Ces dernières remarques sont autant d'aveux d'une interpénétration croissante des vies personnelle et professionnelle. Cette ambiguïté résulte de la transformation des conditions de travail, de la mutation du lien de subordination et de l'impact des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Deux remarques doivent être formulées. D'une part, le salarié doit veiller à ne pas détériorer sa vie personnelle en ne prêtant pas une attention suffisante aux informations qu'il expose ou faisant déborder outre mesure sa vie professionnelle sur sa vie personnelle sous peine de perdre la protection qui lui est accordée par le droit du travail. D'autre part, l'employeur doit respecter l'intimité du salarié pendant l'exécution du contrat de travail en n'y portant aucune atteinte excessive ou, quand bien même elle serait proportionnée à l'objectif recherché, d'atteinte qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir³⁴¹. En aucun cas l'employeur ne pourra porter une atteinte excessive au droit du salarié à mener une vie privée et familiale. Ce principe d'équilibre est l'épine dorsale des règles protégeant la vie personnelle pendant l'exécution du contrat de travail. Il a, en revanche, une portée limitée en dehors de ce champ et n'a pas vocation à s'appliquer lorsqu'un fait de la vie personnelle du salarié cause la rupture du contrat de travail.

³⁴⁰ Les Cahiers Lamy du CE, n° 90, Février 2010, p. 32

³⁴¹ C. trav. art. L. 1121-1

CHAPITRE III – Rupture du contrat de travail

158. – Forgées depuis plus d’un demi-siècle, les règles qui organisent la rupture du contrat de travail pour un fait tiré de la vie personnelle du salarié sont versatiles. Le temps fut long pour parvenir à la relative stabilité de ce régime. D’essence prétorienne, ce dernier consacre l’immunité disciplinaire (Section I) de la vie personnelle ; cette immunité n’est cependant pas absolue, elle a été fragilisée (Section II).

SECTION I – Consécration de l’immunité disciplinaire

159. – La création de l’immunité disciplinaire (Sous-section I) a été le fruit d’une évolution jurisprudentielle dont il faudra ensuite étudier l’application (Sous-section II).

SOUS-SECTION I – Création de l’immunité disciplinaire

160. – Historique. – La Chambre sociale affirmait très tôt que le licenciement justifié par un motif tiré de la vie privée d’un employé constituait un abus de droit et une atteinte à la liberté individuelle³⁴². Dans le même arrêt, il était également décidé que, par exception, un tel licenciement n’était pas constitutif d’un abus de droit dès lors que le comportement du salarié était de nature à nuire à la réputation de la structure qui l’emploie³⁴³. On retrouve là, en germe, la dualité fondamentale – principe et exceptions – qui gouverne encore la rupture du contrat de travail pour un motif tiré de la vie personnelle. Par la suite, la Chambre sociale se radicalisera un court instant en estimant que les agissements du salarié, commis dans le cadre de sa vie personnelle, ne sont pas constitutifs d’une cause de licenciement³⁴⁴. Intervient alors l’arrêt fondateur selon lequel un fait imputé au salarié qui relève de sa vie personnelle ne peut constituer une faute³⁴⁵. La Chambre sociale s’attache désormais à tracer une frontière nette entre les comportements reprochés au salarié dans le cadre de l’exécution de son contrat de travail et les faits qui relèvent de sa vie personnelle. Dans le même mouvement, les magistrats complètent ce raisonnement en décidant que si un licenciement disciplinaire ne peut être fondé sur des motifs tirés de la vie personnelle, un licenciement peut en revanche être fondé sur le trouble objectif caractérisé engendré au sein de l’entreprise par le comportement du salarié,

³⁴² Cass. soc. 22 Juin 1960

³⁴³ C’était, en l’espèce, une association.

³⁴⁴ Cass. soc. 14 Mai 1997 n° 94-45.573

³⁴⁵ Cass. soc. 16 décembre 1997 n° 95-41.326

commis dans le cadre de sa vie privée³⁴⁶. Cette ligne jurisprudentielle sera plus tard infléchie lorsque la Cour affirmera que des faits, même commis en dehors du temps de travail, peuvent faire l'objet d'une sanction disciplinaire lorsqu'ils se rattachent à la vie professionnelle du salarié³⁴⁷. La Chambre sociale s'écartera encore plus du principe de séparation stricte entre le champ disciplinaire et la vie personnelle du salarié dans un arrêt ultérieur décidant que « *si, en principe, il ne peut être procédé au licenciement d'un salarié pour une cause tirée de sa vie personnelle, il en est autrement lorsque le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière* », ce trouble constituant une faute grave³⁴⁸. Le brouillage devient total ; il est alors possible de sanctionner un salarié pour des faits commis dans le champ de sa vie personnelle. La distinction entre un licenciement pour motif tiré de la vie personnelle et un licenciement pour faute s'estompe. Après de nombreux atermoiements, la Cour de cassation revînt à une conception plus sûre dans un arrêt prononcé en Chambre mixte, réaffirmant qu'un « *trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise ne permet pas en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est survenu* »³⁴⁹. Fut ainsi restaurée la distinction entre la notion de trouble objectif caractérisé susceptible d'intervenir en présence d'un comportement relevant de la vie personnelle du salarié et la notion de faute qui doit être rattachée à un comportement relevant de la vie professionnelle du salarié. Ce panorama général fixé, on comprend que le juge met en place un principe d'immunité disciplinaire ; un salarié ne peut être sanctionné pour des faits qui relèvent de sa vie personnelle.

161. – Fondements de l'immunité. – Cette immunité disciplinaire n'est explicitement posée par aucun texte ; elle repose pourtant sur un robuste syllogisme. Le pouvoir de direction de l'employeur s'exerce dans le cadre du contrat de travail ; l'exercice du pouvoir disciplinaire est une application du pouvoir de direction ; le pouvoir disciplinaire ne s'exerce donc que dans le cadre du contrat de travail. Ainsi, l'employeur n'est pas fondé à prononcer une sanction disciplinaire pour des faits qui relèvent de la vie personnelle du salarié et qui se situent donc en dehors du champ contractuel. Le licenciement pour faute ne fait pas exception à ce raisonnement. Il faut également rappeler que le licenciement doit reposer sur une cause réelle et sérieuse³⁵⁰. La faute qui motiverait un licenciement devrait donc, pour constituer une cause

³⁴⁶ Cass. soc. 16 décembre 1998 n° 96-43.540

³⁴⁷ Cass. soc. 2 décembre 2003 n° 01-43.227

³⁴⁸ Cass. soc. 25 Janvier 2006 n° 04-44.918

³⁴⁹ Ch. Mixte, 18 Mai 2007, n° 05-40.803

³⁵⁰ C. trav. art. L. 1232-1 et L. 1233-2.

sérieuse de licenciement, être une faute professionnelle³⁵¹. La solidité de ses fondements ne préserve pourtant pas l'immunité d'une application sans cesse plus fragile.

SOUS – SECTION II – Application de l'immunité disciplinaire

162. – Période d'essai. – La période d'essai permet à l'employeur d'apprécier « *les compétences du salarié dans son travail* »³⁵². De cette règle, la jurisprudence déduit que l'employeur ne peut rompre la période d'essai pour un motif qui est sans rapport avec l'appréciation des qualités professionnelles du salarié³⁵³. A notre sens, cette règle empêche toute rupture de la période d'essai pour un motif tiré de la vie personnelle du salarié, motif qui, par nature, est sans rapport avec l'appréciation des qualités professionnelles de ce dernier. Une ancienne jurisprudence vient toutefois nuancer cette affirmation. La Chambre sociale avait validé une rupture de période d'essai prononcée suite à des faits commis par le salarié, en dehors du lieu et du temps de travail, dans la mesure où cet incident personnel permettait à l'employeur de douter de la valeur professionnelle de l'intéressé³⁵⁴. Un tel motif, qui rappelle fortement la perte de confiance, nous semble aujourd'hui difficilement applicable. La rupture de la période d'essai doit avoir pour cause l'insuffisance des capacités professionnelles du salarié, la vie personnelle de ce dernier bénéficie donc d'une immunité disciplinaire renforcée pendant le temps de l'essai.

163. – Immunité disciplinaire de la vie personnelle. – Renforcée pendant l'essai, fragilisée par la jurisprudence³⁵⁵, l'immunité disciplinaire de la vie personnelle n'en demeure pas moins consacrée. Le fait commis par le salarié en dehors du temps et du lieu de travail ne peut, en principe, constituer une faute justifiant le prononcé d'une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement. Pendant le temps de sa vie personnelle, le salarié n'est pas sous la subordination de l'employeur, ce dernier ne peut donc faire usage de son pouvoir disciplinaire³⁵⁶.

³⁵¹ V. en ce sens, J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, Précis de Droit du travail, 2012, p. 475

³⁵² C. trav. art. L. 1221-20

³⁵³ Cass. soc. 10 décembre 2008 n° 07-42.445

³⁵⁴ Cass. soc. 1^{er} Juillet 1976 n° 75-41.027

³⁵⁵ V. Section II – Fragilisation de l'immunité disciplinaire

³⁵⁶ V. en ce sens Cass. soc. 3 Juin 2009 n° 07-44.513

164. – Trouble objectif caractérisé au sein de l'entreprise. – Si des faits commis en dehors du temps et du lieu de travail ne peuvent justifier une sanction disciplinaire, le trouble objectif caractérisé que ces mêmes faits peuvent engendrer au sein de l'entreprise peut, par exception, constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. Dès lors, comment caractériser ce trouble objectif ? La Chambre sociale a eu l'occasion de tracer quelques lignes directrices. Ainsi, le trouble objectif doit être prioritairement identifié au regard des fonctions du salarié et de la finalité propre de l'entreprise³⁵⁷. D'autres éléments ont également été retenus comme les répercussions du comportement sur l'image de l'entreprise ou les réactions des collègues de travail³⁵⁸. La caractérisation du trouble objectif reste néanmoins largement dévolue à l'appréciation des juges du fond. En vérité, c'est souvent la particulière gravité des actes commis par le salarié dans le cadre de sa vie personnelle qui justifie la reconnaissance d'un trouble objectif caractérisé ; tel sera le cas d'un salarié coupable de violences conjugales³⁵⁹, d'un salarié mis en examen du chef de violences habituelles sur un mineur ayant entraîné la mort de la victime³⁶⁰ ou d'attentat à la pudeur sur une mineure³⁶¹. Dernier exemple, le trouble objectif caractérisé peut se révéler dans la violation, par le salarié, d'une obligation particulière de probité à laquelle ce dernier était tenu³⁶².

165. – Finalité du trouble objectif caractérisé. – Le trouble objectif caractérisé apparaît alors comme un moyen de contourner l'immunité disciplinaire dont le salarié jouit pour les actes commis hors du temps et du lieu de travail. Il permet de ménager à l'employeur une possibilité de rompre le contrat de travail lorsqu'un fait commis par le salarié, bien que relevant de sa vie privée, rend impossible le maintien de ce dernier dans l'entreprise³⁶³. Parfois difficile à mettre en œuvre, la notion de trouble objectif caractérisé n'est pas la seule à permettre la rupture du contrat de travail pour des faits commis pendant le temps de la vie personnelle. Partant de ce constat, d'autres hypothèses de rupture ont été inventées par la jurisprudence, entraînant ainsi une fragilisation de l'immunité disciplinaire.

³⁵⁷ Cass. soc. 25 Janvier 2006 n° 04-44.918, op. cit.

³⁵⁸ CA Dijon 9 septembre 2004 n° 03-858, ch. soc., SA Giraud Champagne-Ardenne c/ X

³⁵⁹ Cass. soc. 9 Juillet 2002 n° 00-45.068

³⁶⁰ CA Dijon 9 septembre 2004 n° 03-858, ch. soc., SA Giraud Champagne-Ardenne c/ X, op. cit.

³⁶¹ Cass. soc. 21 Mai 2002 n° 00-41.128

³⁶² Cass. soc. 25 Janvier 2006 n° 04-44.918

³⁶³ L'analogie avec la faute grave est ici purement didactique. En aucun cas la notion de trouble objectif caractérisé au sein de l'entreprise ne peut être réduite à une simple « faute grave commise en dehors du temps et du lieu de travail ». La gravité n'en demeure pas moins une caractéristique essentielle de la notion de trouble objectif.

SECTION II – Fragilisation de l’immunité disciplinaire

166. – L’immunité disciplinaire a été affaiblie par deux courants jurisprudentiels permettant, dans certains cas, de sanctionner un comportement relevant de la vie personnelle du salarié. Nous aborderons d’anciennes (Sous-section I) et de nouvelles fragilisations (Sous-section II) qui, cependant, répondent à un même objectif : protéger l’intérêt des entreprises lorsque la notion de trouble objectif caractérisé n’est pas suffisante.

