

## Droits et libertés fondamentaux

**LIBERTÉ RELIGIEUSE.** À l'occasion de l'arrêt Baby Loup rendu par la Cour d'appel de Versailles, retour sur les questions posées par le fait religieux dans l'entreprise et les réponses juridiques existantes et à venir...

**Cour d'appel de Versailles.**

**11ème Chambre**

**ARRÊT**

**No Rôle : 10/05642**

**27 octobre 2011.**

**COUR D'APPEL**

DE

**VERSAILLES**

Code nac : 80A

11ème chambre

**ARRET N°**

contradictoire

DU 27 OCTOBRE 2011

R.G. N° 10/05642

AFFAIRE :

Fatima B... épouse C...

C/

ASSOCIATION **BABY-LOUP**, prise en la personne de sa Présidente Mme REUET Monique

Décision déférée à la cour :

Jugement rendu le 13 Décembre 2010 par le Conseil de Prud'hommes

- Formation paritaire de MANTES LA JOLIE

Section : Activités diverses

N° RG : 10/00587

Copies exécutoires délivrées à :

Me Michel HENRY

Me Richard MALKA

Copies certifiées conformes délivrées à :

Fatima B... épouse C...

ASSOCIATION **BABY-LOUP**, prise en la personne de sa Présidente Mme REUET Monique

Monsieur le PROCUREUR GÉNÉRAL près la **cour d'appel de Versailles**

le :

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LE VINGT SEPT OCTOBRE DEUX MILLE ONZE,

La **cour d'appel de VERSAILLES**, a rendu l'**arrêt** suivant dans l'affaire entre :

Madame Fatima B... épouse C...

...

78570 CHANTELOUP LES VIGNES

Comparante en personne, assistée de Me Michel HENRY, avocat au barreau de PARIS

APPELANTE

\*\*\*\*\*

ASSOCIATION **BABY-LOUP**, prise en la personne de sa Présidente Mme REUET Monique

12 Place du Trident  
78570 CHANTELOUP LES VIGNES

Comparante en personne, assistée de Me Richard MALKA, avocat au barreau de PARIS et de Me Louis GAYON, avocat au barreau de PARIS

INTIMEE

\*\*\*\*\*

MONSIEUR LE PROCUREUR GENERAL près la **cour d'appel** de **VERSAILLES** en la personne de Monsieur Jacques CHOLET, Avocat Général

PARTIE JOINTE

\*\*\*\*\*

Composition de la cour :

L'affaire a été débattue le 12 Septembre 2011, en audience publique, devant la cour composée de :

Madame Marie-Noëlle ROBERT, Présidente,  
Madame Sylvie BOURGOGNE, conseiller,  
Madame Marie-Andrée BAUMANN, Conseiller,  
qui en ont délibéré,

Greffier, lors des débats : Madame Claudine AUBERT

Exposé du litige

**Suivant contrat à durée indéterminée du 1er janvier 1997**, lequel faisait suite à un emploi solidarité du 6 décembre 1991 au 6 juin 1992 et à un contrat de qualification du 1er décembre 1993 au 30 novembre 1995, **Mme B... épouse C... a été engagée en qualité d'éducatrice de jeunes enfants exerçant les fonctions de directrice adjointe de la crèche et de la halte garderie Baby Loup.**

La convention collective nationale des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif du 31 octobre 1951 régissait les relations contractuelles.

Par ailleurs, l'établissement était doté d'un **règlement intérieur prévoyant notamment un principe de neutralité dans l'exercice de ses tâches par le personnel.**

En mai 2003, Mme B... épouse C... a bénéficié d'un congé maternité suivi d'un congé parental jusqu'au 8 décembre 2008.

Elle a été convoquée par lettre du 9 décembre 2008 à un entretien préalable, fixé le 18 décembre suivant, en vue de son éventuel licenciement, avec mise à pied à titre conservatoire, et licenciée le 19 décembre 2008 pour faute grave.

**S'estimant victime d'une discrimination au regard de ses convictions religieuses**, Mme B... épouse C... a saisi le conseil de prud'hommes de Mantes-la-Jolie le 9 février 2009 afin, à titre principal, de voir prononcer la nullité du licenciement et d'obtenir la condamnation de l'employeur à lui payer sommes suivantes :

\* 63 015,12 euros à titre de dommages et intérêts pour nullité du licenciement et discrimination et atteinte aux libertés fondamentales,

\* 9 695,32 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis,

\* 969,53 euros au titre des congés payés afférents,

\* 700,17 euros à titre de rappel de salaire sur mise à pied,

\* 70 euros au titre des congés payés afférents,

\* 26 662,13 euros à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement,

à défaut de reconnaissance de sa qualité de cadre :

\* 4 847,66 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis,

\* 484,77 euros au titre des congés payés afférents,

\* 13 331,07 euros à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement,  
A titre subsidiaire, elle a sollicité la condamnation de l'employeur à lui verser les mêmes sommes sur le fondement de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement. En tout état de cause, elle a demandé la condamnation de l'employeur à lui payer : \* 10 000 euros à titre de dommages et intérêts pour atteinte à la vie privée et à la dignité et réparation du préjudice moral, \* 3 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile

.  
L'association s'est opposée à la demande et a sollicité l'octroi une indemnité de 3 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile

.  
Par jugement du 13 décembre 2010, le conseil :

- a débouté Mme B... épouse C... de l'ensemble de ses demandes,
- a débouté l'association **Baby Loup** de sa demande reconventionnelle.

Mme B... épouse C... a relevé régulièrement appel de cette décision.

Le Ministère public, auquel l'affaire a été communiquée en application des dispositions de

l'article 427 du code de procédure civile

, conclut oralement à la confirmation du jugement entrepris.

Mme B... épouse C... demande à la cour d'infirmier le jugement déféré, de prononcer la nullité du licenciement et de condamner l'employeur à lui payer les sommes suivantes :

\* 63 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement discriminatoire et attentatoire aux libertés fondamentales,

\* 9 695,32 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis,

\* 969,53 euros au titre des congés payés afférents,

\* 700,17 euros à titre de rappel de salaire sur mise à pied,

\* 70 euros au titre des congés payés afférents,

\* 26 662,13 euros à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement,

à défaut de reconnaissance de sa qualité de cadre :

\* 4 847,66 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis,

\* 484,77 euros au titre des congés payés afférents,

\* 13 331,07 euros à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement.

Elle sollicite en outre l'octroi d'une indemnité de 5 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile

.  
Elle fait valoir en substance :

- que fin avril 2003, enceinte de son quatrième enfant, elle a été placée en congé maternité et qu'au cours du congé parental qui s'en est suivi, Mme Baleato, directrice de la crèche l'a informée **qu'en vertu d'un nouveau règlement intérieur adopté en juillet 2003, elle ne pourrait plus revenir travailler avec le foulard qu'elle avait l'habitude de porter,**

- que c'est donc dans ce contexte qu'elle a sollicité un entretien en mentionnant qu'elle n'était pas opposée à une rupture conventionnelle, projet auquel il n'a pas été finalement donné suite,

- que lors de la reprise de son travail le 9 décembre 2008, elle a été invitée à retirer le foulard qu'elle portait et qu'elle a répondu qu'elle était toujours vêtue ainsi ; que contestant le grave incident auquel l'employeur faisait référence dans la lettre de convocation à l'entretien préalable, avec prononcé d'une mise à pied, elle a refusé de signer cette lettre et est restée sur place sur les conseils d'un conseiller du salarié et de

l'inspecteur du travail ; que n'ayant reçu aucun courrier, elle est revenue le lendemain ; que pendant le temps où elle était dans les locaux de la crèche elle n'a provoqué aucun scandale ni perturbation,

- que l'association **Baby Loup**, qui est régie par la loi du 1er juillet 1901, intervient à Chanteloup les Vignes, habitée essentiellement par des personnes immigrées ou issues de l'immigration, principalement du Maghreb et d'Afrique noire ; que les enfants accueillis à la crèche sont accoutumés à voir un bon nombre de leurs proches porter un foulard et ne consomment, depuis 1997, que de la viande hallal au sein de cet établissement,

- que l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et la Constitution garantissent la liberté de conscience ; que le port d'un vêtement ou d'un insigne susceptible d'exprimer son adhésion à une religion, une culture ou un courant de pensée relève de la liberté de religion ou de pensée, seule une loi pouvant fixer une restriction générale aux libertés fondamentales ; que la directive du 27 novembre 2002 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement, interdit les discriminations fondées sur la religion ou les convictions,

- que les articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du code du travail limitent le pouvoir de l'employeur en ce qui concerne les restrictions qu'il peut apporter à ce principe,

- que la question est de savoir si l'article II A) du règlement intérieur du 9 janvier 2003 est conforme à ces exigences ; que l'association ne fait état d'aucune circonstance particulière qui justifierait la restriction prévue par ce règlement,

- que le fait que l'employeur lui ait interdit de reprendre son travail au motif qu'elle refusait d'ôter son voile islamique sur le fondement d'un règlement intérieur illicite établi à lui seul que la décision de licenciement n'était pas étrangère à ses convictions religieuses ; que le licenciement est donc nul selon l'article 1132-4 du code du travail

.  
L'association **Baby Loup** demande à la cour à titre principal de confirmer en toutes ses dispositions le jugement du conseil de prud'hommes, de rejeter les prétentions de Mme B... épouse C... et de condamner celle-ci à lui payer la somme de 5 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile

.  
Elle fait valoir principalement :

- qu'aux termes de ses statuts, elle propose dans un milieu défavorisé une offre d'accueil à la petite enfance et oeuvre pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes du quartier, tout en favorisant le maintien du lien social par des activités ouvertes aux parents et aux habitants de la commune ; qu'ainsi pour répondre aux besoins des parents, la crèche est ouverte 24 heures sur 24,

- que le règlement intérieur de 1990, comme celui de 2003, édictent que le personnel de la structure, dans ses missions professionnelles, doit respecter un principe de neutralité confessionnelle ; **que le port du voile n'a jamais été admis**, le souci constant étant le respect de la laïcité imposée par son activité dédiée à la petite enfance,

- que Mme B... épouse C... connaissait et appliquait cette règle avant 2003,

- qu'ayant décidé d'imposer une rupture des relations contractuelles, elle a pris prétexte déjà annoncé du port de son voile pour engager un conflit avec la direction, lors de la reprise de son travail,

- que le licenciement est justifié par le comportement de l'intéressée qui s'est introduite dans la crèche pour proférer injures et menaces à l'égard de la direction, alors qu'elle était mise à pied.