SOUS-SECTION I – Anciennes fragilisations

167. – Violation de l’obligation de loyauté. – Des faits accomplis en dehors du temps de travail peuvent motiver un licenciement pour faute grave dans la mesure où ils constituent une violation de l’obligation de loyauté³⁶⁴. La particularité de cette obligation résulte du caractère expansif qui lui est donné par le juge. Par rayonnement, des actes commis en dehors de l’exécution du contrat de travail peuvent, au regard des liens qu’ils présentent avec les relations de travail, constituer un manquement à l’obligation de loyauté. Cette dernière est alors pensée au-delà de la sphère contractuelle, comme un « devoir de loyauté » au champ d’application beaucoup plus vaste, valant tant pour l’employeur que pour le salarié. Cette hypothèse a été confirmée par la Chambre sociale. L’affaire concernait un salarié qui, s’étant rendu sur son lieu de travail alors qu’il se trouvait en arrêt de travail, avait tenu des propos injurieux dénigrant les services et le personnel de l’entreprise. Le contrat de travail étant suspendu, ces agissements relevaient de la vie personnelle du salarié. Ce dernier fut pourtant licencié pour faute grave, ces agissements caractérisant un manquement à son « *devoir de loyauté* »³⁶⁵. Pour deux raisons, une telle solution semble aujourd’hui difficilement applicable. D’une part, le juge aurait tendance à rattacher un tel comportement, tenu sur le lieu de travail, à la vie professionnelle du salarié pour justifier sa sanction³⁶⁶. D’autre part, il ne serait pas difficile de soutenir que des propos injurieux « *entendus en dehors du bureau où ils étaient tenus* »³⁶⁷ constituent un trouble objectif caractérisé dans l’entreprise. Le licenciement serait alors dénué de caractère disciplinaire, prononcé sur le fondement exclusif du trouble objectif.

³⁶⁴ Fondée sur les articles 1134 al. 3 du Code civil et L. 1222-1 du Code du travail.

³⁶⁵ Cass. soc. 25 Juin 2002 n° 00-44.001

³⁶⁶ V. infra

³⁶⁷ Cass. soc. 25 Juin 2002 n° 00-44.001, op. cit.

168. – Abus dans l'exercice de la liberté d'expression. – La violation de l'obligation de loyauté n'est pas le seul motif ayant permis de sanctionner un salarié pour des faits tirés de sa vie personnelle. Ce dernier jouit, dans l'entreprise et au-delà, d'une liberté d'expression qui peut faire l'objet d'une restriction justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Toutefois, l'abus du salarié dans l'exercice de cette liberté peut constituer une faute susceptible d'être sanctionnée par un licenciement, que cet abus soit constitué pendant l'exécution du contrat de travail ou hors de ce cadre. Ainsi, des propos relevant de la vie personnelle du salarié ont pu constituer un abus fautif de la liberté d'expression justifiant un licenciement disciplinaire. Ce fut notamment le cas de plusieurs salariés qui tinrent, dans des correspondances relevant de leur vie privée, des propos excessifs et injurieux caractérisant un abus de la liberté d'expression justifiant la rupture immédiate du contrat de travail³⁶⁸.

169. – Ces deux solutions permettent de garantir l'intérêt de l'entreprise face à des agissements du salarié qui, manifestement, rendent impossible son maintien dans l'entreprise. Elles sont toutefois juridiquement critiquables. En effet, elles permettent à l'employeur de sanctionner des faits qui relèvent de la vie privée ou personnelle du salarié alors même que le pouvoir disciplinaire ne peut et ne doit y trouver aucune application, ces faits se trouvant en dehors du champ contractuel. Peut-être pour s'éloigner de ces critiques, la Chambre sociale a introduit une nouvelle série de fragilisations de l'immunité disciplinaire.

SOUS- SECTION II – Nouvelles fragilisations

170. – Rattachement à la vie professionnelle. – Certains faits commis par le salarié dans le cadre de sa vie personnelle ont été rattachés par le juge à sa vie professionnelle. Cette fiction juridique permet de justifier l'emploi du pouvoir disciplinaire, ainsi appliqué à des actes relevant d'un champ professionnel étendu. A titre d'exemple, un salarié fut licencié pour faute après avoir tenu des propos à caractère sexuel et avoir eu des attitudes déplacées « *à l'égard de personnes avec lesquelles l'intéressé était en contact en raison de son travail* »³⁶⁹. Bien que ces agissements aient été commis en dehors du temps et du lieu de travail, le juge considéra qu'ils ne relevaient pas de la vie personnelle du salarié dans la mesure où ils étaient tenus à l'égard d'une collègue de travail. On retrouve là un raisonnement analogue à celui qui permet à la Chambre sociale d'affirmer que « *le message, envoyé par le salarié aux temps et lieu du*

³⁶⁸ Cass. soc. 21 septembre 2011 n° 09-72.054 ; Cass. soc. 15 décembre 2009 n° 07-44.264

³⁶⁹ Cass. soc. 19 octobre 2011 n° 09-72.672

travail, qui est en rapport avec son activité professionnelle, ne revêt pas un caractère privé »³⁷⁰.

171. – Violation d'une obligation découlant du contrat de travail. – Les trois derniers raisonnements invoqués ont pu, dans l'esprit de certains auteurs, constituer un « *retour discret de la perte de confiance* »³⁷¹ permettant à l'employeur de se situer sur le terrain disciplinaire pour des faits qui relèvent de l'intimité du salarié. Cette déviance fut endiguée par la jurisprudence administrative qui revint à une conception orthodoxe du licenciement pour des faits tirés de la vie personnelle. Le Conseil d'Etat affirma le premier, dans un considérant pédagogique, « *qu'un agissement du salarié intervenu en dehors de l'exécution de son contrat de travail ne peut motiver un licenciement pour faute, sauf s'il traduit la méconnaissance par l'intéressé d'une obligation découlant de ce contrat* »³⁷². L'affaire concernait un chauffeur dont le permis de conduire fut suspendu pour des agissements commis dans le cadre de sa vie privée. Ne pouvant plus assurer sa prestation de travail, le salarié fut licencié. Le juge administratif décida par ailleurs que le fait de nature à entraîner la suspension du permis de conduire survenu hors du temps et du lieu de travail « *ne saurait être regardé comme une méconnaissance par l'intéressé de ses obligations contractuelles à l'égard de son employeur* »³⁷³. La Cour de cassation renouvela ce raisonnement dans une affaire similaire en affirmant « *qu'un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut, en principe, justifier un licenciement disciplinaire, sauf s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail* »³⁷⁴. Après d'interminables atermoiements, la jurisprudence semble désormais fixée sur l'articulation entre le principe et l'exception. En principe, des faits tirés de la vie personnelle du salarié ne peuvent jamais constituer une faute ; un licenciement peut en revanche être prononcé lorsque ces faits ont engendré un trouble objectif caractérisé au sein de l'entreprise. Dans ce cas, le licenciement repose sur le motif *sui generis* que constitue le trouble objectif caractérisé et ne comporte aucun aspect disciplinaire. Par exception, un licenciement disciplinaire peut être prononcé lorsque les faits commis par le salarié dans le cadre de sa vie personnelle constituent une violation d'une obligation découlant de son contrat de travail. Mais que faut-il entendre par « obligation découlant du contrat de travail » ? Comme le Conseil d'Etat, la Cour de cassation affirme « *que le fait pour un salarié qui utilise un véhicule dans l'exercice de ses fonctions de commettre, dans le cadre de sa vie personnelle,*

³⁷⁰ Cass. soc. 2 février 2011, n° 09-72.313, op. cit.

³⁷¹ J. Mouly, « Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance », Dr. soc. 2006-846.

³⁷² CE, 15 décembre 2010 n° 316856

³⁷³ CE, 15 décembre 2010 n° 316856, op. cit.

³⁷⁴ Cass. soc. 3 Mai 2011 n° 09-67464

une infraction entraînant la suspension ou le retrait de son permis de conduire ne saurait être regardé comme une méconnaissance par l'intéressé de ses obligations découlant de son contrat de travail »³⁷⁵. Autre exemple, la Chambre sociale estime que le salarié d'une compagnie aérienne qui appartenait au « *personnel critique pour la sécurité* » et qui, ayant consommé des drogues dures pendant une escale entre deux vols, se trouvait sous l'influence de produits stupéfiants pendant l'exercice de ses fonctions avait manqué aux obligations découlant de son contrat de travail en faisant courir un risque aux passagers. Le salarié avait été licencié pour faute grave³⁷⁶.

172. – Commentaires. – Plusieurs enseignements doivent être tirés de ces deux derniers arrêts. D'une part, la *cause* du fait répréhensible commis dans le cadre de la vie personnelle ne semble pas constituer un manquement aux obligations découlant du contrat de travail puisqu'elle se situe en dehors du champ contractuel ; tel est le cas d'une infraction qui entraîne le retrait ou la suspension du permis de conduire. En revanche, la *conséquence* du fait répréhensible commis dans le cadre de la vie personnelle semble, au contraire, constituer un tel manquement lorsqu'elle irradie l'exécution du contrat de travail ; tel est le cas de l'emprise d'un produit stupéfiant qui, bien qu'ayant été pris en dehors du temps et du lieu de travail, empêche le salarié d'accomplir correctement ses fonctions, particulièrement sensibles pour la sécurité des clients. Dans une telle construction, on a du mal à percevoir l'intérêt du licenciement fondé sur un manquement à une obligation contractuelle. En effet, ce manquement n'entraîne-t-il pas nécessairement un trouble objectif au sein de l'entreprise ? Le retrait du permis de conduire d'un chauffeur, l'empêchant d'accomplir sa prestation de travail, n'entraîne-t-il pas un trouble objectif au sein de l'entreprise ? La prise de produits stupéfiants rendant le salarié incapable d'accomplir sa prestation de travail sans risque pour les clients n'entraîne-t-elle pas un trouble objectif au sein de l'entreprise ? Il en résulte une compréhension fort trouble de la notion d'obligation découlant du contrat de travail. On aurait mieux compris que le juge en fasse une double conception, l'une regroupant les obligations explicites pouvant figurer dans le contrat de travail comme l'obligation de confidentialité ou d'exclusivité, l'autre regroupant les obligations implicites découlant du contrat de travail comme l'obligation de loyauté, les deux types d'obligations étant susceptibles d'être violées en dehors du temps et du lieu de travail, justifiant ainsi le prononcé d'une sanction disciplinaire. Il n'en fut pas ainsi. La sécurité juridique n'est décidemment pas prête de s'installer dans le régime de la rupture du contrat de travail pour des faits relevant de la vie personnelle du salarié. Peut-être est-ce dû à l'inversion

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ Cass. soc. 27 Mars 2012 n° 10-19.915

du syllogisme judiciaire opéré par la Chambre sociale, cette dernière arrêtant d'abord la solution pour bâtir ensuite le raisonnement – majeure et mineure – qui permet d'y arriver. La question qu'il convient alors de se poser relève plus de l'équité que du droit : le comportement du salarié dans le cadre de sa vie personnelle rendait-il raisonnablement impossible le maintien de ce dernier dans l'entreprise ? Que la réponse à cette question soit affirmative, et le juge trouvera toujours un raisonnement juridique pour valider le licenciement. Que la réponse à cette question soit négative, et le juge trouvera toujours un raisonnement juridique pour briser le licenciement. « *Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination* »³⁷⁷.

173. – Conclusions. – Sur cette note s'achève la première partie. Véritable *Janus*³⁷⁸, le Code du travail traite de la vie personnelle du salarié parce qu'il a vocation à traiter leur vie professionnelle, l'une agissant sur l'autre par un effet de vase communicant. Nombreuses sont les dispositions qui traduisent cette double dimension ; il y a de la vie privée au travail et du travail dans la vie personnelle. Sous l'effet conjugué de la tertiarisation du travail et de l'essor des nouvelles technologies, la distinction entre vie personnelle et vie professionnelle s'estompe. Salarié et employeur se retrouvent ainsi, de la même manière mais avec des enjeux différents, pris dans un engrenage dont le droit peine à prendre la mesure. Il se démène, pourtant, afin de maintenir l'équilibre entre intimité et travail dans le champ des relations individuelles. L'intérêt de l'entreprise est mis en balance avec le droit du salarié à mener une vie personnelle et familiale sous l'égide d'une disposition essentielle qui constitue le cœur de cette première partie : les libertés ne doivent souffrir d'aucune restriction qui ne soit point justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché³⁷⁹. En premier lieu, cette double exigence de justification et de proportionnalité sera naturellement appréciée et mise en œuvre par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction. Cependant, les magistrats et conseillers prud'homaux demeurent, en dernier lieu, seuls juges du respect de ces exigences. Pour éviter la sanction, le chef d'entreprise doit donc se garder de faire cavalier seul ; le respect de la vie privée et personnelle du salarié se joue également dans le droit des relations collectives de travail.

³⁷⁷ J. Giraudoux, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, 1935.

³⁷⁸ Dans la mythologie romaine, Janus est le dieu aux deux visages. Il symbolise le renouveau, le changement, mais également la nature duale des choses.

³⁷⁹ C. trav. art. L. 1121-1

TITRE II – Vie privée et vie personnelle dans les relations collectives de travail

174. – La question de la vie personnelle constitue un enjeu majeur de l'évolution des conditions de travail. C'est pourquoi une compréhension globale, au niveau des relations collectives de travail, apparaît de plus en plus pertinente. Ainsi, la représentation du personnel (Chapitre I) et la négociation collective (Chapitre II) ont un rôle important à jouer dans la sauvegarde de la vie privée et de la vie personnelle du salarié.

CHAPITRE I – Représentation du personnel

175. – Les institutions représentatives du personnel sont chargées de représenter et de défendre la collectivité dans l'entreprise tout en garantissant une prise en compte de l'intérêt des salariés dans la décision patronale. L'articulation entre vie personnelle et vie professionnelle étant un élément essentiel de cet intérêt, la représentation élue (Section I) et la représentation syndicale (Section II) ont un rôle à jouer dans cette démarche.

SECTION I – Représentation élue

176. – Les différentes institutions représentatives du personnel participent à la démarche d'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle ainsi qu'au maintien du droit des salariés à bénéficier d'une vie privée. Cette action est menée par le biais de certaines de leurs prérogatives : la prévention, l'information, la consultation (I) et le droit d'alerte (II).

I. Prévention, information et consultation

177. – Les attributions préventives, consultatives et informatives du comité d'entreprise (A) et du comité d'hygiène, de santé et des conditions de travail (B) doivent être étudiées au travers du prisme de la vie personnelle.

A. Comité d'entreprise

178. – Le comité d'entreprise doit prendre en compte la question de la vie personnelle des salariés dans le cadre de ses attributions économiques (1) et sociales (2).

1. Attributions économiques

179. – Mission générale d’information et de consultation. – Le comité d’entreprise a pour objet d’assurer l’expression collective des salariés afin de permettre la prise en compte de leurs intérêts, notamment dans les décisions relatives « à l’organisation du travail »³⁸⁰. C’est pourquoi, en principe, le comité d’entreprise doit être consulté avant chaque décision prise par l’employeur³⁸¹. Il formule ou examine par ailleurs toutes les propositions « de nature à améliorer les conditions de travail et d’emploi des salariés », ainsi que « leurs condition de vie dans l’entreprise »³⁸². C’est dans le cadre de cette mission générale d’information et de consultation que le comité d’entreprise interviendra dans la mise en place, par l’employeur, de conditions de travail susceptibles d’affecter la vie privée et la vie personnelle des salariés.

180. – Information et consultation sur l’organisation du temps de travail. – Tirant cette compétence à la fois de l’obligation d’information sur la marche générale de l’entreprise³⁸³ et des dispositions spéciales relatives à l’information et à la consultation sur les conditions de travail, le comité d’entreprise donne son avis sur les problèmes résultant de l’organisation du temps de travail³⁸⁴. Ainsi, le comité doit être consulté dans trois grandes hypothèses. D’une part, le comité est consulté sur la durée du travail dans l’entreprise. Le temps de travail excluant nécessairement le temps de la vie personnelle, c’est une question que le comité d’entreprise devra prendre en compte lorsqu’il sera consulté sur la mise en place du temps partiel³⁸⁵ ou sur l’application d’un changement d’horaire dans l’entreprise. D’autre part, le comité d’entreprise doit être consulté sur l’aménagement du temps de travail³⁸⁶ ; il devra, à cette occasion, vérifier que le dispositif d’aménagement du temps de travail n’est pas de nature à porter une atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos. Cette affirmation trouve une particulière vigueur depuis que la Chambre sociale en a fait une condition d’opposabilité des changements d’horaires et de l’instauration d’une nouvelle répartition du travail sur la journée³⁸⁷. Enfin, la mise en place d’une convention de forfait fera l’objet d’une consultation qui devrait aborder le thème de

³⁸⁰ C. trav. art. L. 2323-1

³⁸¹ C. trav. art. L. 2323-2

³⁸² C. trav. art. L. 2323-1

³⁸³ C. trav. art. L. 2323-6

³⁸⁴ C. trav. art. L. 2323- 27 al. 1^{er}

³⁸⁵ V. supra

³⁸⁶ C’est-à-dire préalablement à la mise en place des dispositifs visés aux articles L. 3122-1 et suivants du Code du travail.

³⁸⁷ Cass. soc. 3 novembre 2011 n° 10-14.702 op. cit.

l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle dans l'entreprise. Cette consultation sera réitérée « *chaque année sur le recours aux conventions de forfait ainsi que sur les modalités de suivi de la charge de travail des salariés concernés* »³⁸⁸. Là encore, un suivi de la charge de travail est nécessaire afin de préserver la vie personnelle du salarié ; cette affirmation valant tant pour le polytechnicien que sa femme trouvera derrière l'ordinateur à quatre heures du matin que pour l'ouvrier terrassé après une journée dans la mine. Il aurait cependant été bienvenu que cette disposition prévît expressément l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale des salariés comme sujet de consultation du comité d'entreprise, à l'instar de ce qui est prévu pour l'entretien annuel individuel organisé avec chaque salarié ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année³⁸⁹.

181. – Information sur les techniques de contrôle. – La loi du 31 décembre 1992³⁹⁰ a élargi les pouvoirs du comité d'entreprise en matière de recrutement et de libertés individuelles des candidats à un emploi et des salariés en prévoyant de nouvelles obligations d'information pour l'employeur. Ainsi, le comité d'entreprise doit être informé préalablement à l'utilisation et sur toute modification des techniques d'aide au recrutement, de traitement automatisé de gestion du personnel et de contrôle de l'activité des salariés mises en place dans l'entreprise³⁹¹. Le comité d'entreprise devra, dans le cadre de ces procédures, donner son avis sur la pertinence et la proportionnalité des moyens utilisés au regard du but recherché par l'entreprise³⁹². De tels moyens, comme la vidéosurveillance ou l'utilisation de questionnaires d'embauches, peuvent constituer une menace au droit du salarié et du candidat à mener une vie privée³⁹³. Cette obligation vient donc compléter le dispositif d'information préalable à la mise en place d'un dispositif permettant la collecte de données concernant personnellement les candidats à l'emploi et les salariés³⁹⁴. Le comité d'entreprise doit ainsi, à son niveau, participer à la garantie du respect de la vie privée des travailleurs.

182. – Rapport annuel. – Le rôle du comité d'entreprise dans l'articulation entre la vie professionnelle et la vie personnelle des salariés se révèle également dans les dispositions relatives à l'information annuelle. En effet, le rapport sur la situation économique de

³⁸⁸ C. trav. art. L. 2323-29 al. 3 inséré par la loi n° 2008-789 du 20 Août 2008.

³⁸⁹ C. trav. art. L. 3121-46

³⁹⁰ L. n° 92-1446 du 31 décembre 1992 op. cit.

³⁹¹ C. trav. art. L. 2323-32

³⁹² Circ. DRT n° 93-10 du 15 Mars 1993 relative à l'application des dispositions de la loi du 31 décembre 1992 concernant le recrutement et les libertés individuelles

³⁹³ V. supra

³⁹⁴ C. trav. art. L. 1221-9 et L. 1222-4 op. cit.

l'entreprise, qui doit être remis tous les ans au comité doit comporter une analyse permettant d'apprécier, pour chacune des catégories professionnelles de l'entreprise, la situation respective des hommes et des femmes en matière, notamment, d'articulation entre l'activité professionnelle et l'exercice de la responsabilité familiale³⁹⁵. Cette obligation s'applique aux entreprises de trois cent salariés et plus mais également, depuis le 1^{er} Janvier 2012, aux entreprises de moins de trois cent salariés³⁹⁶. Des précisions ont par ailleurs été apportées quant aux indicateurs relatifs à l'articulation entre l'activité professionnelle et l'exercice de la responsabilité familiale que le rapport annuel devra comporter. Ces indicateurs se scindent en deux catégories. On distingue, d'une part, les indicateurs relatifs aux congés qui aborderont l'existence d'un complément de salaire versé par l'employeur pour le congé de paternité, le congé de maternité et le congé d'adoption. Des données chiffrées relatives au nombre de jours de congés paternité pris par le salarié par rapport au nombre de jours de congés théoriques devront également être versées au rapport. D'autre part, on distingue les indicateurs relatifs à l'organisation du temps de travail dans l'entreprise qui aborderont l'existence de formules d'organisation du travail facilitant l'articulation entre de la vie familiale et de la vie professionnelle. Ces indicateurs traiteront aussi de l'évolution des dépenses éligibles au crédit d'impôt famille. Des données chiffrées relatives au nombre de salariés ayant accédé au temps partiel choisi et au nombre de salariés à temps partiel choisi ayant repris un travail à temps plein devront être versées au rapport. Enfin, le rapport annuel devra faire état des services de proximité impliquant la participation de l'entreprise et du comité d'entreprise à l'accueil de la petite enfance dans le cadre de ses attributions sociales³⁹⁷.

2. *Attributions sociales*

183. – Gestion des œuvres sociales³⁹⁸. – Si le comité d'entreprise, dans le cadre de ses attributions économiques, veille au respect du droit des salariés à mener une vie privée, il dispose également, dans le cadre de ses attributions sociales et culturelles, d'un véritable rôle de promotion des activités extra-professionnelles et peut ainsi participer au développement de la vie personnelle des salariés. Depuis 1945, le comité « assure, contrôle ou participe à la gestion de toutes les activités sociales et culturelles établies dans l'entreprise prioritairement

³⁹⁵ C. trav. art. L. 2323-47 et L. 2323-57 al. 3

³⁹⁶ L. 2010-1330 du 9 novembre 2010

³⁹⁷ C. trav. art. D2323-12-II

³⁹⁸ La dénomination « d'œuvres sociales » a été abrogée par la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 au profit des activités sociales et culturelles.

au bénéfice des salariés (...), de leurs familles »³⁹⁹ et des anciens salariés⁴⁰⁰. Cet aspect du comité d'entreprise est, par ailleurs, le plus connu du grand public. Véritable « *pouvoir ouvrier intégré* »⁴⁰¹ bâti sur les ruines du paternalisme, la mission sociale du comité d'entreprise permet d'améliorer les conditions collectives d'emploi, de travail et de vie des salariés⁴⁰². Le cœur de cette mission s'est néanmoins déplacé vers l'extérieur de l'entreprise ; les actions sociales et culturelles du comité peuvent soutenir la vie personnelle des salariés au moyen de prestations en espèce ou en nature⁴⁰³.

184. – Prestations en espèce. – Le comité d'entreprise peut délivrer un soutien financier aux activités extra-professionnelles des salariés. Pour éviter le paradoxe, le comité ne saurait délivrer ce soutien dans des conditions qui porteraient atteinte à la vie privée des salariés⁴⁰⁴. Ces prestations en espèce peuvent être de différentes natures⁴⁰⁵. *Primo*, le comité d'entreprise peut accorder une aide financière destinée à favoriser le recours des services d'aide à la personne⁴⁰⁶. Cette aide peut servir à financer les services à la personne ou l'accès des bénéficiaires à ces services. Ces derniers regroupent notamment les services relatifs aux tâches ménagères et familiales comme l'entretien de la maison et les travaux ménagers, les petits travaux de jardinage, les garde d'enfants à domicile, le soutien scolaire à domicile ou les préparations de repas à domicile⁴⁰⁷. *Secundo*, le comité d'entreprise pourra fournir des liquidités de secours au salarié, à l'ancien salarié ou à la famille du salarié qui font face à une situation personnelle particulièrement difficile comme le handicap d'un enfant⁴⁰⁸. *Tertio*, le salarié pourra bénéficier de bons d'achat ou de chèques-cadeaux remis par le comité d'entreprise. *Quarto*, le comité d'entreprise pourra abonder la participation des salariés aux chèques vacances destinés à payer les transports, l'hébergement, les repas et les activités de loisirs des salariés défavorisés pendant leurs vacances⁴⁰⁹.

³⁹⁹ C. trav. art. L. 2323-83 al. 1^{er}

⁴⁰⁰ C. trav. art. R. 2323-20

⁴⁰¹ Y. Chalaron, Les œuvres sociales dans l'entreprise, les limites du pouvoir ouvrier intégré, Dr. social 1978, 1.

⁴⁰² Cass. soc. 13 novembre 1975 n° 73-14.848

⁴⁰³ Une liste non-limitative des activités sociales et culturelles est dressée par l'article R. 2323-20 du Code du travail.

⁴⁰⁴ Cass. soc. 29 Mars 1984, Dr. social 1984, 733

⁴⁰⁵ N. B. : nous ne nous attacherons pas ici à débattre sur leur qualification de dépense sociale et culturelle au regard des critères légaux et jurisprudentiels afin de nous focaliser sur l'aide, matérielle ou financière, que le comité d'entreprise peut effectivement apporter à la vie personnelle des salariés dans le cadre de sa finalité sociale.

⁴⁰⁶ Ce dispositif est issu de la loi n° 2005-841 du 26 juillet 2005 afin de faciliter la conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle.

⁴⁰⁷ Une liste complète de ces services est donnée par l'article D. 7231-1 du Code du travail.