Conformément aux dispositions de l'article 455 du code de procédure civile, la cour renvoie pour un plus ample exposé des moyens des parties, aux conclusions qu'elles ont déposées et soutenues oralement à l'audience.

### **Motifs de la décision**

Considérant que les statuts de l'association précisent que celle-ci a pour but de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'ouvrir pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes du quartier ; qu'elle s'efforce de répondre à l'ensemble des besoins collectifs émanant des familles, avec comme objectif la revalorisation de la vie locale, sur le plan professionnel, social et culturel sans distinction d'opinion politique ou confessionnelle ;

**Considérant que conformément à ces dispositions la crèche doit assurer une neutralité du personnel dès lors qu'elle a pour vocation d'accueillir tous les enfants du quartier quelle que soit leur appartenance culturelle ou religieuse ; que ces enfants, compte tenu de leur jeune âge, n'ont pas à être confrontés à des manifestations ostentatoires d'appartenance religieuse ;**

Considérant que tel est le sens des dispositions du **règlement intérieur entré en vigueur le 15 juillet 2003, lequel, au titre des règles générales et permanentes relatives à la discipline au sein de l'association, prévoit que le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par Baby Loup, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche ;**

Que le règlement précédemment en vigueur définissait le même principe selon lequel, dans l'exercice de son travail, le personnel devait respecter et garder la neutralité d'opinion politique et confessionnelle en regard du public accueilli ;

Considérant que les restrictions ainsi prévues apparaissent dès lors justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché au sens des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du code du travail

;

Considérant que la salariée soutient que l'association tolérait le port du voile ; que ceci est contredit par le rappel à l'ordre dont elle a été l'objet le 21 mars 2001 concernant le respect de la règle de laïcité au regard de signes vestimentaires ayant une connotation confessionnelle dans le cadre des activités au sein de la crèche ou en accompagnement d'enfants en extérieur ; qu'elle-même, le 17 avril 2002, lors d'un entretien préalable en vue du licenciement d'une autre salariée, a rappelé à celle-ci la nécessité de rester neutre vis-à-vis des enfants et à l'égard des parents, et l'obligation de ne pas porter le voile pour toutes les activités auprès des enfants, « ceci étant mentionné dans le règlement intérieur » ;

Que dès lors, les témoignages qu'elle fournit apparaissent en tout état de cause inopérants alors au demeurant que les témoignages dont se prévaut l'employeur sont en sens contraire ; que si elle a pu porter ponctuellement le voile, à d'autres occasions que celle ayant donné lieu au rappel à l'ordre mentionné ci-dessus, il n'est pas établi que l'employeur en avait connaissance ; que celui-ci n'est pas utilement contredit lorsqu'il explique que dans un documentaire tourné en 2001 lors de la préparation de la fête de Noël, la salariée, qui portait le voile, ne se trouvait pas dans les locaux de la crèche mais dans un centre de loisirs ;

Considérant qu'il n'apparaît pas, au vu notamment des factures produites, que l'association aurait fait le choix de servir aux enfants uniquement de la viande halal, au regard du contexte local dont se prévaut la salariée ;

Considérant qu'il résulte des pièces fournies, notamment de l'attestation de Mme Grolleau, éducatrice de jeunes enfants, **que la salariée, au titre de ses fonctions, était en contact avec les enfants ;**

**Considérant qu'en conséquence l'association pouvait légitimement s'opposer à ce que Mme B... épouse C... porte le voile dans l'exercice de ses fonctions ;**

**Considérant qu'au vu de l'ensemble de ces éléments, le licenciement de la salariée ne porte pas atteinte aux libertés fondamentales et n'est pas lié aux convictions religieuses de celle-ci ; qu'il ne présente pas un caractère discriminatoire au sens de l'article L. 1132-1 du code du travail**

;

Qu'il convient donc de rejeter la demande de la salariée tendant à obtenir la nullité de ce licenciement et de confirmer de ce chef la décision critiquée ;

Considérant que la salariée a été licenciée dans les termes suivants :

« Pour rappel, avant votre retour de congé parental prévu le 9 décembre 2008, vous nous avez écrit le 15 octobre 2008 pour nous faire part de « votre décision de rompre votre contrat avec BabyLoup » suivant la procédure de la rupture conventionnelle.

A l'occasion de l'entretien du 5 novembre organisé pour répondre à votre demande, vous nous avez indiqué que vos convictions religieuses vous amenaient à porter le voile islamique intégral et que, de ce fait, vous n'étiez prête à faire aucune concession sur votre tenue vestimentaire lors de votre retour à la crèche. Après un rappel des principes de laïcité et de neutralité auxquels notre établissement est particulièrement attaché, ces principes figurant d'ailleurs dans le règlement intérieur, nous vous avons indiqué que votre poste était toujours disponible, votre arrivée étant attendue, et que dans un contexte de pénurie de personnel diplômé nous ne pouvions envisager de nous séparer de vos services.

Face à l'absence d'accord sur une rupture conventionnelle, par lettres des 22 novembre et 4 décembre, nous vous avons rappelé votre reprise de travail au 9 décembre en vous invitant à prendre connaissance de la planification de service.

Le 9 décembre, vous vous êtes présentée à la crèche, revêtue de votre voile islamique intégral.

Après qu'un vestiaire vous a été affecté et que le temps vous a été donné pour vous changer, Madame BALEATO, Directrice de la crèche, descendant vérifier l'organisation du repas des enfants, a constaté que vous étiez toujours habillée comme à votre arrivée, et ce malgré les demandes répétées de son adjointe, Madame GROLLEAU, de vous changer. Madame BALEATO vous a alors réitéré l'ordre de vous changer, mais vous avez catégoriquement refusé de suivre ses directives, faisant valoir que vous étiez ainsi en tenue de travail.

Pour éviter tout incident devant les enfants, Madame BALEATO vous a invitée à l'accompagner dans la salle de réunion à l'étage. Mesdames GOMIS, adjointe à la direction, et GROLLEAU, adjointe également et déléguée du personnel, étaient présentes à cet entretien. Devant ces personnes, sur un ton arrogant, après un rappel des règles de neutralité s'appliquant à la crèche, vous avez déclaré à Madame BALEATO « tu ne vas pas me faire la morale! ». Cette dernière vous a répondu qu'il s'agissait simplement d'un rappel des termes du règlement intérieur. Elle a alors réitéré l'ordre de vous changer sans délai, ordre auquel vous avez opposé un refus catégorique. Une altercation s'en est

suivie, vous en prenant à Madame GOMIS qui, pour sa part, tentait aussi de vous raisonner.

**Devant la violation manifeste de vos obligations, et face à votre insubordination caractérisée,** Madame BALEATO n'a eu d'autre choix que de référer de la situation à la Présidente. Elle vous a alors demandé de sortir et de patienter dans la salle d'attente, ce à quoi vous avez répondu «J'espère que tu ne vas pas me faire « poireauter» longtemps, je n'étais venu ici que pour 5 minutes». Environ une heure après, Madame BALEATO est venue vous remettre une lettre vous signifiant votre mise à pied conservatoire à effet immédiat, réitérée verbalement, et vous avisant d'une convocation à un entretien préalable à une éventuelle mesure de licenciement.

Après avoir lu cette lettre, vous avez refusé de la signer. Vous êtes ensuite restée dans la salle d'attente jusqu'à environ 15 h, passant divers appels téléphoniques, puis avez fait irruption en pleine réunion de direction, réclamant que l'on vous remette de nouveau cette lettre qu'une nouvelle fois vous avez refusé de signer. Elle vous a donc été adressée le jour même par voie recommandée. Une deuxième altercation s'est produite en pleine réunion, alors qu'une adjointe vous demandait de quitter la salle pour cesser de perturber le travail.

**Au mépris de la mise à pied qui venait de vous être signifiée, vous vous êtes maintenue dans les locaux de la crèche, vous informant des situations des enfants présents, ayant des échanges avec les parents.** Répugnant tout recours à la force physique, nous avons tenté de vous convaincre de partir, mais en vain. Ce n'est qu'à 18 heures 30 que vous avez enfin décidé de quitter la structure, mais en annonçant à tous que l'on vous aurait « sur le dos» tous les jours.

**Le lendemain matin, 10 décembre, votre comportement inqualifiable a repris de plus belle.** Après être **rentrée de force dans la crèche** alors que Madame BALEATO tentait de vous en dissuader en vous rappelant de nouveau la mise à pied conservatoire prononcée la veille, vous avez indiqué « cela ne vaut rien» et vous vous êtes rendue directement au milieu des enfants dans la salle des moyens. Madame BALEATO vous a demandé de quitter les lieux. Le ton montant, elle vous a convoqué dans son bureau, ce que vous avez refusé.

**Vos provocations incessantes et multiples, parfois sous le regard des enfants, n'ont cessé de redoubler durant le temps où vous avez imposé votre présence dans les locaux.** Alors que Madame BALEATO vous réitérait encore l'ordre de partir, vous lui avez rétorqué « Eh bien vas- y appelle la police pour me faire sortir! », vos agissements n'ayant manifestement d'autres fins que de tenter de multiplier des incidents dont vous espériez qu'ils tournent à votre avantage.

Nous avons joint la Mairie pour qu'un médiateur intervienne d'urgence, mais cela n'a pas été possible à ce moment là. Méprisant ouvertement nos injonctions multiples de vous voir quitter sans délai les lieux, vous avez décidé de partir définitivement à 18 heures.