⁴⁰⁸ Cass. soc. 17 Avril 1996 n° 94-17.315

⁴⁰⁹ C. tour. art. L. 411-2

185. – Prestations en nature. – Les activités sociales et culturelles du comité d'entreprise peuvent également fournir des moyens matériels permettant l'amélioration des conditions de bien-être des salariés. *Primo*, des coopératives de consommation peuvent être mises en place afin de vendre à leurs adhérents des objets de consommation. *Secundo*, le comité d'entreprise peut mettre en place des associations de jardins familiaux, anciens jardins ouvriers⁴¹⁰ « *qui ont pour but de rechercher, aménager et répartir des terrains pour mettre à la disposition du chef de famille (...) les parcelles de terre que leurs exploitants cultivent personnellement, en vue de subvenir aux besoins de leur foyer* »⁴¹¹. *Tertio*, des crèches et des garderies peuvent être subventionnées au titre des activités sociales du comité d'entreprise. *Quarto*, ce dernier peut gérer des colonies de vacances⁴¹² ou, plus rarement, des centres de vacances pour adultes et mineurs. *Quinto*, traiter des activités sociales ne doit pas faire oublier les activités culturelles qui concourent également au développement personnel des salariés. Ainsi, le comité d'entreprise peut prendre en charge la gestion des activités physiques ou sportives au sein de l'entreprise. Enfin, ce dernier peut attribuer des « *chèques-disques* », des « *chèques-cinéma* » ou des « *chèques lire* » pour faciliter au travailleur, selon la belle expression d'André Malraux, la conquête de la culture⁴¹³.

186. – De plus vaste ampleur que ce que l'on pourrait croire, l'action du comité d'entreprise sur la vie personnelle du salarié se mène sur un double front : celui de la prévention, d'une part, celui de la contribution, d'autre part. Il n'est cependant pas le seul à bénéficier d'une compétence pour prévenir les éventuelles atteintes à la vie privée ou à la vie personnelle du salarié par l'effet de conditions de travail potentiellement attentatoires à ces libertés. Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est là pour le seconder.

B. Comité d'hygiène, de santé et des conditions de travail

187. Principe. – Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail a notamment pour mission de contribuer à la protection de la santé physique et mentale des travailleurs ; il doit également contribuer à l'amélioration des conditions de travail⁴¹⁴. Une juste articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle étant un facteur de protection de la santé et

⁴¹⁰ Il s'agit des anciens jardins ouvriers.

⁴¹¹ C. rur. art. L. 561-1

⁴¹² Cet exemple n'est pas le moindre. Le comité d'entreprise d'EDF est le plus gros employeur de France dans le secteur des colonies de vacances.

⁴¹³ A. Malraux, « *la culture ne s'hérite pas, elle se conquiert* », discours prononcé à l'occasion de la Conférence des Pays Francophones, Niamey, 17 Février 1969

⁴¹⁴ C. trav. art. L. 4612-1

d'amélioration des conditions de travail, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dispose bien d'un rôle à jouer dans cet objectif, sur le fondement de ses attributions générales.

188. – Action du CHSCT. – Plus que de veiller à la seule application de la réglementation, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est chargé de contribuer à l'amélioration des conditions de travail dans l'entreprise. Il doit ainsi soutenir l'amélioration de l'organisation matérielle du travail, des durées, des horaires et de l'aménagement du temps de travail⁴¹⁵. Autant d'éléments dont nous avons vu les possibles répercussions sur la vie personnelle et familiale des salariés. C'est donc, là encore, une considération que le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail devra prendre en compte dans l'exercice de ces missions. Le comité disposera d'un rôle accru dans certaines hypothèses de pénétration de la vie personnelle dans l'entreprise que nous avons déjà abordées et qui nécessitent une surveillance sanitaire particulière ; c'est le cas des entreprises qui accueillent, dans leurs locaux, des mères allaitantes ou des crèches.

189. – Information et consultation du CHSCT. – Ce dernier doit être consulté « *avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de travail* »⁴¹⁶. De telles décisions peuvent mettre en jeu la vie personnelle et familiale des salariés ou bien leur vie privée. Ainsi, le comité sera consulté sur un projet de regroupement de salariés, naguère affectés dans plusieurs établissements, sur un seul et même site, entraînant un transfert hors de leur secteur géographique⁴¹⁷ sans que leur situation familiale n'ait été prise en compte. Consulté, le comité doit également l'être lorsqu'après une série d'attentats, une société faisant l'objet de menaces et d'alertes à la bombe désire procéder à l'ouverture, à titre temporaire, des sacs devant les agents de sécurité⁴¹⁸. Il intervient, dans ce dernier cas, aux côtés du comité d'entreprise.

190. – Soutien du comité d'entreprise. – Dans le cadre de sa mission d'information et de consultation sur les conditions de travail⁴¹⁹, le comité d'entreprise peut demander le soutien du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans les matières qui relèvent de sa compétence⁴²⁰. Les avis de ce dernier sont par ailleurs transmis au comité d'entreprise, qui peut

⁴¹⁵ Circ. DRT n° 93-15 du 25 Mars 1993.

⁴¹⁶ C. trav. art. L. 4612-8

⁴¹⁷ Cass. soc. 30 Juin 2010 n° 09-13.640

⁴¹⁸ Cass. soc. 11 février 2009 n° 07-42.068 op. cit.

⁴¹⁹ V. supra

⁴²⁰ C. trav. art. L. 2323-27 op. cit.

également confier au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail la réalisation d'études portant sur des matières qui relèvent de sa compétence⁴²¹.

191. – Intervenant en amont, le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail se « focalisent » sur la prévention des atteintes à la vie personnelle des salariés dans le cadre de leurs missions respectives⁴²². Cependant, une autre institution représentative du personnel est susceptible d'intervenir, en aval, lorsqu'est constatée une atteinte au droit du salarié à mener une vie privée et familiale. Il s'agit des délégués du personnel, par l'exercice de leur droit d'alerte.

II. Droit d'alerte

192. – Procédure. – S'inspirant du rôle dévolu au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en cas de danger grave et imminent, la loi prévoit que « *si un délégué du personnel constate (...) qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale 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* »⁴²³. Dans la mesure où ces libertés individuelles intègrent le droit au respect de la vie privée, l'atteinte excessive qui serait portée à cette liberté justifie l'exercice du droit d'alerte des délégués du personnel. Une telle mission s'inscrit de manière cohérente dans la compétence des délégués du personnel, qui doivent présenter à l'employeur toutes les réclamations individuelles et collectives relatives à l'application de la loi du travail.

193. – Effets. – Lorsque l'employeur est informé d'une telle atteinte, il procède immédiatement à une enquête avec les délégués du personnel et « *prend toutes les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation* »⁴²⁴. Si l'employeur refuse ou lorsqu'aucune solution amiable ne peut être trouvée, le délégué du personnel peut saisir le bureau de jugement du conseil de prud'hommes qui statuera en la forme des référés à condition d'informer par écrit le salarié victime de l'atteinte et que ce dernier ne s'oppose pas à une telle saisine.

⁴²¹ C. trav. art. L. 2323-28

⁴²² A l'exception de l'intervention du comité d'entreprise dans le cadre de ses attributions sociales et culturelles qui relève, pour sa part, du soutien à la vie personnelle des salariés, de leurs familles et des anciens salariés de l'entreprise.

⁴²³ C. trav. art. L. 2313-2

⁴²⁴ *Ibid.*

194. – Pouvoirs du juge. – Lorsque le délégué du personnel saisit le juge prud’homal, ce dernier dispose d’un large pouvoir pour faire cesser l’atteinte lorsque celle-ci est caractérisée. Il peut notamment en ordonner la cessation sous astreinte ou par tout moyen nécessaire en ordonnant par exemple le retrait d’un système d’écoutes téléphoniques clandestines.

195. – Limites du droit d’alerte. – Lorsqu’une atteinte à la vie privée est caractérisée, les délégués du personnel n’ont pas une marge de manœuvre absolue dans l’exercice de leur droit d’alerte. Ainsi, dans une affaire où un dispositif de vidéosurveillance avait été mis en place par la direction à l’insu du personnel, il fut jugé que les délégués du personnel ne pouvaient agir en nullité des licenciements prononcés suite à une atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles sur le fondement de leur droit d’alerte. En revanche, ces derniers peuvent, sur le même fondement, « réclamer le retrait d’éléments de preuve obtenus par l’employeur par des moyens frauduleux qui constituent une atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles »⁴²⁵.

196. – La représentation élue dispose d’un rôle tant préventif que réactif dans le traitement des problèmes liés à la conciliation entre la vie professionnelle et les responsabilités familiales, mais également en cas de violation, par l’employeur, de la liberté de mener une vie privée. Elle n’est, pour autant, pas la seule facette de la représentation des salariés dans l’entreprise. *Quid* du traitement de la vie privée et de la vie personnelle par la représentation syndicale ?

SECTION II – Représentation syndicale

197. – Vu au travers du prisme de la vie personnelle, la question de la représentation syndicale se révèle sous deux aspects majeurs : celui de l’adhésion syndicale (I), et celui du parcours syndical (II).

I. Affiliation syndicale et vie personnelle

198. – Enjeux. – Comme l’affirmait le Professeur Borenfreund : « envisagée sous son aspect individuel, la liberté syndicale, liberté fondamentale constitutionnellement reconnue, entretient des liens d’une particulière intimité avec le droit au respect de la vie personnelle »⁴²⁶. Ces

⁴²⁵ Cass. soc. 10 décembre 1997 n° 95-42.661

⁴²⁶ G. Borenfreund, Présomption de représentativité et constitution d’une section syndicale : Brèves observations sur l’arrêt Okaidi, SSL, 14 sept. 2009, n° 1412, p. 9

liens, dont l'expression a trouvé une particulière vitalité depuis l'entrée en vigueur des nouvelles règles relatives à la constitution d'une section syndicale issues de la loi du 20 Août 2008⁴²⁷, ne sont pourtant pas évidents. L'affiliation syndicale relève-t-elle vraiment de la vie personnelle ? Si la question est tranchée pour la chambre sociale, elle n'en demeure pas moins ouverte sur le terrain doctrinal. Une double approche est nécessaire. D'une part, peut-on considérer que la vie syndicale relève de la vie privée⁴²⁸ du salarié ? L'objet même du syndicat, qui caractérise, par ricochet, l'essence de l'activité syndicale, est « *l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts* »⁴²⁹. Au regard de cette définition, le syndicalisme, action revendicative, possède un caractère essentiellement public. Nul rapport ne semble donc pouvoir être établi entre l'intimité du salarié et son action syndicale. Mais ne peut-on pas, d'autre part, considérer que l'action syndicale relève de la vie personnelle du salarié, dont on sait qu'elle possède un champ beaucoup plus vaste que celui de la vie privée ? La Cour Européenne des Droits de l'Homme avait déjà pris position dans ce sens en intégrant une dimension professionnelle au droit au respect de la vie privée et familiale⁴³⁰, énonçant qu' « *il serait trop restrictif de limiter [la vie privée] à un cercle intime* »⁴³¹. La notion de vie personnelle dégagée par la chambre sociale se prête encore plus à une telle intégration ; extrêmement large, elle regroupe tout ce qui ne relève pas de l'exécution du contrat de travail. L'action syndicale, même si elle peut parfois être assimilée à du temps de travail par des dispositions spéciales, ne relève jamais de l'exécution du contrat de travail. Il n'y a, dès lors, aucun obstacle à la faire rentrer dans le champ de la vie personnelle du salarié. C'est dans ce sens que la Cour de cassation se prononça.

199. – Droit au secret de l'appartenance syndicale. – Dans l'un des fameux arrêts Okaïdi, la chambre sociale affirme que « *l'adhésion du salarié à un syndicat relève de la 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 (...). Qu'il en résulte qu'en cas de contestation sur l'existence d'une section syndicale, le syndicat doit apporter les éléments de preuves utiles à établir la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise, dans le respect du contradictoire, à l'exclusion des*

⁴²⁷ V. infra

⁴²⁸ Telle qu'évoquée par l'article 9 du Code civil.

⁴²⁹ C. trav. art. L. 2131-1

⁴³⁰ CESDH, art. 8

⁴³¹ CEDH, Niemetz c/ Allemagne, 16 décembre 1992.

éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents du syndicat, dont seul le juge peut prendre connaissance »⁴³². Cette décision a été prononcée au regard des nouvelles dispositions issues de la loi du 20 Août 2008 sur la constitution d'une section syndicale qui nécessite, désormais, que soit rapportée la preuve de la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise⁴³³ là où, naguère, l'existence d'une section syndicale pouvait être établie par la seule désignation du délégué syndical⁴³⁴. Plusieurs remarques doivent être formulées. Il faut d'abord saluer l'abandon de toute référence à la jurisprudence antérieure à 1997, qui obligeait le syndicat à communiquer la liste nominative de ses adhérents sauf lorsque le juge constatait un risque de représailles de la part de l'employeur⁴³⁵. Les adhérents de la section étaient ainsi placés dans une situation délicate, teintée d'insécurité. La nouvelle approche a le mérite de placer l'adhésion syndicale sous la double égide de la liberté syndicale et du droit au respect de la vie personnelle. Elle a pourtant fait l'objet de plusieurs critiques. Certains ont pu voir d'un mauvais œil la mise à égalité du syndicat et de l'employeur puisque l'un et l'autre sont tenus par l'éventuel refus exprimé par le salarié quant à la communication de son identité syndicale⁴³⁶. D'autres critiques ont été formulées sur la possible communication de l'identité des adhérents, dans le cas où ces derniers donneraient leur accord ; il était soutenu qu'à défaut d'un tel tempérament, seul le juge aurait été en mesure de prendre connaissance des noms. Toutefois, ce compromis apparaît justifié dans la mesure où la protection de l'identité syndicale qui découle de cet arrêt suppose une conciliation avec le principe du contradictoire. C'est dans ce sens que, dans un arrêt plus récent, la Cour affirma que *« lorsqu'un syndicat fait valoir que des salariés s'opposent à la révélation de leur adhésion, il appartient au juge d'aménager la règle du contradictoire, en autorisant le syndicat à lui fournir non contradictoirement les éléments nominatifs de preuve dont il dispose »*⁴³⁷.

⁴³² Cass. soc. 8 Juillet 2009 n° 09-60.032

⁴³³ C. trav. art. L. 2142-1

⁴³⁴ Cass. soc. 27 Mai 1997 n° 96-60.239

⁴³⁵ Cass. soc. 22 novembre 1988 n° 88-60.238

⁴³⁶ G. Borenfreund, SSL, 14 sept. 2009, n° 1412, p. 9, *op. cit.*

⁴³⁷ Cass. soc. 14 décembre 2010 n° 10-60.137

200. – Ainsi l’adhésion syndicale relève-t-elle de la vie personnelle. A notre sens, il est tout à fait possible d’en dire autant de l’action syndicale qui, bien que beaucoup plus large, ne relève pas de l’exécution du contrat de travail. L’action syndicale ne trouve-t-elle pas son premier fondement dans un engagement personnel qui se traduit dans un environnement professionnel⁴³⁸ ? Vu sous cet angle, une question nouvelle doit être posée. *Quid*, en effet, de la conciliation entre le parcours syndical et la vie professionnelle ?

II. Parcours syndical et vie personnelle

201. – Contexte. – Le paysage syndical français est en berne, miné par une tradition de conflit engendrant une stigmatisation de l’activité syndicale, tant aux yeux des employeurs qu’à ceux des salariés. Ce cercle vicieux est la cause d’un fâcheux constat : les jeunes générations se refusent à reprendre et à rénover l’engagement syndical de leurs aînés. Cet état de fait est renforcé par les dispositions issues de la loi du 20 Août 2008, et particulièrement par les critères d’audience. Au niveau de l’entreprise, les syndicats jouent ainsi leur représentativité à l’occasion de chaque élection professionnelle. Si d’aventure un syndicat représentatif devait ne pas franchir la barre des 10 %, nombre de ses adhérents, à l’activité syndicale permanente ou non, devraient être réinsérés dans leur activité professionnelle. Dès lors, comment attirer les plus jeunes vers le syndicalisme tout en « sécurisant » l’issue d’une carrière syndicale ? Une disposition, également issue de la loi du 20 Août 2008, donne une première piste de solution : *« un accord détermine les mesures à mettre en œuvre pour concilier la vie professionnelle avec la carrière syndicale et pour prendre en compte l’expérience acquise, dans le cadre de l’exercice de mandats, par les représentants du personnel désignés ou élus dans leur évolution professionnelle »*⁴³⁹. C’est donc autour d’un axe articulé entre conciliation et valorisation que semblent se tourner les espoirs.

202. – Conciliation entre vie professionnelle et carrière syndicale. – C’est le premier volet qui ressort des dispositions précitées. Cette conciliation est principalement assurée par une adaptation de la charge de travail et de l’évolution professionnelle. La réalisation du premier objectif sera facilitée par la tenue d’entretiens au début, pendant et à la fin de l’exercice du mandat syndical. En effet, l’adaptation de la charge de travail nécessite le consensualisme dans la mesure où sa mise en œuvre constitue une modification du contrat de travail qui requiert

⁴³⁸ C’est tout le sens de l’arrêt CEDH, Niemetz c/ Allemagne du 16 décembre 1992 qui consacre, selon l’expression de J. Mouly, une « *vie privée professionnelle* ».

⁴³⁹ C. trav. art. L. 2141-5 al. 2. Cet article reprend les dispositions de l’article 13 de la position commune du 9 avril 2008.

l'accord du salarié. La réalisation du second objectif est une conséquence du premier, l'adaptation de la charge de travail devant logiquement entraîner une adaptation de l'évaluation professionnelle. Cette adaptation se traduira, notamment, par une pondération des objectifs du salarié en considération de son crédit d'heure. L'adaptation de l'évaluation professionnelle perd en revanche tout son sens pour les syndicalistes « permanents » ou ceux dont l'activité professionnelle n'est que résiduelle en comparaison de l'activité syndicale. Pour ces derniers, la problématique se déplace de la conciliation vers la valorisation du parcours syndical, celle-ci pouvant conduire à une nouvelle orientation professionnelle.

203. – Valorisation de la carrière syndicale. – Valoriser la carrière syndicale, c'est d'abord favoriser l'engagement personnel des salariés pour la défense des intérêts de la communauté de travail. Un tel engagement ne doit pas être traité comme une tare, c'est pourquoi la valorisation de l'engagement syndical doit passer par un maintien de l'employabilité des adhérents, toujours envisagée dans l'optique de l'orientation professionnelle de ces derniers à l'issue de leur mandat. Cet objectif peut être notamment servi par la mise en place de dispositifs d'accompagnement de la validation des acquis de l'expérience, par ailleurs souvent revendiquée, par les syndicalistes, dans le domaine du droit du travail. L'utilisation du droit individuel à la formation serait également d'une grande utilité. Le moyen le plus novateur de valoriser une carrière syndicale n'a cependant pas encore été évoqué. Révélant une prise en compte croissante des enjeux qui se nouent à la croisée des mondes, entre activité professionnelle et vie personnelle, moyen privilégié pour valoriser l'engagement syndical, il est temps, à présent, d'aborder les rivages de la négociation collective.

CHAPITRE II – Négociation collective

204. – Nous verrons, dans le cadre d’une approche classique, que les grands thèmes relatifs à la vie personnelle et la vie privée des salariés sont abordés par la négociation collective interentreprises (Section I). Ces grands thèmes sont ensuite mis en œuvre par la négociation collective d’entreprise (Section II).

SECTION I – Négociation collective interentreprises

205. – Le traitement de la vie privée et de la vie personnelle par la négociation collective obéit à une mécanique bien connue. La négociation collective interprofessionnelle (I) fixe les grandes orientations, négociées par les partenaires sociaux à l’échelon national. Ces grandes orientations sont ensuite reprises et adaptées par la négociation collective de branche (II).

I. Négociation collective interprofessionnelle

206. – Evocation de la vie privée. – Certains accords nationaux interprofessionnels abordent explicitement des questions liées au respect de la vie privée du salarié dans l’entreprise, démontrant ainsi que la distinction avec la vie personnelle conserve tout son sens. C’est, par exemple, le cas de l’accord national interprofessionnel sur le harcèlement et la violence au travail. Ce dernier prévoit la mise en place d’une procédure pour identifier, comprendre et traiter les phénomènes de harcèlement et de violence au travail, procédure qui, dans l’intérêt de tous, devra être menée « *avec la discrétion nécessaire pour protéger la dignité et la vie privée de chacun* »⁴⁴⁰. C’est également le cas de l’accord national interprofessionnel sur le télétravail. Ce dernier traite la question de la vie privée d’une manière notable, en formulant des dispositions d’application concrète. Ainsi, « *l’employeur est tenu de respecter la vie privée du télétravailleur. A cet effet, il fixe, en concertation avec le salarié, les plages horaires durant lesquelles il peut le contacter. Si un moyen de surveillance est mis en place, il doit être pertinent et proportionné à l’objectif poursuivi et le télétravailleur doit en être informé. La mise en place, par l’employeur, de tels moyens doit faire l’objet d’une information et d’une consultation préalable du comité d’entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel dans les entreprises qui en sont dotées* »⁴⁴¹. On retrouve là une expression du rôle dévolu aux institutions

⁴⁴⁰ ANI du 26 Mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail, art. 4, §2.

⁴⁴¹ ANI du 19 Juillet 2005 sur le Télétravail, art. 6

représentatives du personnel⁴⁴², amenées à contrôler le respect des libertés individuelles au sein de l'entreprise. On retrouve enfin des dispositions non plus protectrices de la vie privée du salarié, mais de sa vie personnelle. Ces dispositions, qui n'abordent le sujet que de manière implicite, concernent notamment l'organisation de la charge et du temps de travail des télétravailleurs, qui ne doivent pas conduire à enfreindre la législation sur la durée du travail et la durée de repos⁴⁴³.

207. – Evocation implicite de la vie personnelle. – Certains accords nationaux interprofessionnels contiennent des dispositions qui intéressent l'articulation entre la vie personnelle et l'activité professionnelle des salariés sans même qu'on puisse trouver de mention explicite de cette question dans le texte de l'accord. Ces dispositions concernent le plus souvent des dispositifs que nous avons déjà rencontrés et qui, ayant attiré l'attention des partenaires sociaux, sont repris, parfois approfondis, souvent adaptés par la voie du dialogue social. C'est, par exemple, le cas de la mobilité professionnelle et géographique. L'accord national interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail affirme qu'il est du devoir des entreprises de rechercher les mesures d'accompagnement susceptibles d'être mises en œuvre, dans le cadre des mobilités géographiques, au bénéfice des salariés et de leurs familles. Cet accompagnement peut se traduire en deux grandes séries de mesures : d'une part, des mesures logistiques comme la visite du futur lieu de travail, l'aide à la recherche de logement, à la recherche d'emploi pour le conjoint du salarié ou à la recherche d'établissement scolaire ; d'autre part, des mesures pécuniaires, comme l'aide à l'achat ou à la location d'un véhicule, à l'obtention du permis de conduire, au déménagement ou à l'accès au logement⁴⁴⁴. Ainsi, l'entreprise devra veiller à ce que la mise en œuvre de la mobilité soit compatible avec les impératifs de la vie familiale. Certains accords nationaux interprofessionnels soulèvent également la question de la vie personnelle au travers de leurs dispositions relatives à l'aménagement du temps de travail. C'est le cas, par exemple, des aménagements du temps de travail prévus pour éviter le passage trop abrupt de la vie active à la retraite⁴⁴⁵, qui ne constitue jamais qu'une brutale expansion du temps dédié à la vie personnelle.

208. – Evocation explicite de la vie personnelle. – Si certains accords abordent la vie personnelle et familiale des salariés sans jamais la nommer, d'autres y font en revanche une référence explicite. Ces références peuvent se limiter à des déclarations générales sans réelle

⁴⁴² V. supra

⁴⁴³ ANI du 19 Juillet 2005 sur le Télétravail, art. 9

⁴⁴⁴ ANI du 11 Janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, art. 8

⁴⁴⁵ ANI du 13 octobre 2005 relatif à l'emploi des seniors, art. 19

portée pratique ; elles peuvent aussi démontrer une vraie prise en compte de ces enjeux. Deux accords nous paraissent illustrer cette double dimension. Des déclarations générales, l'accord national interprofessionnel relatif au stress au travail en fait assurément. Il annonce que la prise en compte de l'équilibre entre la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale est l'un des moyens que les partenaires sociaux souhaitent utiliser pour préserver la santé des travailleurs et lutter contre le stress au travail⁴⁴⁶. En effet, la difficile conciliation entre l'intimité et l'exercice professionnel constitue l'un des facteurs subjectifs du stress⁴⁴⁷, qu'il conviendrait de prendre en compte. Des dispositions bien plus complètes sont, en revanche, prévues par l'accord national interprofessionnel relatif à la mixité et à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. Ce dernier fait, à titre introductif, référence aux « *représentations et (...) stéréotypes culturels relatifs à l'image de la femme et à ses contraintes familiales dans la vie professionnelle* »⁴⁴⁸. Il incite également les entreprises et les branches à une attention toute particulière sur les aménagements d'horaires qui peuvent être mis en place pour faciliter la conciliation entre la vie familiale et l'activité professionnelle notamment la progression de carrière, sur une mise en œuvre de la mobilité qui soit compatible avec les contraintes de la parentalité, sur la mise en place de moyens permettant aux salariés qui le souhaitent de maintenir un lien avec l'entreprise pendant toute la durée du congé maternité ou parental, notamment par la tenue d'un entretien spécifique avant et après le congé, ou sur les modes d'organisation du temps de travail qui évitent les contraintes spécifiques à certaines pratiques « managériales » peu compatibles avec les obligations familiales⁴⁴⁹. Preuve, encore une fois, que les aménagements du temps de travail constituent un aspect crucial de l'articulation entre vie personnelle et vie professionnelle. Ce point est d'ailleurs souvent traduit au niveau des conventions collectives de branche.