Votre insubordination, votre obstruction, vos menaces, constituent autant de violations de vos obligations contractuelles totalement incompatibles avec votre maintien dans les effectifs durant votre préavis et justifient plus qu'amplement votre licenciement pour faute grave' ; »

Considérant que Mme Baleato, directrice de la crèche, atteste de ce que la salariée, à qui elle avait demandé, lors de la reprise de son travail le 9 décembre 2008, de se changer après lui avoir rappelé les termes du règlement intérieur, a refusé et s'en est pris à elle ainsi qu'à Mme Gomis, directrice adjointe, indiquant par ailleurs que la présidente de l'association, Mme Reuet, n'était « bonne à rien » ; que Mme Baleato explique qu'elle lui a

ensuite remis, à 13 heures 50, après avoir vu la présidente de l'association, une lettre, contre décharge, lui signifiant une mise à pied conservatoire avec effet immédiat et une convocation à un entretien préalable à une éventuelle mesure de licenciement qu'elle a refusée de signer ;

Considérant que Mme Gomis et Mme Grolleau, éducatrice de jeunes enfants, confirment l'existence de l'altercation relatée par Mme Baleato, Mme Grolleau entendue par le conseil de prud'hommes, n'ayant pas démenti les termes de son attestation ;

Que celles-ci, Mme Baleato et d'autres salariées de la crèche, qui participaient à une réunion organisée dans l'après-midi, témoignent que Mme B... épouse C... a fait irruption dans la salle de réunion pour réclamer la lettre de mise à pied et de convocation à l'entretien préalable que Mme Baleato était prête à lui remettre à condition qu'elle la signe, à défaut cette lettre devant être expédiée sous la forme recommandée ; que les témoins soulignent la conduite agressive de la salariée lors de cet incident, laquelle s'est notamment adressée à Mme Gomis, en lui disant « toi, je ne t'ai pas parlé alors t'as rien à dire, tu la fermes » et « vas-y, énerve-toi, crie, vas-y » sur un ton de provocation ;

Que Mme Gomis précise par ailleurs que cette même journée du 9 décembre 2008 et le lendemain Mme B... épouse C... est restée auprès des enfants avec les collègues présentes, malgré la mise à pied qui lui avait été signifiée ; qu'elle discutait avec les collègues, perturbant leur travail, et que lorsque des parents venaient récupérer leurs enfants, elle interpellait ceux qu'elle connaissait, discutant avec eux au milieu des enfants et des autres parents ;

Que d'autres salariées attestent du comportement de Mme B... épouse C... , qui parlait de son « problème avec la direction » à l'ensemble du personnel et perturbait notamment l'attention des enfants lors d'une animation musicale ; que Mme Zar épouse Almendra, intervenant au titre de cette animation, lors de son audition devant le conseil de prud'hommes, a maintenu les termes de son attestation rédigée en ce sens, précisant qu'elle avait entendu Mme B... épouse C... crier « tu es morte, tu es finie » à l'attention de la directrice ;

Considérant que Mme B... épouse C... se prévaut d'attestations ou de déclarations devant le conseil de prud'hommes établissant selon elle l'absence de menaces et troubles pendant les journées en cause ;

Que cependant il est versé aux débats, les témoignages de Mme El Khattabi, éducatrice de jeunes enfants et de Mme Soumare, femme de ménage, qui étaient revenues sur leurs premiers témoignages en faveur de l'association, et qui expliquent que Mme B... épouse C... avait fait valoir la solidarité entre musulmanes et leur avait dicté de nouveaux témoignages quant à sa tenue vestimentaire, à l'absence de troubles et à la viande halal qui aurait été servie aux enfants ; que Mme El Khattabi précise que Mme B... épouse C... voulait qu'elle motive d'autres salariées afin qu'elles adhèrent à sa cause et que la direction soit « totalement balayée » et répétait « je veux la tête de Natalia (Baleato) » ;

Que Mme Bendahmane épouse Boutellis, ancienne salariée de l'association, a reconnu dans le cadre d'une convocation par la Gendarmerie nationale, avoir rédigé une attestation en faveur de Mme B... épouse C... sous sa dictée ;

Que des parents d'enfants inscrits à la crèche, qui avaient témoigné en faveur de l'association ou refusé de témoigner pour Mme B... épouse C... , ont déposé des mains courantes concernant les insultes, menaces, pressions de la part de celle-ci ;

**Que dans ces conditions, les témoignages produits par Mme B... épouse C... apparaissent dénués de crédibilité alors que les attestations fournies par l'association, dont le contenu est corroboré pour certaines d'entre elles par les déclarations des témoins devant le conseil de prud'hommes, sont précises et**



**concordantes** et mentionnent l'identité de leurs auteurs, ainsi que leur adresse ; que les attestations de parents témoignant du comportement professionnel de la salariée les 9 et 10 décembre 2008 ne sont pas de nature à contredire les propos des salariées présentes sur les lieux ;

Considérant que dans ces conditions, **la réalité des griefs invoqués à l'appui de la rupture du contrat de travail est établie ; que la faute grave commise par la salariée justifie le licenciement, ainsi qu'en a décidé le conseil de prud'hommes, dès lors que son comportement rendait impossible son maintien dans l'association ;**

Qu'il convient donc de confirmer le jugement déféré de ce chef et en ce qu'il a rejeté les demandes de la salariée en paiement de différentes indemnités consécutives à la rupture des relations contractuelles ;

Considérant que la question de savoir si la salariée avait le statut de cadre est sans objet dès lors que celle-ci revendique ce statut au titre du calcul des indemnités consécutives à la rupture, lesquelles ne sont pas dues ;

Par ces motifs La cour, Statuant par **arrêt** contradictoire,

Confirme en toutes ses dispositions le

jugement rendu le 13 décembre 2010 par le conseil de prud'hommes de Mantes-la-Jolie , sous réserve de préciser que la question tenant au statut de cadre de Mme B... épouse C... est sans objet, Y ajoutant,

Dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile

en cause d'appel, Condamne Mme B... épouse C... aux dépens.

**Arrêt** prononcé publiquement par mise à disposition au greffe de la cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile , et signé par Mme Marie-Noëlle ROBERT, président, et Mme Claudine AUBERT, greffier.

Le GREFFIER Le PRESIDENT

Madame Marie-Noëlle ROBERT,

## 1 LA CRÈCHE ET L'AU-DELÀ...

«*Laïcité, je crie ton nom* » sur tous les tons, sur (sous) tous les toits de la République... mais pas toujours suffisamment fort pour couvrir les péans des passions (anti) religieuses ! Les locaux d'un journal satirique (*Charlie Hebdo*) ou d'une mosquée (celle de Montbéliard) incendiés, des oeuvres théâtrales (« *Sur le concept du visage du fils de Dieu* » ; «*Golgota picnic* ») conspuées et clouées au pilori.

Prières, rosaires et chemins de croix contre liberté de ne pas croire (de le dire et de le mettre en scène) ; violences, injures, menaces contre acceptation de toutes les (non-) croyances. Rien de neuf ; la laïcité en a vu « d'autres » ! Pourtant, ces événements récents ne sont pas tout à fait comme les autres... Car les temps ont changé et ceux d'aujourd'hui sont particulièrement troublés et agités. Agités par des débats sur et autour de la laïcité (en lien souvent avec d'autres sur l'immigration ou « *l'identité nationale* » <sup>1</sup>) qui n'ont jamais été, depuis un siècle, aussi intenses, houleux, haineux parfois (la haine étant toujours, évidemment, dans « l'autre camp »). La laïcité, champ de batailles, où l'on se combat, s'invective, s'accuse (d'islamophobie ou d'islamophilie <sup>2</sup>), non parfois, pour certains des belligérants, sans pensées électoralistes. Ces débats témoignent-ils de l'ampleur des périls qui menacent le principe de laïcité où en entretiennent-ils seulement le fantasme ? À moins qu'ils ne se nourrissent de l'un et de l'autre... « *La laïcité est bien, à tout le moins, l'un des foyers d'inquiétude d'une France inquiète* » <sup>3</sup> et l'époque celle « *d'encombrantes perplexités* » <sup>4</sup>. Quelle laïcité pour la France d'aujourd'hui <sup>5</sup> et de demain ? Peut-on, en lui accolant un adjectif (ouverte, positive...) comme il est de mode, lui ouvrir un avenir qui ne soit pas simple reniement de son glorieux passé (elle est le socle de notre devise républicaine : Liberté, Égalité, Fraternité <sup>6</sup>) ? Ne serait-ce pas trahir ce qu'est son essence même ? Comment relever le défi d'une société multiconfessionnelle sans favoriser l'individualisme religieux et le repli communautaire qu'il charrie ? Comment concilier liberté de (ne pas) croire et « *vivre ensemble* » républicain ?

Comment lutter contre l'intégrisme religieux sans stigmatiser une partie des croyants ? Rapports, livres, colloques, conférences, articles ne cessent depuis plusieurs années de creuser (sous différents angles : politique, philosophique, juridique...) ces questions essentielles.

Questions dont les échos résonnent également dans les enceintes judiciaires françaises et européennes <sup>7</sup> : financement des lieux de culte (*F. Rome, « La laïcité n'est plus ce qu'elle était... », D., Édito, 8 sept. 2001, n° 30*), refus d'auto-risation d'un maire de mettre à disposition une salle municipale pour une fête religieuse (*CE, réf., 26 août 2011, ommune de St Gratien*), d'octroi de la nationalité française (*CE, 27 juin 2008, Mme M., req. n° 286798*), d'installation d'un digicode dans un immeuble (*Cass. 3e civ., 18 déc. 2002, n° 01-00.519*), de la fourniture d'une prestation de services (*une histoire de voile... CA Paris, 8 juin 2010, n° 08/08286*), violation d'un règlement de copropriété (*Cass. 3e civ., 8 juin 2006, n° 05-14.774*)...