II. Négociation collective de branche

209. – Prisme de l'égalité hommes-femmes. – De nombreuses mesures visant à concilier la vie personnelle avec l'activité professionnelle sont mises en œuvre, au niveau de la branche, par des accords collectifs relatifs à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, dans le prolongement de l'accord national interprofessionnel du 1^{er} Mars 2004. Plus que pour servir directement l'objectif de l'égalité professionnelle, il semble que ces accords aient constitué de véritables occasions d'introduire la conciliation entre vie personnelle et vie

⁴⁴⁶ ANI du 2 Juillet 2003 relatif au stress au travail, art. 2

⁴⁴⁷ ANI du 2 Juillet 2003 relatif au stress au travail, art. 4

⁴⁴⁸ ANI du 1^{er} Mars 2004 relatif à la mixité et à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, art. 1^{er}

⁴⁴⁹ ANI du 1^{er} Mars 2004 relatif à la mixité et à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, art. 10

professionnelle comme sujet à part entière de la négociation de branche, ainsi qu'en témoignent la diversité des mesures qui ont été prévues et la portée des engagements pris, certaines conventions n'hésitant pas à réaffirmer le « *droit de chaque salarié à mener une vie privée, familiale et sociale, en parallèle avec sa vie professionnelle* »⁴⁵⁰.

210. – Vie personnelle et mobilité professionnelle. – Certains accords collectifs de branche constituent un véritable complément à la législation du travail. Ils prennent en compte les enjeux liés à la mobilité professionnelle dont on sait qu'elle peut influencer sur la vie personnelle des salariés. Deux sujets doivent être soulignés. D'une part, celui du déplacement quotidien effectué par le salarié entre son domicile et son lieu de travail, trajet professionnel qui peut engendrer coûts et fatigue. Il peut ainsi être prévu une intervention de l'employeur auprès des pouvoirs publics pour mettre en place un réseau de transports collectifs adaptés aux besoins des salariés ou, dans la mesure où l'effectif et les moyens de l'établissement le permettent, pour mettre en place des dispositifs facilitant le covoiturage, ou bien encore des moyens de transports spécifiques à l'entreprise⁴⁵¹. Cette dernière mesure est souvent pratiquée dans les grandes entreprises qui disposent de sièges sociaux en banlieue, des contrats peuvent, à cet égard, être conclus avec des sociétés de transport afin de mettre en place une liaison privilégiée entre le domicile des salariés et leur lieu de travail. Il faut, d'autre part, souligner la prise en compte de la mobilité géographique par les accords de branche⁴⁵². Une telle mobilité peut être demandée par le salarié, justement pour réduire la distance entre son domicile et son lieu de travail, ou bien pour un rapprochement familial. Certains accords peuvent même agir sur le pouvoir de direction de l'employeur en prévoyant qu'une demande de mobilité fondée sur l'un des deux motifs évoqués ne peut être refusée plus de deux fois⁴⁵³. Néanmoins, c'est sur le terrain de l'accompagnement des mobilités géographiques que les accords collectifs de branche peuvent être les plus présents⁴⁵⁴. La prise en compte des conséquences de la mobilité sur la situation familiale du salarié est un point central. Des aides logistiques peuvent être fournies, notamment dans le cas d'un changement de résidence familiale. Le salarié peut alors se voir reconnaître la faculté d'effectuer un voyage de reconnaissance avec son conjoint en

⁴⁵⁰ CCN Industrie du Pétrole, accord du 9 avril 2009 relatif à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, art. 5.1

⁴⁵¹ CCN Industrie du Pétrole, accord du 9 avril 2009 relatif à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, art. 5.4

⁴⁵² Dans le prolongement ce que nous avons déjà vu dans les accords nationaux interprofessionnels, v. supra.

⁴⁵³ CCN Pôle Emploi du 21 décembre 2009, art. 26.1, §2.

⁴⁵⁴ CCN Métallurgie, accord du 30 Juin 2009 relatif à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, art. 38

bénéficiant, au besoin, de jours de repos exceptionnels à cet effet⁴⁵⁵ dont les frais seront remboursés par l'employeur, frais de garde des enfants mineurs, lorsque les obligations familiales le justifient, éventuellement inclus. Le transfert de la famille ou du conjoint du salarié peut enfin être aidé par l'employeur en recherchant, pour ce dernier, les possibilités d'emplois qui existent en son sein ou à l'extérieur. On peut constater que la prise en compte de la parentalité est grandement recommandée dans le traitement des mobilités professionnelles.

211. – Prise en compte de la parentalité. – Recommandée, cette prise en compte ne l'est pas que dans le cadre des mobilités professionnelles, elle l'est aussi dans un champ beaucoup plus vaste. De nombreux accords collectifs de branche s'en sont fait l'écho, réaffirmant le principe selon lequel la parentalité n'a pas et ne doit pas avoir d'incidence sur l'évolution professionnelle des salariés⁴⁵⁶. La prise en compte de la parentalité ne se limite pas à la réaffirmation des principes, elle se traduit par des dispositions visant à reprendre, adapter et améliorer les dispositifs légaux destinés aux parents. C'est le cas des congés parentaux⁴⁵⁷. Nous avons vu que la loi se refusait à traiter du maintien – ou non – de la rémunération des salariés pendant la durée d'un congé maternité ou d'un congé paternité. C'est l'un des points essentiels qui doit être réglé par la convention ou l'accord collectif. Ainsi, nombre d'entre eux prévoient le maintien total de la rémunération, sous déduction des prestations de la Sécurité sociale, pendant la durée du congé maternité⁴⁵⁸ ou du congé paternité⁴⁵⁹. D'autres types de congés prévus par la loi sont également évoqués, comme le congé d'adoption ou le congé parental d'éducation. L'apport de certains accords collectifs de branche réside cependant dans la création de nouveaux congés parentaux lorsque surviennent des événements difficiles, en sus des dispositions légales propres au congé de présence parentale. Un crédit de congés avec maintien total de la rémunération pourra, par exemple, être octroyé au salarié en cas de maladie d'un enfant ou d'impossibilité d'en assurer la garde⁴⁶⁰. Un tel crédit peut également bénéficier au salarié dont l'un des enfants à charge est atteint d'un handicap⁴⁶¹. Ces illustrations ne sont bien entendu pas limitatives, et il serait vain de tenter la restitution complète de l'éventail des mesures analogues contenues dans l'ensemble des accords collectifs de branche, qui peuvent

⁴⁵⁵ CCN Pôle Emploi du 21 décembre 2009, art. 26.3, §2

⁴⁵⁶ CCN Industrie du Pétrole, accord du 9 avril 2009 relatif à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, art. 6.1. V. aussi CCN Journalistes, accord du 1^{er} Février 2010 relatif à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes en presse quotidienne et départementale, art. 4.5.

⁴⁵⁷ V. supra

⁴⁵⁸ CCN Pôle Emploi du 21 décembre 2009, art. 31, §1

⁴⁵⁹ CCN Industrie du Pétrole, accord du 9 avril 2009 relatif à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, art. 6.3

⁴⁶⁰ CCN Pôle Emploi du 21 décembre 2009, art. 29.2

⁴⁶¹ CCN Industrie du Pétrole, accord du 9 avril 2009 relatif à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, art. 6.5

aussi prévoir des congés pour des évènements familiaux distincts des évènements parentaux. Le mécanisme sera, en revanche, identique ; il procèdera d'une reprise, d'une adaptation et d'une amélioration des dispositifs légaux. L'octroi de congés n'est cependant pas le seul moyen de conciliation entre la vie personnelle et l'activité professionnelle que l'on rencontre dans les conventions collectives de branche. Plus spécifiques sont en effet les mesures qui concernent le temps de travail des salariés.

212. – Temps de travail et vie personnelle. – Des dispositifs d'aménagement du temps de travail sont prévus par certains accords collectifs de branche afin de faciliter l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle. Ils se caractérisent par un assouplissement de la durée ou des horaires de travail qui peuvent être obtenus de diverses manières, toujours en liaison avec les institutions représentatives du personnel qui exercent, là-encore, leur mission de prévention et de contrôle. On distingue ainsi deux grands moyens d'aménagement du temps de travail destinés à faciliter une telle conciliation. Les dispositifs touchant aux horaires de travail seront d'abord évoqués. Ils consistent, notamment, dans la mise en place d'horaires flexibles et individualisés pour les salariés qui connaissent des situations familiales particulières⁴⁶². L'horaire de travail peut, à ce titre, être scindé en deux plages distinctes : l'une, commune à l'ensemble des salariés afin de maintenir un socle de coordination nécessaire à la tenue, entre autre, de réunions, l'autre, individualisée, modulable selon les besoins du salarié. Dans le prolongement, la convention collective nationale des industries du pétrole prévoit expressément que « *l'employeur ne prend pas en compte le présentéisme, notamment pour apprécier la contribution du salarié ou pour déterminer l'évolution de la carrière* »⁴⁶³. Cette mention mérite un aparté. En effet, le présentéisme désigne une pratique déplorable et fort répandue consistant à être présent sur son poste de travail au-delà – voire bien au-delà – du temps requis par la charge de travail de ce poste⁴⁶⁴. En vogue chez les jeunes générations de cadres, qui voient là un accommodant moyen de faire *bella figura* aux yeux d'une hiérarchie parfois trop réceptive, allant même jusqu'à l'encourager, le présentéisme est une dangereuse illusion. Dangereuse pour l'équilibre contractuel, dangereuse pour la vie personnelle. A la frontière du droit et de la pratique des relations de travail, la négociation collective est l'outil idéal pour lutter contre ce genre d'usage, les dispositions de la convention collective nationale des industries du pétrole en ce sens doivent donc être saluées. Aparté terminé, il convient

⁴⁶² CCN Industrie du Pétrole, accord du 9 avril 2009 relatif à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, art. 5.2

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ Le Professeur J. E. Ray avait à cet égard une remarquable illustration, qui soulignait le côté presque burlesque de la situation : celle du chien Droopy qui continuait de courir alors qu'il avait déjà largement dépassé le bord de la falaise. V. Dr. soc. D'un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail, n° 1, Janvier 2010, p. 11

d'évoquer l'autre grand mode d'aménagement du temps de travail destiné à concilier vie professionnelle et vie personnelle, dont la mise en œuvre est largement renvoyée à la négociation collective⁴⁶⁵ : le travail à temps partiel. Défini comme tout travail dont la durée est inférieure à la durée légale ou conventionnelle en vigueur dans l'entreprise ou l'établissement, sa mise en place nécessite tant l'accord du salarié que celui de l'employeur, quoique certains accords collectifs puissent l'accorder de plein droit en cas de survenance d'évènements familiaux importants comme la naissance ou l'arrivée d'un enfant au foyer, la solidarité familiale ou l'éducation d'un enfant⁴⁶⁶. Si la rémunération du salarié s'en trouve proportionnellement diminuée, il en va de même pour sa charge de travail. Ce dernier peut ainsi consacrer plus de temps à l'exercice de ses responsabilités familiales. Afin de minimiser l'impact du passage à temps partiel sur la carrière de l'intéressé, les accords collectifs peuvent prévoir des dispositions facilitant le retour du salarié sur un poste à temps plein. Là encore, l'éventail de ces mesures n'est pas limitatif. Les conventions collectives de branche peuvent prévoir d'autres types de mesures relatives au temps de travail susceptibles d'avoir une influence notable sur la vie personnelle des salariés, pensons notamment aux dispositions fixant la durée du repos hebdomadaire à deux jours consécutifs au lieu des trente-cinq heures de droit commun⁴⁶⁷.

213. – Aides financières. – Dernier volet de cette typologie générale des mesures qui peuvent être mises en œuvre par la négociation collective de branche pour favoriser une meilleure articulation entre vie professionnelle et vie personnelle, les aides financières ont déjà été rencontrées dans la négociation collective interprofessionnelle⁴⁶⁸. Elles ne sont pas d'un genre différent au niveau de la branche, ainsi peut-on rencontrer des aides au déménagement ou à la prise en charge des surcoûts de loyer dans le cadre des mobilités géographiques⁴⁶⁹.

214. – Sans être tout à fait exhaustive, la présente typologie fait état des cas généraux. De nombreuses autres mesures peuvent néanmoins figurer dans les conventions collectives de branche. Le travail à domicile peut être, par exemple, ponctuellement mis en place sur demande du salarié et sous réserve de l'accord de l'employeur lorsque des circonstances particulières nécessitent son absence du lieu de travail⁴⁷⁰. Le rôle des institutions

⁴⁶⁵ C. trav. art. L. 3123-1 et s.

⁴⁶⁶ CCN Pôle Emploi du 21 décembre 2009, art. 10

⁴⁶⁷ Par exemple, CCN Pôle Emploi du 21 décembre 2009, art. 9

⁴⁶⁸ V. supra

⁴⁶⁹ CCN Pôle Emploi du 21 décembre 2009, art. 26.3

⁴⁷⁰ CCN Industrie du Pétrole, accord du 9 avril 2009 relatif à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, art. 919

représentatives du personnel gagne à être rappelé et favorisé. Les délégués du personnel peuvent jouer un rôle important, en tant qu'intermédiaire et en tant que conseil dans l'étude des demandes ou des propositions de mobilité géographique. Enfin, comité d'entreprises et comités d'établissement peuvent se voir rappeler leur rôle essentiel et leurs prérogatives en matière d'aide aux parents, notamment pour la garde, l'éveil et les vacances des enfants⁴⁷¹. Le rôle de la représentation du personnel ne manquera pas de resurgir dans la conciliation entre vie professionnelle et vie personnelle qui est opérée dans le cadre de la négociation collective d'entreprise.