La formule réapparaîtra, cinq ans plus tard, dans l'exposé des motifs de la proposition de loi. C'est que les tensions qui traversent la société française se retrouvent inévitablement dans ce lieu essentiel de socialisation et de vivre ensemble qu'est l'entreprise. Voilà ainsi que les doutes (sur le droit applicable ; sur la conduite à tenir) et la peur (d'être accusée de discrimination) l'assaillent (*First and 42nd, sur la gestion de la diversité religieuse en entreprise, déc. 2010*). Comme le souligne

l'exposé des motifs de la délibération (n° 2011-67) rendue par la HALDE le 28 mars 2011 (v. nos obs. RDT 2011, p. 314), les inter rogations des « managers » relatives au fait religieux dans l'entreprise ne cessent d'augmenter **8** : suis-je tenu d'accepter des accommodements liés aux pratiques religieuses ? Puis-je restreindre, et si oui, pour quelles raisons, l'expression de la foi au sein de l'entreprise ? Et les pratiques d'entreprises d'osciller entre le « tout accepter », le « rien céder » ou le « débrouille-toi » (Haut Conseil à l'Intégration, ci-après HCI, avis du 1er sept. 2011 sur l'expression religieuse et la laïcité dans l'entreprise, p. 9 ; et les obs. de R. de Quenaudon, RDT 2011, p. 643). On ne s'étonnera donc pas que ceux qui sont en charge de ces difficiles problèmes soient en (re)quête de sécurité juridique...

C'est dans ce contexte enflammé que la Cour d'appel de Versailles a rendu le 27 octobre 2011 son arrêt dans la très médiatique affaire de la crèche Baby Loup. Les faits sont bien connus ; n'en retenons que l'essentiel : une salariée, directrice adjointe d'une crèche, est licenciée pour avoir, entre autres, refusé d'ôter son voile malgré la clause du règlement intérieur imposant à l'ensemble du personnel une stricte obligation de neutralité (confessionnelle). S'estimant victime d'une discrimination au regard de ses convictions religieuses (c'était également l'avis de la HALDE en mars 2010 sous la présidence de M. Schweitzer **9**... mais pas de son éphémère successeur, Mme Bougrad!), la salariée saisit alors le Conseil des prud'hommes de Mantes-la-Jolie afin, à titre principal, de voir prononcer la nullité de son licenciement. Prétention rejetée par les conseillers mantais (v. nos obs., RDT 2011, p. 182).

Autant que la solution, c'est la motivation de ce jugement qui attira rapidement l'attention. Car si le voile fut déjà objet de disputes judiciaires devant les juges du contrat de travail (J. Savatier, « Conditions de licéité d'un licenciement pour port du voile », *Dr. soc.* 2004, p. 354), jamais ces derniers n'adosèrent leur raisonnement sur le principe constitutionnel de laïcité. Ce que vont faire les juges mantais visant au soutien de leur solution l'article 1er de la Constitution de 1958 (« La France est une République laïque »). Mais alors que l'avocat de l'association voulait voir dans cette décision le rappel explicite que « la Constitution s'applique pour tous, dans le domaine public comme dans le domaine privé » (20minutes.fr, 13 déc. 2010), la lecture attentive du jugement incitait à lui conférer portée plus restreinte, destinée plus modeste. En effet, c'est uniquement parce que la crèche en cause exerçait, selon les juges du premier degré, une mission de *service public***10** que le principe de laïcité (et l'obligation de neutralité du personnel qui en découle) y fut appliqué.

Tout en confirmant la solution des premiers juges, les juges versaillais n'en prennent pas moins nettement leurs distances avec le motif qui en fut le ressort principal. *Exit* donc toute référence au principe de laïcité et à la notion de service public qui lui servait de viaduc et retour aux textes du Code du travail (*C. trav.*, art. L. 1221-1 et L. 1321-3). Position pleinement justifiée ! Car si la laïcité est un plat commode, on ne peut la mettre à toutes les sauces. La laïcité est une règle d'organisation de l'État et de ses rapports avec la (les) religion(s). En faire une référence normative destinée à trancher des conflits entre un employeur privé et un salarié n'a strictement aucun sens.

Importer la laïcité dans l'entreprise, c'est la travestir. On prétend en effet en inférer, dans « l'espace social »**11** dont l'entreprise est une des composantes, une obligation de neutralité alors qu'elle y postule au contraire la liberté pour chacun d'exprimer librement ses convictions religieuses.

Au-delà de la sphère de l'action publique, la laïcité défend et soutient la liberté religieuse **12** ; elle ne la condamne pas (v. CE, « *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral* », 25 mars 2010; CEDH, 23 févr. 2010, *Ahmet Arslan c./Turquie*, req. 41135/98). L'entreprise (pas plus qu'un contrat de bail ou un règlement de copropriété) n'est laïque au sens où ceux qui travaillent pour elle devraient être astreints à une obligation de neutralité confessionnelle (F. Gaudu, « *La religion dans l'entreprise* », *Dr. soc.* 2010, p. 71).

En fondant sa décision sur les articles L. 1121- 1 et 1321-3 du Code du travail, les juges d'appel présupposent donc, à juste titre, deux choses.

D'abord, la liberté (d'expression) religieuse **13** (qu'étrangement elle ne cite pas, si ce n'est de façon tout à fait indirecte) s'exerce « pleinement » dans l'entreprise (privée). Ensuite, que cette liberté doit recevoir un traitement juridique identique aux autres libertés (fondamentales).

Ainsi, est-elle susceptible de subir (légitimement) des restrictions dès lors qu'elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Et c'est à cet art délicat des limites et de leur tracé que s'exercent les juges du second degré. On sait que la question du port d'un signe religieux ostensible est d'autant plus vive que le salarié concerné est en contact avec la clientèle, certains plaidant pour une interdiction totale d'arborer des signes religieux pour ce type de travailleur. La cour d'appel ne se rallie pas à cette thèse radicale.

Après avoir rappelé quelles sont les missions de la crèche et son rôle social (revalorisation de la vie locale, insertion sociale et professionnelle des femmes du quartier...), elle souligne que cette structure s'efforce de répondre aux besoins collectifs émanant des familles sans distinction d'opinion politique ou confessionnelle. Mais, à bien lire, ce n'est pas cette ouverture à toutes les familles qui justifie l'obligation de neutralité imposée au personnel. Non, cette justification est à rechercher plus précisément dans la vocation de la structure à accueillir tous les enfants du quartier, quelle que soit leur appartenance culturelle ou religieuse.

Parce que « *ces enfants, compte tenu de leur jeune âge, n'ont pas à être confrontés à des manifestations ostentatoires d'appartenance religieuse* ». Ce n'est donc pas parce que la salariée était en contact avec le public que la restriction à sa liberté religieuse est possible, mais parce qu'elle était en contact avec un certain type de public ; en l'occurrence des enfants en bas âge. La solution retrouve des accents Jaurésien (« *l'enfance a le droit d'être éduquée selon les principes mêmes qui assureront plus tard la liberté de l'homme* »**14**).

## **2AU-DELÀ DE LA CRÈCHE...**

### **Publics sensibles...**

Cette solution devrait susciter une large adhésion (à défaut de faire consensus... Les « crucifix italiens » pourraient s'inviter dans le débat **15**). C'est qu'elle rencontre un certain nombre de propositions ayant plaidé en faveur d'une extension de l'obligation de neutralité aux salariés en contact avec certains « *publics sensibles* » (expression utilisée par le dernier président de la HALDE(**16**)). Ainsi le HCI, dans son avis du 1er sept. 2011, affirme clairement que « *l'enfant a droit à la neutralité et à l'impartialité* ». Et d'en tirer les conséquences : « *les personnels des établissements privés associatifs ou d'entreprises qui prennent en charge des enfants, sur un mode collectif, dans des crèches ou haltes garderies ou, pour les enfants en situation de handicap, dans des établissements spécialisés du secteur privé – hors les structures présentant un caractère propre d'inspiration*

*confessionnelle – se doivent d’appliquer les règles de neutralité et d’impartialité.* » Mais les enfants pourraient n’être pas les seuls éligibles à la qualité de publics sensibles ! Le Haut Conseil souligne plus largement, croisant une proposition du Pacte républicain de l’UMP (« *Laïcité. Pour mieux vivre ensemble* », 5 avr. 2011), que « *le principe de laïcité régissant les services publics doit être étendu aux structures privées des secteurs social, médico-social, ou de la petite enfance, chargées d’une mission de service public ou d’intérêt général, hors le cas des aumôneries et des structures présentant un caractère propre d’inspiration confessionnelle* »<sup>17</sup>. Et d’ajouter encore que dans le secteur, en plein développement, « *des prestations de services liées pour l’essentiel au maintien à domicile des personnes âgées dépendantes, ainsi que dans les établissements privés qui les prennent collectivement en charge, le personnel encadrant respecte également les principes de neutralité et de discrétion* ». Une proposition de loi (art. 22) relative à la promotion de la laïcité et à la clarification des règles de son application concrète, enregistrée à la présidence du Sénat le 6 avril 2011<sup>18</sup>, puise à la même eau : « *L’ensemble des agents et personnels des établissements d’accueil de la petite enfance, des personnes âgées ou de toute personne vulnérable bénéficiant d’un financement public, est tenu de respecter le devoir de neutralité qui s’impose à tout agent participant à l’exercice d’un service public. Ils doivent adopter un comportement indépendant de toute opinion politique, religieuse ou philosophique. Est exclu du droit à financement public tout établissement contrevenant à ces règles de neutralité et de laïcité.* » La proposition (art. 21) élargit encore le champ de la neutralité imposée lorsque, sans référence à la vulnérabilité de tel ou tel public, elle prévoit que « *toute manifestation d’une appartenance religieuse par une personne [...] chargée d’une mission de service public [...] dans l’exercice de ses fonctions, est interdite* ».

Propositions, tout à fait opportunes – et par ailleurs tout à fait compatibles avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’Homme –, qui ont pour incontestable mérite de trancher tout débat sur l’applicabilité de l’obligation de neutralité aux salariés des structures privées en charge d’une mission de service public !