SECTION II – Négociation collective d'entreprise

215. – Pour servir la cohérence du plan, le titre de cette section est en réalité quelque peu trompeur. En effet, nous ne nous limiterons pas ici à étudier la vie personnelle au travers du prisme des accords d'entreprise (I) entendu *stricto sensu*. Nous nous intéresserons également à la question telle qu'elle est traitée dans les accords de groupe (II).

I. Accords d'entreprise

216. – Temps de travail. – La loi du 20 Août 2008 a largement placé le temps de travail sous le régime de la pleine suppléativité ; l'accord d'entreprise peut désormais s'affranchir de l'accord de branche dans ce domaine particulièrement sensible pour la conciliation entre vie professionnelle et la vie personnelle. Nous en avons vu de nombreuses illustrations. C'est donc là une problématique à laquelle les acteurs de la négociation collective d'entreprise devront porter une attention toute particulière lors de la négociation et de la conclusion des accords. Ce sera notamment le cas pour les accords d'aménagement du temps de travail instaurant une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année⁴⁷². Est-il nécessaire de rappeler que leur mise en œuvre ne devra jamais porter une « *atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos* »⁴⁷³ ? Telle exigence justifie un examen de la question en amont, lors de la négociation de l'accord, au besoin en prévoyant des mécanismes de flexibilité dans la mise en œuvre de la nouvelle répartition des horaires afin de concilier au mieux l'intérêt de l'entreprise et l'exercice

⁴⁷¹ CCN Industrie du Pétrole, accord du 9 avril 2009 relatif à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, art. 920

⁴⁷² C. trav. art. L. 3122-1 et s.

⁴⁷³ Cass. soc. 3 novembre 2011 n° 10-18.036, *op. cit.*

de la responsabilité familiale des salariés. Par ailleurs, la négociation d'un accord collectif d'entreprise prévoyant la conclusion de conventions individuelles de forfait annuel en jours⁴⁷⁴ pourrait, également, donner lieu à une prise en compte en amont de l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale des salariés concernés. Un raisonnement analogue est déployé dans le cadre des différentes négociations obligatoires d'entreprise.

217. – Négociation annuelle. – La négociation annuelle obligatoire sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes en fournit un premier exemple. Le sujet est, en lui-même, déjà porteur d'une réflexion profonde sur l'articulation entre vie personnelle et vie professionnelle⁴⁷⁵. Il n'est donc pas étonnant que la loi fasse expressément de « *l'articulation entre la vie professionnelle et les responsabilités familiales* »⁴⁷⁶ un des sujets de la négociation. L'éventail des mesures qui peuvent alors être prévues est vaste : assouplissement des horaires de travail, congés spéciaux, aides financières, aides logistiques pour les mobilités géographiques ou mise en place du travail à temps partiel pour les salariés qui se trouvent dans une situation personnelle ou familiale particulière. La mise en place du temps partiel est aussi expressément visée dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire portant sur la durée effective et l'organisation du temps de travail dans l'entreprise⁴⁷⁷ qui, elle aussi, devrait donner toute sa place à la prise en compte de la vie personnelle des salariés.

218. – Négociation triennale. – Les grandes entreprises⁴⁷⁸ implantées sur le territoire national ont l'obligation d'engager tous les trois ans une négociation portant, notamment, sur « *la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, sur laquelle le comité d'entreprise est informé, ainsi que sur les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées, en particulier en matière de (...) validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétences ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés* »⁴⁷⁹. *A fortiori* dans ces grandes entreprises, qui disposent de moyens importants, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale doit constituer l'un des aspects de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ainsi que des dispositifs d'accompagnements qui sont négociés à cette occasion.

⁴⁷⁴ C. trav. art. L. 3121-39

⁴⁷⁵ V. supra

⁴⁷⁶ C. trav. art. L. 2245-5 al. 1^{er}

⁴⁷⁷ C. trav. art. L. 2242-8-2°

⁴⁷⁸ En l'occurrence, les entreprises d'au moins 300 salariés et les entreprises de dimension communautaires qui comportent au moins un établissement de 150 salariés en France.

⁴⁷⁹ C. trav. art. L. 2242-15-2°

Dans ce cadre, l'opportunité est également donnée d'aborder une dimension particulière de la vie personnelle, que nous avons déjà rencontrée : la carrière syndicale⁴⁸⁰. Les mesures de validation des acquis de l'expérience et de bilan de compétences sont là pour le rappeler. Rien, cependant, n'empêchera d'aller plus loin pour promouvoir l'engagement syndical et favoriser le dialogue social ainsi que l'illustre, entre autres, la charte signée par AXA France avec les organisations syndicales représentatives sur la reconnaissance du parcours syndical dans le développement et l'évolution professionnelle⁴⁸¹. Cette charte conçoit une prise en compte de la carrière syndicale articulée autour de deux axes majeurs : l'accompagnement et la reconnaissance du parcours syndical. Ces deux axes gagneraient à être repris, adaptés et améliorés dans le cadre de l'obligation triennale de négociation sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. Ils y gagneraient d'autant plus que cette obligation est de grande ampleur ; elle concerne également les groupes d'au moins 300 salariés et les groupes de dimension communautaires qui comportent au moins une entreprise de 150 salariés en France.

II. Accords de groupe

219. – La figure de l'accord. – Plusieurs groupes ont déjà conclu des accords sur la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences traitant de l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle. Ils peuvent permettre de concevoir un cadre global articulé autour d'une évaluation préalable et détaillée de la situation de chaque site en matière d'équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle selon la nature de l'activité déployée, de la formalisation d'un plan d'action et de la mise en place d'une commission de suivi⁴⁸². Des mesures adaptées à la diversité des situations qui se présentent dans le groupe pourront ensuite être mises en œuvre avec l'avantage de l'envergure puisqu'elles seront mises en œuvre non pas seulement en France, mais dans chaque pays d'implantation du groupe. Elles se traduiront, de manière classique, par des assouplissements dans les modes d'organisation du temps de travail, un accompagnement de la parentalité ou des situations difficiles. Elles pourront également consister, d'une manière plus atypique et plus informelle, en un entretien avant et après le départ des salariés en congé maternité ou paternité, une communication à l'intention des salariées en congé maternité afin de les tenir informées des évolutions de l'entreprise, mise en place de crèches d'entreprise en concertation avec le comité d'entreprise ou d'un service de

⁴⁸⁰ V. supra

⁴⁸¹ Charte AXA France du 16 Avril 2009 sur la reconnaissance du parcours syndical dans le développement et l'évolution professionnelle.

⁴⁸² V. Accord du 1^{er} Avril 2011 sur la gestion prévisionnelle des métiers et des compétences au sein du groupe AREVA en Europe, art. 2.2

conciergerie d'entreprise⁴⁸³. Elles pourront enfin se traduire par des « règles de bonne conduite » consistant, par exemple, à ne pas envoyer de messages (courriels, sms...) à ses collègues en dehors du temps de travail sauf en cas de nécessité ou à ne pas faire de présentisme. Louables, ces « règles de bonnes conduites » relèvent plus de la responsabilité sociale des entreprises⁴⁸⁴ que de la véritable négociation collective.

220. – Le spectre de la RSE. – La responsabilité sociale des entreprises est une source de droit mou dans laquelle on constate l'essor des dispositions relatives à l'articulation entre la vie professionnelle et la vie personnelle. Elle a notamment été mise en œuvre par certains grands groupes européens qui ne cachent pas l'aspect « communication » d'une telle démarche, mais affirment également que la RSE est un moyen de prendre de l'avance sur la loi en prévoyant des normes qu'elle n'a pas encore mis ou qu'elle est incapable de mettre en œuvre. La notion de « bien-être au travail » peut effectivement mener les entreprises à s'investir dans des domaines qui relèvent normalement des pouvoirs publics comme, par exemple, la mise en place de structures de soutien psychologique, notamment pour les femmes victimes de violences conjugales⁴⁸⁵. Elle aborde également la question de la valorisation des carrières syndicales et de la professionnalisation des représentants syndicaux. Bien que le mouvement soit séduisant, il questionne avant tout la faculté des pouvoirs publics et des partenaires sociaux à remplir leur fonction de régulation des relations de travail par l'utilisation de leur pouvoir normatif. Les entreprises n'ont pas vocation à formuler elles-mêmes les règles auxquelles elles seront soumises ; la constitution de la République exige le respect du principe de participation⁴⁸⁶ des travailleurs, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la détermination collective des conditions de travail.

⁴⁸³ V. Accord du 11 Juin 2009 « IDEA » au sein du groupe THALES, art. 18, 19, 20.

⁴⁸⁴ RSE

⁴⁸⁵ V. La responsabilité sociétale des entreprises : un levier de transformation du dialogue social, ORSE, sept. 2009, p. 6

⁴⁸⁶ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 8

221. – Conclusion de partie. – *Terra incognita* dans ce domaine, les relations collectives de travail semblent aujourd’hui cristalliser une part cruciale des enjeux inhérents à l’articulation de l’activité professionnelle avec la vie personnelle et familiale. Les représentants du personnel ont le devoir d’intégrer pleinement à leur mission protectrice l’exigence de respect de la vie privée des salariés, particulièrement au regard de l’essor des nouvelles technologies. Ils ont également un rôle créateur à mener, en conciliation avec l’employeur, pour bâtir des solutions adaptées et innovantes permettant de favoriser l’articulation entre vie professionnelle et vie personnelle, une attention toute particulière devant être portée au traitement des responsabilités familiales et citoyennes. Ce rôle, bien-sûr, doit s’exercer dans le cadre naturel de la négociation collective avec les organisations reconnues comme représentatives des salariés dans l’entreprise. Les pouvoirs publics ne doivent cependant pas s’en détourner, la négociation collective d’entreprise ou de groupe, qui a le vent en poupe, n’a malheureusement pas l’avantage de l’égalité. Les mesures qui sont prises restent trop souvent le privilège des grands groupes et des grandes entreprises. Rien n’interdit à la loi de reprendre et d’étendre les bonnes pratiques qui ont été développées dans les accords et les chartes ; elle pourrait à cet égard donner lieu à une vaste négociation⁴⁸⁷, avec les partenaires sociaux, au niveau national et interprofessionnel, sur la protection de la vie privée et l’articulation de l’activité professionnelle avec la vie personnelle. Ce serait là l’expression d’un véritable dialogue social.

⁴⁸⁷ En application de l’article L. 1 du Code du travail.

222. – Conclusion générale. – Le droit des relations de travail traite de la vie privée et de la vie personnelle de manière transversale. Dans un contexte bouillonnant, la loi et les partenaires sociaux font face à un vaste processus qui s’articule autour de deux dynamiques majeures : préserver la vie privée du salarié sur le lieu du travail et en dehors, d’une part ; favoriser l’articulation entre la vie professionnelle et la vie personnelle, d’autre part. La jurisprudence est, quant à elle, mise à l’épreuve d’un défi : forger un régime durable de la rupture du contrat de travail pour un motif tiré de la vie personnelle du salarié. Depuis près de cinquante ans, cette tâche est, pour les juges, comparable à celle de Sisyphe ; ils trainent péniblement cette pierre au sommet de la colline pour la voir retomber, peu avant d’atteindre le sommet. D’un régime protecteur de la vie personnelle du salarié, ménageant une possibilité de rompre le contrat de travail lorsque le comportement du salarié avait engendré un trouble objectif caractérisé au sein de l’entreprise, nous sommes passé à un régime en demi-teinte, indécis quant à la nature du licenciement qu’il convient de prononcer, tantôt pour cause réelle et sérieuse sur le fondement d’un trouble objectif, tantôt pour faute lorsque le comportement du salarié traduit une méconnaissance de ses obligations contractuelles. Le contentieux des « licenciements facebook »⁴⁸⁸ est en marche vers la chambre sociale, mettant une nouvelle fois sa doctrine à l’épreuve. Saisira-t-elle cette occasion pour opérer une clarification ? Il faut d’autant plus l’espérer que l’invasion des technologies de l’information et de la communication dans les relations professionnelles a provoqué l’éclatement du cadre habituel du travail. Les frontières entre vie personnelle et vie professionnelle deviennent de plus en plus poreuses. Ce mélange des genres a engendré une brutale dilatation du lien de subordination ; il peut désormais s’étendre au-delà du temps et de l’espace qui lui étaient, naguère, consacrés. Qu’on ne s’y trompe pas, le pouvoir de s’émanciper des sujétions induites par ce lien de subordination étendu est, avant tout, entre les mains des employeurs et des salariés. Nul besoin d’un arrêt pour savoir qu’il est fautif de consommer des substances psychoactives lorsqu’on s’apprête à exercer des fonctions qui engagent la sécurité des personnes⁴⁸⁹. Nul besoin d’une charte pour interdire l’envoi de messages professionnels en dehors du temps de travail lorsque rien ne le justifie. Citoyens, prenez vos responsabilités. Avant de puiser la liberté de la loi ou de l’édit du préteur, c’est de la vertu qu’il la faut tirer. « *Quam angusta innocentia est ad legem bonum esse ! Quanto latius officiorum patet quam iuris regula ! Quam multa pietas, humanitas, liberalitas, iustitia, fides exigunt, quae omnia extra publicas tabulas sunt* »⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ CPH Boulogne-Billancourt, 19 novembre 2010, départment, n° 09-00316, n° 09-00343

⁴⁸⁹ V. Cass. soc. 27 Mars 2012, n° 10-19.915, *op. cit.*

⁴⁹⁰ L. A. Seneca dit Sénèque, De Ira, II, XXVIII, « Quelle étroite vertu qu’une vertu légale ! Combien nos devoirs s’étendent plus loin que les prescriptions du droit ! Que de choses nous commandent la piété, l’humanité, la bienfaisance, la justice, la loyauté dont nulle n’est gravée aux tables de la loi ».