### **Autres publics, autres limites ?**

Mais pour les autres entreprises, celles qui n’ont pas en charge une telle mission (on ne dira rien ici des entreprises dites *de tendance* <sup>19</sup>) ? Le droit positif offre-t-il aux managers inquiets une boussole fiable ? Trois limites à l’expression de la liberté religieuse ne souffrent aucune discussion. La première est récente et résulte de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 (et ses circulaires du 2 et 31 mars 2011) sur l’interdiction de la dissimulation du visage dans l’espace public. Le texte, fort controversé, s’il ne se réduit pas aux relations de travail, trouve à s’y appliquer (quand l’entreprise se situe dans « *l’espace public* »). Les deux autres, aux champs d’application plus étendus, sont liées à l’interdiction des comportements prosélytes

(CA Versailles, 23 janv. 1998, n° 95/9736 ; CA Nancy, 30 juin 2006, n° 04/1847 ; CA Toulouse, 9 juin 2007, n° 09/97) – ce que n’est pas en soi le port d’un voile (CE, 27 nov. 1996, n° 169522) – et aux exigences de sécurité. Reste la question la plus redoutable, la plus disputée (en son temps, un simple bermuda en suscita également beaucoup...) : l’employeur peut-il interdire au salarié le port d’un signe religieux au seul motif qu’il travaille au contact de la clientèle ? Pour justifier l’interdiction du voile, l’entreprise mettra en avant qu’elle s’adresse à toute sorte de public, aux convictions fort variées, et donc à la nécessité (commerciale) d’afficher une image de marque neutre, non marquée



religieusement (*J. Savatier, art. précit., p. 356*). « Souci » auquel les juges du travail ne sont pas insensibles !

### *De lege lata*

Pour autant, le seul fait pour le salarié de travailler au contact de clients ne peut suffire à justifier une restriction à sa liberté d'expression religieuse (*HALDE, délib. 2009-117, 6 vr. 2009; CA Paris, 19 juin 2003, RJS 2003, n° 1116*). Il n'est pas vrai que « l'employeur est seul apte à juger de l'apparence d'une vendeuse en contact avec la clientèle » (*CA Paris, 16 mars 2001, RJS 2001, n° 1252*). Il incombe au juge du contrat de travail d'examiner, au cas par cas, que les fonctions du salarié, le marché sur lequel se situe l'entreprise, le type de produits qu'elle vend, rendent indispensable 20 la restriction imposée. Vendre des vêtements de mode 21, est-ce la même chose que de vendre de l'électroménager ou de travailler dans un salon de coiffure ? L'équilibre ainsi institué, articulé autour des exigences de justification et de proportionnalité inscrites dans l'article L. 1121-1, semble en harmonie avec la jurisprudence européenne et avec le principe de proportionnalité privatisé qui semble y prendre corps 22. Mais n'est-ce pas là tout de même glisser sur une pente dangereuse, celle de la normalisation de l'apparence des travailleurs ? Car demain, ne sera-t-on pas conduit à autoriser l'entreprise du secteur de la beauté à licencier ses salariés devenus trop laids, ou celle du secteur de la minceur à se séparer de ceux devenus trop gros ? N'est-ce pas, de l'égalité des personnes humaines (*J. Savatier, art. précit., p. 357*) ? Risque qu'une lecture raisonnable de l'article L. 1133-1 du Code du travail, dans le sillon de l'arrêt Feryn de la CJCE (10 juill. 2008, aff. C. 54/07), devrait contribuer à conjurer.

### *De lege ferenda*

Faut-il faire autrement? Les textes d'aujourd'hui n'auraient-ils pas les qualités nécessaires pour être ceux de demain? Faut-il aller plus loin? Et si oui, « une absence de loi et souligne que l'exercice de la liberté de conscience – y compris religieuse – au sein de l'entreprise privée est à ce jour très insuffisamment encadré de façon spécifique par des textes de loi et règlements, si ce n'est par une jurisprudence circonstanciée et une directive communautaire ».

Le droit n'est pas la loi rétorquera-t-on! Mais admettons la nécessité d'une loi nouvelle ; quelle pourrait en être la teneur ?

Autoriser l'employeur à interdire tout port de signe religieux pour les salariés en contact avec faire et consacrer ainsi à sa charge une sorte d'obligation citoyenne de « résistance » (aux pressions de la clientèle et à ses préjugés) ? L'option relève d'un choix fondamental : l'entreprise est-elle simple acteur économique tournée vers la recherche du profit ou a-t-elle aussi un rôle social à jouer ? On pense aux fameux (fumeux ?) débats sur la RSE... Mais elle pose encore une autre question : l'affichage de préférences religieuses à travers le port d'un (in)signe ou d'un vêtement est-il véritablement le ferment de la division, du délitement du vivre ensemble, de la discorde républicaine ?

Plusieurs propositions de réformes législatives ont été formulées ces dernières années. La première semble avoir guidé toutes les autres. Dès 2003 (*rap., 11 déc. 2003, p. 62*), la Commission de réflexion sur le principe de laïcité dans la République (*prés. Stasi*) recommandait qu'une disposition législative, « prise après concertation avec les

*artenaires sociaux, permette au chef d'entreprise de réglementer les tenues vestimentaires et le port de signes religieux, pour des impératifs tenant à la sécurité, aux contacts avec la clientèle, à la paix sociale interne* ». La formule se retrouvera, cinq ans plus tard, dans l'osé des motifs de la proposition de loi visant à promouvoir la laïcité dans la République déposée par un député de l'opposition le 7 février 2008 sur le bureau de l'Assemblée nationale. C'est elle encore que l'on retrouve, à peine enrichie, dans l'avis rendu en septembre 2011 par le HCI (*voir déjà son avis de mars 2010 sur « L'expression religieuse dans les espaces publics de la République »*)<sup>23</sup>. Le Haut Conseil propose en effet que soit « *inséré dans le Code du travail un article autorisant les entreprises à intégrer dans leur règlement intérieur des dispositions relatives aux tenues vestimentaires, au port de signes religieux et aux pratiques religieuses dans l'entreprise (prières, restauration collective...) au nom d'impératifs tenant à la sécurité, au contact avec la clientèle ou à la paix sociale interne* »<sup>24</sup>.

Que retenir ? D'abord que ces propositions innovent moins que leurs auteurs ne semblent le penser (ou feignent de le croire...). À vrai dire, leur apport paraît limité à deux aspects. Le premier : la possibilité de réglementer le port de signes religieux pour des raisons tenant à la « *paix sociale à l'intérieur de l'entreprise* ». Voilà qui ajoute sans doute au droit positif, la réception judiciaire d'un tel motif de restriction de la liberté religieuse semblant plus que douteuse (*J. Savatier, art. précit., p. 356*). La consécration d'une telle limite se justifierait selon le HCI parce que « *certaines accommodements pour motif religieux accordés par l'employeur peuvent, en effet, être perçus par d'autres salariés comme des privilèges dont bénéficie une minorité de croyants pratiquants* ». Et d'enfoncer le clou : « *il apparaît que, sur le lieu de travail, la réserve en matière religieuse est préférable à l'expression revendicative d'une identité religieuse qui s'accompagne en général de demandes dérogatoires mal perçues par la majorité des salariés, en regard de l'égalité de traitement et du vivre ensemble.* » Le second : l'énoncé proposé ne fait nulle référence expresse aux exigences de justification et de proportionnalité portées par les textes actuels. Certes, on peut considérer qu'elles sont contenues dans le vocable « impératif » dont il use. Mais l'on peut aussi soutenir qu'il en fait fi, le simple fait de travailler au contact de la clientèle justifiant alors l'interdiction d'arborer un signe religieux. Tel paraît être la lecture du HCI. Mais une telle prohibition, générale et *a priori*, répondrait-elle aux exigences de la Cour de Strasbourg? On peut en douter... Et si, finalement, les textes actuels étaient en réalité les mieux à même de répondre (grâce à leur mise en voix et en mouvement par le juge) aux questions d'aujourd'hui et de... demain!

On y a cru (en le redoutant ou en s'en félicitant) au « *désenchantement du monde* »! Ivres de science, de techniques, de raison, nos sociétés n'avaient pas Dieu pour horizon. La laïcité se destinait à ne « vivre » que dans les livres d'histoire... Finalement, c'est l'histoire du désenchantement du monde qui finira peut-être dans nos livres de contes ! Laïcité, on a pas fini de crier ton nom...

## Notes

1. Liens que conteste fermement l'Observatoire international de la laïcité contre les dérives communautaires (voir son appel du 9 déc. 2010).
2. Quelques hypocrites formules (dont l'acmé est atteint avec la loi du 11 oct. 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public) le dissimule mal : c'est l'Islam qui, dans les débats actuels, est le plus souvent mis en accusation...
3. M. Gauchet, « La religion dans la démocratie », Gallimard, 1998, p. 9.
4. R. Debray, « Ce que nous voile le voile », Gallimard, 2004, p. 10.
5. « Être laïque aujourd'hui » : thème d'un atelier des dernières universités d'été du PS.
6. Rapport de la Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République (dite Commission Stasi), déc. 2003, p. 9.
7. A. Garay, « La laïcité, principe érigé en valeur de la Convention européenne des droits de l'Homme », D. 2006, p. 103.
8. Le HCI, avis du 1er sept. 2011, p. 7, note « que depuis quelques années, on assiste à la montée en puissance de revendications ressortissant à l'expression religieuse dans les entreprises ».
9. Délib. n° 2010-82 du 1er mars 2010.
10. Pour une critique du jugement : H. Boualili, « Laïcité et port du foulard islamique au travail », Dr. soc. 2011, p. 779.
11. Le HCI (avis précit., 1er sept. 2011) distingue les trois « espaces » de la laïcité : la sphère publique, le domaine privé et l'espace social (« il s'agit là d'un lieu de partage sous le regard d'autrui où s'exercent pleinement les libertés publiques, mais dans les limites de l'exercice des libertés d'autrui et du respect de l'ordre public »).
12. Voir la tribune rendue publique le 30 mars 2011 de la Conférence des responsables de culte en France.
13. Aux fondements nombreux, constitutionnels et internationaux (art. 9 2000/78/CE, art. 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, art. 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, etc.).
14. « L'enseignement laïque, Discours de Castres », 30 juill. 1904, L'humanité, 2 août 1904.
15. Dans un premier arrêt Lautsi c./Italie du 3 nov. 2009, la Cour de Strasbourg a jugé que la présence de crucifix dans les classes des écoles publiques en Italie violait l'art. 2 du Protocole n° 1 de CEDH; le 18 avril 2011, son arrêt de Grande Chambre donne finalement raison à l'État Italien... Par un effet de renverse, d'aucuns pourraient être tentés de mobiliser les arguments mis en avant par la Cour dans cette affaire à l'appui de la liberté religieuse : le voile, comme le crucifix, est un « symbole essentiellement passif »; l'influence alléguée du voile sur les jeunes enfants n'est pas prouvée ; le voile pas plus que le crucifix ne relève d'une opération prosélyte ou d'endoctrinement...
16. C. Gabizon, « Voile islamique : malaise dans les entreprises », Le Figaro.fr, 7 févr. 2011.
17. Dans sa délibération n° 2011-67 du 28 mars 2011, la HALDE se montre moins catégorique.
18. Présentées par Mme M.-A. Labarre et M. François Autain (groupe communiste).
19. J.-P. Marguenaud, J. Mouly, « Les droits de l'homme salarié de l'entreprise identitaire », D. 2011, p. 1637.