Bibliographie

Ouvrages généraux

- PELISSIER J., AUZERO G., DOCKES E., Droit du travail, Précis Dalloz, 26^{ème} édition, 2012
- SAVIGNY F. C., Traité de Droit Romain, 1841, vol. II
- TEYSSIE B., Droit civil, les personnes, LexisNexis, 13^{ème} édition, 2012
- VON JHERING R., L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, 1886, tome II

Ouvrages spéciaux

- LYON-CAEN G., Les libertés publiques et l'emploi, Rapp. La documentation française, 1992, n° 27
- CNIL Rapp., La cybersurveillance sur les lieux de travail, 5 février 2002
- Dr. soc. Numéro spécial vie professionnelle et vie personnelle, n° 1, Janvier 2010

Articles

- ADAM P., La vie personnelle, une forteresse et quelques souterrains, RDT 2011, p. 116
- ADAM P., Sur la vie personnelle : 50 ans après Despax, RDT, 2012, p. 100
- BORENFREUND G., Présomption de représentativité et constitution d'une section syndicale Brèves observations sur l'arrêt Okaidi, Sem. Soc. Lamy, 14 sept. 2009, n° 1412
- BRUGUIERE J. M., Le devoir conjugal, Philosophie du code et morale du juge, D. 2000, p. 10
- CHALARON Y., Les œuvres sociales dans l'entreprise, les limites du pouvoir ouvrier intégré, Dr. social 1978, 1.
- DE QUENAUDON R., Intérêt de l'entreprise et vie privée du salarié : une protection inégale, RDT 2007, p. 590.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE O., Existe-t-il un droit constitutionnel du travail ?, JCP S, n° 6, 7 Février 2012, 1050
- FABRE A., Les droits fondamentaux à l'assaut des changements d'horaires, SSL 2011, n° 1518

- LEPAGE A., la vie privée du salarié : une notion civiliste en droit du travail, Dr. soc, n° 4, Avril 2010
- LYON-CAEN A. et I. Vacarie, « droits fondamentaux et droit du travail », Mélanges en l'honneur de J. M. VERDIER, Dalloz, 2001
- MOULY J., « Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance », Dr. soc. 2006-846
- P. WAQUET, Trouble objectif : le retour à la case « départ », SSL 2007, n° 1319
- SAVATIER J., Dr. soc. 1990
- TEYSSIE B., Personnes, entreprises et relations de travail, Dr. soc. 1988
- WAQUET P., « la vie personnelle du salarié », Mélanges en l'honneur de J. M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 513.
- WAQUET P., le « trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à redéfinir, RDT 2006, p. 304
- CNIL Guide pour les employeurs et les salariés, édition 2010

Index alphabétique

A

absolutisme monarchique, 8
adresse personnelle, 28

C

Cité, 8, 16, 54
citoyen, 7, 8, 10, 13, 14, 16, 17, 55, 56
clause de célibat, 25
clause de mobilité, 27
clause de résidence, 26
CNIL, 22, 23, 32, 34, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 43, 111

Comité d'entreprise

gestion des oeuvres sociales, 88
information et consultation, 86
organisation du temps de travail, 86
prestation en nature, 90
prestations en espèce, 89
rapport annuel, 87
techniques de contrôle, 87

Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail

information et consultation, 91
soutien du comité d'entreprise, 91

Congés

catastrophe naturelle, 54
congé d'adoption, 66
congé maternité, 63
congé parental d'éducation, 67
congé paternité, 66
congrés payés, 47
décès d'un proche, 50
enfant malade / présence parentale, 68
événements familiaux, 49
formation de cadres et animateurs pour la jeunesse, 57
formation économique, sociale, syndicale, 57
instances d'emploi, formation, jury professionnel, 56
judiciaire, 56
mariage, 50
militaire, 55
naissance et adoption, 50
politique, 55
représentation, 57
sabbatique, 57
sapeurs-pompiers, 54
sécurité civile, 54
solidarité familiale, 51
solidarité internationale, 53
soutien familial, 52
Constitution, 7, 14, 16, 18, 19, 49, 59, 108
correspondances, 10, 13, 31, 35, 37, 38, 39, 40, 81

D

délégués du personnel, 29, 47, 57, 58, 74, 92, 93, 98, 105
demandeur d'emploi, 17, 18, 19
déménagement, 27

dialogue social, 109
domicile, 28
droit américain, 10
droit canonique, 8
droit civil, 8, 9, 13, 45, 66
droit d'alerte, 92
droit pénal, 9
droit romain, 7, 111

Durée du travail

aménagement des horaires, 72
astreinte, 70
forfait annuel en jours, 71
répartition des horaires, 71
temps de pause, 69
temps de repos, 70
temps de travail effectif, 69
travail de nuit, 72

E

effet relatif des contrats, 11
enregistrement sonore, 43
entreprise de tendance, 23, 24
entreprises de tendances, 30
état civil, 29

F

facebook, 110
famille, 7, 11, 15, 16, 19, 23, 47, 49, 50, 59, 65, 88, 89, 90, 102
filature, 44
fouille, 45

G

géolocalisation, 43
grossesse, 21, 23, 60, 61, 62, 63

I

Informatique

fichiers, 32
matériel, 32
traçage, 34

Internet, 39

L

Lieu de travail

télétravail, 74
travail à domicile, 73

M

mariage, 8, 23, 26, 49, 50
mobilité géographique, 12, 101, 105
mos maiorum, 7

N

Négociation collective

accord national interprofessionnel, 98
accords de branche, 100
accords de groupe, 107
accords d'entreprise, 105
aides financières, 104
égalité hommes / femmes, 100
mobilité professionnelle, 101
négociation annuelle obligatoire, 106
négociation triennale obligatoire, 106
parentalité, 102
temps de travail, 103
Nikon, 12, 13, 35
nouvelles technologies, 11, 14, 31, 71, 75, 84, 109

P

patrie, 7
principe de loyauté, 31
projet personnalisé d'accès à l'emploi, 17

R

recrutement, 20
règlement intérieur, 15, 26, 28, 29, 30, 31, 45
religion, 22, 30
Représentation syndicale
conciliation vie professionnelle / carrière syndicale, 96
secret de l'appartenance syndicale, 94
valorisation de la carrière syndicale, 97
République, 7, 16, 30, 59, 108
République romaine, 7
réseaux sociaux, 40
responsabilité, 7, 9, 24, 88, 106, 108
responsabilité sociale des entreprises, 108
Révolution, 8
Rupture du contrat de travail
immunité disciplinaire, 76
liberté d'expression, 81
obligation de loyauté, 80
obligation découlant du contrat de travail, 82

période d'essai, 78
trouble objectif caractérisé, 79

S

santé du candidat à l'emploi, 21
santé du salarié, 28
stupéfiants, 83
substances psychoactives, 110

T

Téléphone

autocommutateur, 38
écoutes, 37
facture, 38
mobile, 38

V

vidéosurveillance, 41, 42, 87, 93

Vie parentale

allaitement, 62
maternité, 60
travail de nuit, 61

Vie personnelle

articulation avec la vie professionnelle, 14
définition, 13
émergence, 12
exécution du contrat de travail, 25
intérêt, 14

Vie privée

conclusion du contrat de travail, 17
consécration, 9
définition, 10
émergence, 8
préparation du contrat de travail, 17
protection du candidat à l'emploi, 20
recherche du contrat de travail, 17
relations professionnelles, 10
vie publique, 9, 10, 11
virtuel, 32
visage, 29

Table analytique

INTRODUCTION.....	7
SECTION I – La vie privée, conception civiliste	8
I. La vie privée du citoyen.....	8
II. La vie privée du salarié.....	10
SECTION II – La vie personnelle, conception juslaboriste	12
I. Les contours de la vie personnelle	12
II. Les enjeux de la vie personnelle.....	14
TITRE I – Vie privée et vie personnelle dans les relations individuelles de travail	17
CHAPITRE I – Conclusion du contrat de travail.....	17
SECTION I – Recherche du contrat de travail.....	17
I. Projet personnalisé d'accès à l'emploi.....	17
II. Offre raisonnable d'emploi.....	18
SECTION II – Formation du contrat de travail.....	19
I. Construction d'une protection juridique de la vie privée du candidat à l'emploi	20
II. Prohibition des investigations insidieuses	21
CHAPITRE II – Exécution du contrat de travail	25
SECTION I – Approche classique de la vie personnelle pendant l'exécution du contrat de travail .	25
SOUS SECTION I – Respect de la vie personnelle dans les normes du travail	25
I. Vie sentimentale et familiale.....	25
II. Domicile	26
III. Personne du salarié.....	28
SOUS SECTION II – Respect de la vie personnelle dans l'exercice du pouvoir de direction et de contrôle	31
I. Contrôle du virtuel	32
A. Outil informatique	32
B. Communications.....	35
1. Correspondances électroniques	35
2. Correspondances téléphoniques	37
C. Internet.....	39
II. Contrôle du réel	41
A. Surveillance vidéo	41
B. Surveillance sonore.....	43
C. Surveillance satellite.....	43
D. Surveillance humaine	44
1. Enquêtes	44

2. Fouilles.....	45
SECTION II – Approche élargie de la vie personnelle pendant l’exécution du contrat de travail ...	46
SOUS SECTION I – Vie personnelle et familiale pendant l’exécution du contrat de travail.....	46
I. Congés et vie personnelle	46
A. Congés payés et vie personnelle.....	47
B. Congés spéciaux et vie personnelle	49
1. Congés pour raisons familiales	49
a) Congés pour évènements familiaux	49
b) Congé de solidarité familiale	51
c) Congé de soutien familial.....	52
2. Congés pour raisons personnelles	53
a) Congés philanthropiques	53
b) Congés citoyens	55
c) Congés sociaux.....	56
d) Congé sabbatique.....	57
II. Vie parentale pendant l’exécution du contrat de travail	59
A. Protection de la mère.....	59
1. Avant la naissance.....	60
2. Après la naissance	62
B. Congés parentaux	63
1. Congés liés à la naissance ou à l’adoption de l’enfant	63
a) Congé maternité	63
b) Congé paternité	66
c) Congé d’adoption.....	66
2. Congés liés à l’éducation de l’enfant	67
a) Congé parental d’éducation.....	67
b) Congé pour enfant malade et congé de présence parentale.....	68
SOUS SECTION II – Conditions de travail et vie personnelle	69
I. Temps de travail et vie personnelle.....	69
A. Durée du travail et vie personnelle.....	69
B. Répartition du temps de travail et vie personnelle.....	71
II. Lieu de travail et vie personnelle.....	73
A. Lieu de vie, lieu de travail	73
B. Lieu de travail, lieu de vie	74
CHAPITRE III – Rupture du contrat de travail	76
SECTION I – Consécration de l’immunité disciplinaire	76
SOUS-SECTION I – Création de l’immunité disciplinaire	76

SOUS – SECTION II – Application de l’immunité disciplinaire	78
SECTION II – Fragilisation de l’immunité disciplinaire	80
SOUS-SECTION I – Anciennes fragilisations	80
SOUS- SECTION II – Nouvelles fragilisations.....	81
TITRE II – Vie privée et vie personnelle dans les relations collectives de travail.....	85
CHAPITRE I – Représentation du personnel	85
SECTION I – Représentation élue	85
I. Prévention, information et consultation	85
A. Comité d’entreprise	85
1. Attributions économiques	86
2. Attributions sociales	88
B. Comité d’hygiène, de santé et des conditions de travail.....	90
II. Droit d’alerte.....	92
SECTION II – Représentation syndicale	93
I. Affiliation syndicale et vie personnelle	93
II. Parcours syndical et vie personnelle.....	96
CHAPITRE II – Négociation collective.....	98
SECTION I – Négociation collective interentreprises	98
I. Négociation collective interprofessionnelle.....	98
II. Négociation collective de branche.....	100
SECTION II – Négociation collective d’entreprise	105
I. Accords d’entreprise	105
II. Accords de groupe	107
CONCLUSION GENERALE.....	110