20. Ce qu'elle n'est pas si la salariée s'est présentée voilée à son entretien d'embauche et que son contrat de travail prévoyait la Paris, 17 déc. 2002, Dr. soc. 2004, p. 360.
21. CA Saint-Denis de la Réunion, 9 sept. 1997, D. 1998, p. 546 : « Apparaît proportionnée u but recherché l'exigence de l'employeur d'imposer aux vendeurs d'un magasin de prêt- à porter, en contact direct avec la clientèle, le port de tenues de sa marque de vêtements, fournies par lui, afin de représenter avec élégance la marque commercialisée » : CA Metz, 3 mars 2009, n° 06-2417.
22. J.-P.Marguénaud, « La troisième chambre civile de la Cour de cassation à la croisée des chemins d'influence de la convention EDH sur le droit des contrats », RTD civ. 2006, p. 722.
23. Le Pacte républicain UMP d'avril 2011 (p. 11) s'inscrit dans le même sillon, tout en se montrant moins précis ; voir aussi, le 10e point de la résolution sur l'attachement au respect des principes de laïcité adoptée le 31 mai 2011, à l'Assemblée nationale.
24. Selon le Haut Conseil, un autre article (dont il donne modèle) promouvant la neutralité religieuse dans l'entreprise pourrait également trouver place dans les règlements intérieurs (avis du 1er sept. 2011, p. 20).

## Géo-localisation

### COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE.

3 novembre 2011.

Pourvoi n° 10-18.036.

Arrêt n° 2206.

**REJET**

Publié au bulletin. P+B+R

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 24 mars 2010), que M. X..., engagé par la société Moreau incendie à compter du 17 septembre 1993, a travaillé en qualité de vendeur salarié niveau 4 échelon 2 de la convention collective du commerce de gros ; qu' affecté sur un secteur d'activité comprenant les départements de l'Yonne et de l'Aube, le salarié, tenu à un horaire de 35 heures par semaine, était libre de s'organiser, à charge pour lui de respecter le programme fixé et de rédiger un compte-rendu journalier précis et détaillé, lequel, selon le contrat de travail, devait faire la preuve de son activité ; que, le 17 mai 2006, l'employeur a notifié au salarié la mise en place d'un système de géo-localisation sur son véhicule afin de permettre l'amélioration du processus de production par une étude a posteriori de ses déplacements et pour permettre à la direction d'analyser les temps nécessaires à ses déplacements pour une meilleure optimisation des visites effectuées ; que par lettre du 20 août 2007, M. X... a pris acte de la rupture de son contrat de travail en reprochant à son employeur d'avoir calculé sa rémunération sur la base du système de géo-localisation du véhicule ;

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de dire que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse et de le condamner au paiement de certaines sommes en conséquence, alors, selon le moyen :

1<sup>o</sup>/ qu'aux termes des articles 1 et 7-E de son contrat de travail, M. X..., engagé en qualité de vendeur salarié statut non VRP, était tenu d'effectuer 35 heures de travail par semaine, de respecter un programme d'activité joint en annexe et de rédiger par journée travaillée un compte rendu journalier précis et détaillé de son activité au moyen d'un rapport établi sur un imprimé spécialement prévu à cet effet ; qu'en relevant, pour imputer à faute la rupture du contrat de travail à la société Moreau incendies par suite de l'illicéité du système de géo-localisation des véhicules de service, que M. X... était libre d'organiser son activité, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, ensemble les articles L. 1121-1 et L. 1221-1 du code du travail (anciennement L. 120-2 et L. 121-1) ;

2<sup>o</sup>/ qu'un système de géo-localisation peut avoir pour finalité le suivi du temps de travail d'un salarié lorsque l'employeur ne dispose pas d'autres moyens ; que la cour d'appel a expressément relevé que par un courrier du 17 mai 2006, la société Moreau incendies a informé M. X... de la mise en place d'un système de géo-localisation des véhicules de service dont le sien, aux fins de permettre l'amélioration du processus de production par une étude a posteriori de ses déplacements ainsi que d'analyser les temps nécessaires à ses déplacements pour une meilleure optimisation des visites effectuées ; qu'en relevant, pour imputer à faute la rupture du contrat de travail à la société Moreau incendies par suite de l'illicéité du système de géo-localisation des véhicules de service, que le dispositif a été détourné en ce que l'employeur a contrôlé le temps de travail du salarié, sans que l'intéressé ait été informé de cette situation ni des

modalités de contrôle, la cour d'appel, qui n'a manifestement pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé

l'article L. 1121-1 du code du travail (anciennement L. 120-1) ;

Mais attendu, d'abord, que selon l'article L. 1121-1 du code du travail , 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 ; que l'utilisation d'un système de géo-localisation pour assurer le contrôle de la durée du travail, laquelle n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, n'est pas justifiée lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail ;

Attendu, ensuite, qu'un système de géo-localisation ne peut être utilisé par l'employeur pour d'autres finalités que celles qui ont été déclarées auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, et portées à la connaissance des salariés ;

Et attendu que la cour d'appel a constaté, d'une part, que selon le contrat de travail, le salarié était libre d'organiser son activité selon un horaire de 35 heures, à charge pour lui de respecter le programme d'activité fixé et de rédiger un compte-rendu journalier précis et détaillé, lequel de convention expresse faisait preuve de l'activité du salarié, et, d'autre part, que le dispositif avait été utilisé à d'autres fins que celles qui avait été portées à la connaissance du salarié ; qu'elle en a exactement déduit que cette utilisation était illicite et qu'elle constituait un manquement suffisamment grave justifiant la prise d'acte de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Moreau incendies aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile , condamne la société Moreau incendies à payer à M. X... la somme de 2 500 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du trois novembre deux mille onze.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, avocat aux Conseils pour la société Moreau incendies.

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la rémunération du salarié ne peut résulter d'une modification unilatérale et arbitraire de l'employeur, d'AVOIR dit que la prise d'acte par Monsieur X... de la rupture de son contrat de travail s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse imputable à la Société MOREAU INCENDIES, anciennement dénommée la Société MOREAU EXTINCTEURS, et de l'AVOIR en conséquence condamnée à paiement des sommes de 2.594,66 Ç d'indemnité compensatrice de préavis, de 259,46 Ç de congés payés afférents, de 2162,17 Ç d'indemnité conventionnelle de licenciement, de 7.783,98 Ç de dommages-intérêts pour licenciement abusif, de 1.400 Ç de dommages-intérêts pour défaut de délivrance d'un document obligatoire dûment renseigné, de 2.590,65 Ç de rappel de salaires pour les mois d'avril à juillet 2007 et de 259,06 Ç de congés payés afférents ainsi qu'à rectification de l'attestation ASSEDIC et du certificat de travail du salarié ;

AUX MOTIFS ADOPTES QUE le contrat de travail de Monsieur X... prévoit une rémunération basée sur un temps de travail de 35 heures hebdomadaires ; que l'on constate la mise en place, courant 2006, d'un système de géo-localisation permettant un suivi du temps de travail de Monsieur X... ; que l'employeur dit constater un déficit du temps de travail de Monsieur X..., ce qui l'amène à une réduction unilatérale de la rémunération ; que le Conseil considère que la durée du temps de travail et la rémunération du temps de travail constituent des éléments substantiels du contrat de travail et qu'une modification d'un de ces paramètres sans l'accord du salarié entraîne ipso facto une modification du contrat de travail ; qu'en conséquence, la diminution de la rémunération du salarié ne peut résulter d'une modification unilatérale et arbitraire de l'employeur ; (à) que lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison des faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission ; que dans sa lettre de prise d'acte, Monsieur X... forme trois griefs à l'encontre de son employeur ; que s'agissant de la rémunération mensuelle inférieure au barème de la convention collective et au SMIC, il vient d'être démontré que la Société MOREAU EXTINCTEURS n'a commis aucune faute dans la méthode de calcul et la rémunération effective de Monsieur X... ; que la Société MOREAU a assuré, quand cela était nécessaire, le complément pour faire parvenir la rémunération de Monsieur X... au montant du minimum conventionnel ; qu'en conséquence, ce grief n'est ni réel ni sérieux ; que s'agissant du calcul de la rémunération à partir du système de géo-localisation, le contrat de travail de Monsieur X... précise (chapitre E) : compte-rendu d'activité :« Le salarié est libre d'organiser son activité, laquelle implique un horaire de 35 heures par semaine à » ; que l'utilisation d'un système de géo-localisation par GPS des véhicules fournis aux salariés a été limitée à des finalités particulières ; que l'utilisation d'un système de géo-localisation est exclue lorsqu'un employé dispose d'une liberté dans l'organisation de ses déplacements (visiteurs médicaux, VRP, à) ; que la liste n'est pas exhaustive ; que Monsieur X..., comme le précise le chapitre E du contrat de travail, bénéficie de la liberté de l'organisation de son activité ; qu'il n'existe aucun texte ni dans le code du travail, ni dans la convention collective concernée, stipulant la possibilité de proratiser un salaire fixe d'un salarié à un temps de travail pour un salarié embauché en contrat à durée indéterminée à temps plein ; que le contrôle est uniquement basé sur le déplacement du véhicule de la société, ce qui ne représente qu'une partie de l'activité professionnelle de Monsieur X..., l'autre partie étant une

activité de bureau ; qu'en conséquence, ce grief est réel et sérieux ; qu'enfin, s'agissant de la non prise en compte des congés de fractionnement, lorsque la fraction des congés prise en dehors de la période du 1er mai au 31 octobre, en une ou plusieurs fois, est au moins égale à six jours, le salarié bénéficie de deux jours ouvrables de congés supplémentaires ; que sauf convention ou accord collectif contraire, le fractionnement engendre des congés supplémentaires, que ce fractionnement intervienne à l'initiative de l'employeur ou à la demande du salarié, sachant que c'est le fait du fractionnement qui fait naître le droit aux jours de congés supplémentaires ; que toutefois, lorsque le salarié est demandeur du fractionnement, l'employeur peut subordonner son accord à sa renonciation au congé supplémentaire de fractionnement ; mais que la renonciation ne se présume pas et doit être individuelle ; qu'une note de service est donc inopérante à elle-seule ; qu'en conséquence, à défaut de renonciation individuelle, le salarié serait fondé à demander le paiement des jours de congés supplémentaires à titre de dommages-intérêts ; que toutefois, en supposant que la Société MOREAU EXTINGUEURS ait commis des erreurs dans l'imputation des jours de fractionnement à Monsieur X..., ce qui reste à démontrer, cette anomalie mineure ne saurait à elle-seule justifier une prise d'acte de rupture du contrat de travail ; qu'en conséquence, ce grief est réel mais pas sérieux ; qu'en conséquence, après avoir restitué leur exacte qualification aux faits et actes litigieux, le juge du fond retient une rupture aux torts de l'employeur sur le grief du calcul de la rémunération à partir d'un système de géo-localisation et requalifie le licenciement en licenciement sans cause réelle et sérieuse ; qu'en conséquence, il y a lieu d'accorder à Monsieur X... la somme de 2.590, 65 Ç à titre de rappel de salaires pour les mois d'avril à juillet 2007 retenues à tort et décomptées à partir des relevés effectués par le système de géo-localisation, ainsi que la somme de 259, 06 Ç pour l'indemnité compensatrice de congés payés ;

ET AUX MOTIFS PROPRES QUE les parties ne fournissent aucun élément ni moyen nouveau de nature à remettre en cause la décision des premiers juges qui ont fait une exacte appréciation des circonstances de la cause tant en droit qu'en fait par des motifs pertinents que la Cour fait siens étant encore observé que (à) sur la licéité du système de géo-localisation des véhicules de service, si un système de géo-localisation peut avoir pour finalité le suivi de temps lorsque ce suivi ne peut être réalisé par d'autres moyens, son utilisation est par contre exclue lorsque, comme en l'espèce, le salarié est libre d'organiser son activité ; que le système mis en place par l'employeur avait pour but selon la notification qui en a été faite au salarié le 17 mai 2006, « de permettre l'amélioration du processus de production par une étude a posteriori de ses déplacements » et de permettre à la direction « d'analyser les temps nécessaires à ses déplacements pour une meilleure optimisation des visites effectuées » ; qu'en l'espèce, le dispositif litigieux a en réalité été utilisé à d'autres fins, à savoir le contrôle du temps de travail de Monsieur X... sur la base de relevés GPS du véhicule mis à sa disposition, sans que l'intéressé ait été expressément informé de cette situation ni d'ailleurs des modalités du contrôle et de ses conséquences pécuniaires, ce qui caractérise un détournement du système et de son objet déclaré et rend illégales les déductions opérées par l'employeur sur la rémunération du salarié ; que l'utilisation illicite du système de géo-localisation et les retenues arbitraires de salaire constituent de la part de l'employeur des manquements suffisamment graves pour entraîner la rupture du contrat de travail aux torts de ce dernier ; que les retenues de salaires pratiquées pendant la période d'avril à juillet 2007 étant illégales, c'est à bon droit que les premiers juges ont accordé au salarié les sommes qu'il réclame à ce titre, soit 2.590,65 Ç et 259,67 Ç ;

ALORS QUE, D'UNE PART, aux termes des articles 1 et 7-E de son contrat de travail, Monsieur X..., engagé en qualité de vendeur salarié statut non VRP, était tenu d'effectuer 35 heures de travail par semaine, de respecter un programme d'activité joint en annexe et de rédiger par journée travaillée un compte rendu journalier précis et détaillé de son activité au moyen d'un rapport établi sur un imprimé spécialement prévu à cet effet ; qu'en relevant, pour imputer à faute la rupture du contrat de travail à la Société MOREAU INCENDIES par suite de l'illicéité du système de géo-localisation des véhicules de service, que Monsieur X... était libre d'organiser son activité, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil , ensemble les articles L. 1121-1 et L. 1221-1 du code du travail (anciennement L. 120-2 et L. 121-1) ;

ALORS QUE, D'AUTRE PART, un système de géo-localisation peut avoir pour finalité le suivi du temps de travail d'un salarié lorsque l'employeur ne dispose pas d'autres moyens ; que la Cour d'appel a expressément relevé que par un courrier du 17 mai 2006, la Société MOREAU INCENDIES a informé Monsieur X... de la mise en place d'un système de géo-localisation des véhicules de service dont le sien, aux fins de permettre l'amélioration du processus de production par une étude a posteriori de ses déplacements ainsi que d'analyser les temps nécessaires à ses déplacements pour une meilleure optimisation des visites effectuées ; qu'en relevant, pour imputer à faute la rupture du contrat de travail à la Société MOREAU INCENDIES par suite de l'illicéité du système de géo-localisation des véhicules de service, que le dispositif a été détourné en ce que l'employeur a contrôlé le temps de travail du salarié, sans que l'intéressé ait été informé de cette situation ni des modalités de contrôle, la Cour d'appel, qui n'a manifestement pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 1121-1 du code du travail (anciennement L. 120-1).

SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, SCP Masse-Dessen et Thouvenin  
M. Lacabarats (président)

## LA GÉOLOCALISATION ET LE CONTRÔLE DE LA DURÉE DU TRAVAIL

*L'utilisation d'un système de géo-localisation pour assurer le contrôle de la durée du travail n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen. Elle n'est pas justifiée lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail.*

Le contrôle de la durée du travail est un enjeu majeur pour les entreprises. D'abord, évidemment, pour la détermination de la rémunération des salariés, mais aussi pour satisfaire aux obligations de sécurité qui pèsent sur l'employeur.

Or, face à l'éclatement de la communauté de travail, au développement des tâches itinérantes, à la liberté accordée à certains salariés, comme à leur dissémination, les systèmes de suivi basés sur l'horaire collectif ou la présence physique du salarié dans les locaux de l'entreprise sont frappés d'obsolescence.

Dans un tel cadre, le recours à la géo-localisation apparaît comme un mode de preuve à la fois précis, aisé à mettre en oeuvre et discret : GPS embarqué sur le véhicule, téléphone portable, puces RFID permettant l'identification par radiofréquence 1.

Et que dire des perspectives ouvertes par les nano-technologies ? Mais, cette technologie, qui présente de réelles menaces pour le respect du droit à la vie privée et la liberté d'aller et de venir, ne peut être mise en oeuvre qu'avec les plus grandes précautions. Elle suscite d'ailleurs beaucoup de réticences de la part des salariés, comme le démontre le nombre significatif de plaintes adressées à la CNIL<sup>2</sup>.

Prise en compte depuis 2006 par la CNIL dans le cadre d'une recommandation 3, l'utilisation de la géo-localisation dans les relations de travail commençait à nourrir un contentieux non négligeable 4, jusqu'à la saisine de la Cour de cassation : un vendeur, tenu à un horaire de 35 heures hebdomadaires, mais libre de son organisation, à charge pour lui de respecter un programme et de rendre compte quotidiennement de son activité, a pris acte de la rupture de son contrat de travail en reprochant à son employeur d'avoir calculé la rémunération sur la base du système de géo-localisation installé à bord de son véhicule dans le but d'optimiser les frais de déplacements.

L'employeur justifiait le recours à un système de géo-localisation par l'absence d'autres moyens de contrôle des horaires du salarié.

Le juge judiciaire devant, notamment, assurer le respect du principe selon lequel « *chacun a droit au respect de sa vie privée* »<sup>5</sup>, la chambre sociale a dessiné, avec l'arrêt du 3 novembre 2011, la cartographie de la géo-localisation autour de deux principes : la subsidiarité et la transparence.

### 1 PRINCIPLE DE SUBSIDIARITÉ

C'est naturellement dans le cadre de procédures pénales que l'utilisation de la géo-localisation a été examinée par la Cour européenne des droits de l'Homme. Elle rappelle que l'ingérence qui en résulte doit correspondre à un besoin social impérieux et, en particulier, qu'elle doit être proportionnée au but légitime poursuivi 6. Si, dans le cadre de la recherche d'auteurs d'infractions pénales, il est nécessaire d'apporter des justifications fortes, ces raisons doivent, *a fortiori*, être particulièrement impérieuses dans le cadre de relations nouées entre des particuliers. Au sein de l'entreprise, l'utilisation de la géo-localisation pour le contrôle de la durée du travail s'inscrit bien évidemment dans le cadre des dispositions de l'article L. 1221-1 du Code du travail aux

termes duquel, « 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 ».

Justification et proportionnalité, ce sont les deux éléments qui ont guidé le raisonnement de la Cour de cassation.

La géo-localisation peut être regardée comme une technologie commode et efficace. En effet, lorsque le salarié quitte les locaux de l'entre prise pour exécuter ses tâches, le contrôle de la durée du travail est plus ardu, et l'employeur peut rechercher la preuve absolue qui pourrait à la fois garantir l'exécution de l'intégralité des horaires des salariés et prévenir tout risque de contestation.

Diverses méthodes ont été sollicitées, mais toutes ont leurs limites. Ainsi, dans le secteur de la distribution de journaux et de publicités, qui emploie des salariés itinérants, la définition conventionnelle par pré-quantification du travail ne peut, à elle seule, satisfaire aux exigences de l'article L. 3171-4 du Code du travail, dans la mesure où elle peut être contredite par la réalité 7. Pour de tels salariés, la géo-localisation ne serait possible que dans le respect de leur vie privée.

Dès 2006, la CNIL s'était emparée du sujet de l'utilisation de la géo-localisation dans un véhicule pour énumérer les seules finalités ouvertes : sécurité de l'employé, du véhicule ou du chargement ; meilleure allocation des moyens pour les prestations à accomplir ; suivi et facturation des prestations de services ; « le suivi du temps de travail lorsque ce suivi ne peut être réalisé par d'autres moyens ». Elle avait toutefois souligné que « l'utilisation d'un système de géo-localisation ne saurait être justifiée lorsqu'un employé dispose d'une liberté dans l'organisation de ses déplacements (visiteurs médicaux, VRP, etc.) » et avait rappelé, réserve essentielle, « que l'utilisation d'un dispositif de géo-localisation ne doit pas conduire à un contrôle permanent de l'employé concerné ».

La Cour de cassation a suivi le même raisonnement, mais pose deux conditions complémentaires : d'abord le recours à un tel système ne peut être que subsidiaire, c'est-à-dire s'il n'y a pas d'autre moyen, plus respectueux de la liberté d'aller et de venir et du droit au respect de la vie privée, et, conséquence de ce principe de subsidiarité, la géo-localisation ne saurait être admise lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail. En effet, l'utilisation, dans de telles circonstances, de la géo-localisation est antinomique avec l'indépendance d'organisation du salarié. Son utilisation comme dispositif de contrôle de la durée du travail, induit l'analyse par l'employeur des informations recueillies de façon constante par le système, afin de trier celles qui, selon lui, relèvent de la sphère privée, mais seront malgré tout connues de l'entreprise, de celles qui seront intégrées dans les horaires de travail.

Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, l'employeur ne pouvait pas utiliser de système de géo-localisation dès lors que le salarié jouissait d'une liberté d'organisation. En outre le contrat prévoyait déjà des modalités de suivi puisque le salarié était tenu de rédiger un compte rendu quotidien de son activité, lequel faisait preuve de cette activité. Chacune de ces deux raisons justifiait, à elle seule, le rejet de cet instrument de mesure.

L'employeur ne peut pas à la fois consacrer la liberté d'organisation du salarié et le soumettre à un contrôle permanent au moyen d'un système intrusif.

L'ampleur du contrôle du salarié exclurait vraisemblablement l'utilisation de la géo-localisation dans le cadre du suivi des salariés relevant d'une convention de forfait en jours. Certes, ce système pourrait être regardé comme un moyen « de nature à garantir le respect des durées maximales de travail, ainsi que des repos journaliers et hebdomadaires... »<sup>8</sup>. Mais, du fait de l'autonomie du salarié qui peut décider des plages horaires de travail effectif, le contrôle par géo-localisation devrait être permanent, ce qui



est incompatible avec le respect de la vie privée. La seule alternative serait de laisser le soin au salarié concerné d'activer ou non le dispositif selon qu'il estime agir ou non dans le cadre de son travail. Mais, alors, quelle serait la valeur ajoutée de la technologie par rapport à un système purement déclaratif ?

Se pose également la question de l'adéquation des informations collectées. Lorsque le salarié peut travailler chez lui, ou dans un autre lieu, du fait d'outils nomades, les données fournies par la géo-localisation placées dans le véhicule sont parcellaires.

On perçoit également le caractère inquisitorial du traitement des données issues d'un tel système auquel doit se livrer la personne chargée du traitement des données pour décider si telle ou telle localisation entre ou non dans le domaine du travail salarié. Et comment assurer l'effacement d'une information sans intérêt au regard du droit du travail, mais qui pourrait nourrir tant de supputations, voire davantage ? Le salarié est-il nécessairement oisif lorsque le véhicule est à l'arrêt ? Lorsque le téléphone portable n'a plus de réseau ? Lorsque l'ordinateur n'a plus de batterie ? Et dans le TGV, est-on en situation de travail lorsque l'on somnole devant l'ordinateur géo-localisé, ou lorsque l'on règle un problème professionnel depuis la voiture-bar ? Il faut se garder autant des données brutes que des moyens pour obtenir les éléments d'analyse complémentaires. L'utilisation de la géo-localisation embarquée dans le véhicule n'est donc pas seulement inutile, elle est aussi inadaptée au suivi du salarié. Or, en cas d'atteinte aux libertés, l'article L. 1221-1 implique un contrôle d'adéquation.

Contrairement à Caïn, le salarié doit pouvoir échapper à l'oeil qui le regarde. Cette exigence est présente dans la recommandation de la CNIL :

*« L'utilisation d'un dispositif de géo-localisation ne doit pas conduire à un contrôle permanent de l'employé concerné. La commission considère ainsi que le responsable du traitement ne doit pas collecter des données relatives à la localisation d'un employé en dehors des horaires de travail de ce dernier. C'est pourquoi la commission recommande que les employés aient la possibilité de désactiver la fonction de géo-localisation des véhicules à l'issue de leur temps de travail lorsque ces véhicules peuvent être utilisés à des fins privées. »* Ces prescriptions vont dans le même sens que les dispositions, tant européennes qu'internes, prévoyant que l'utilisateur d'un système de communication électronique doit pouvoir donner son consentement à l'application d'un service de géo-localisation et pouvoir mettre fin au repérage qui en découle (services dits « *d'opt in/opt out* ») 9. Par ailleurs, il va de soi que la géo-localisation ne doit pas être utilisée à l'encontre de salariés agissant dans l'exercice de leur mandat électif ou syndical, ainsi que le rappelle d'ailleurs la recommandation de la CNIL. Cet outil devrait donc être désactivé lorsque le salarié agit dans un tel cadre et les informations qui, malgré tout, auraient été recueillies doivent être effacées.

## **2PRINCIPE DE TRANSPARENCE**

La loi informatique et libertés pose le principe selon lequel les données doivent être collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne doivent pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités (*loi du 6 janv. 1978, art. 6 al. 2*). Du reste, c'est également au regard des finalités déclarées que pourra être apprécié le respect du principe de proportionnalité.

Ainsi, par exemple, l'accès par des bailleurs à un fichier de mauvais payeurs mis en place par des professionnels de l'immobilier ne répond pas à l'exigence de proportionnalité 10, car l'information des propriétaires ne justifie pas la création de tel fichier et la collecte de telles informations.

Comme tout système de traitement automatisé, la géo-localisation doit faire l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL, cette déclaration devant notamment préciser les finalités du système et de la collecte des informations (*loi du 6 janv. 1978, art. 22, 23 et 30*). Du reste, l'absence de déclaration à la CNIL retire tout caractère fautif à l'attitude d'un salarié qui refuse d'utiliser, à sa sortie de l'entreprise, un badge géré par des moyens automatisés, et ce, même si le règlement intérieur fait obligation aux salariés d'utiliser ce badge 11.

L'employeur doit porter à la connaissance des personnes concernées le système mis en place (*loi du 6 janv. 1978, art. 32*). Le Code du travail impose également une information des salariés concernés : « aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance » (*C. trav., art. L. 1222-4*). Les modalités d'information des salariés ont été précisées par la CNIL : « Le responsable du traitement doit procéder, conformément aux dispositions du Code du travail [...], les employés doivent être informés individuellement, préalablement à la mise en oeuvre du traitement : de la finalité ou des finalités poursuivie(s) par le traitement de géo-localisation, des catégories de données de localisation, de la durée de conservation des données de géo-localisation les concernant, des destinataires ou catégories de destinataires des données, de l'existence d'un droit d'accès, de rectification et d'opposition et de leurs modalités d'exercice »<sup>12</sup>. Le comité d'entre - prise doit également être « informé, préalablement à leur introduction dans l'entreprise, sur les traitements automatisés de gestion du personnel et sur toute modification de ceux-ci » (*C. trav. art. L. 2323-32, al. 2*). Il en va de même pour le CHSCT.

Dans un tel système le respect des finalités déclarées par l'employeur doit être absolu, et le détournement de ces finalités est d'ailleurs sanctionné pénalement par l'article 226-21 du Code pénal<sup>13</sup>. Tolérer un détournement de finalité revient à admettre l'utilisation clandestine d'un système informatique dans des conditions qui ne peuvent plus être contrôlées de façon publique et efficace. Par ailleurs, la déclaration de finalité permet au salarié de contrôler la bonne utilisation du système. C'est d'ailleurs pourquoi la CNIL recommande « que les employés aient la possibilité de désactiver la fonction de géo-localisation des véhicules à l'issue de leur temps de travail lorsque ces véhicules peuvent être utilisés à des fins privées ».

Ainsi, le salarié malade, qui peut garder le véhicule de fonction pendant l'arrêt maladie<sup>14</sup>, ne devrait pas être géo-localisé, quelles que soient les craintes que peut nourrir l'employeur au sujet du matériel de l'entreprise ou de l'état de santé réel du salarié<sup>15</sup>.

Rejoignant les préoccupations de la CNIL, la Cour de cassation a posé, avec fermeté, le principe de transparence qui doit guider l'utilisation de la géo-localisation : « Un système de géo-localisation ne peut être utilisé par l'employeur pour d'autres finalités que celles qui ont été déclarées auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, et portées à la connaissance des salariés. »

L'employeur est donc tenu par ses déclarations, ce qui exclut tout traitement des informations dans un cadre différent. Déjà, la chambre sociale avait jugé qu'un dispositif d'alerte professionnelle ne pouvait avoir un objet plus large que celui ayant fait l'objet d'un engagement de conformité à l'autorisation unique résultant de la délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 de la CNIL, relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en oeuvre dans le cadre du dispositif d'alerte professionnelle<sup>16</sup>. En effet, l'article 6 de la loi du 10 janvier 1978 précise que « les données doivent être collectées de manière licite et loyale », ce qui implique un respect scrupuleux de la déclaration de finalités. En outre, c'est au regard des finalités déclarées que sera apprécié le respect des dispositions de l'article 6 3° qui imposent que le

traitement automatisé ne porte que sur des données « *adéquates, pertinentes et non excessives, au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et pour lesquelles elles seront traitées ultérieurement* ». La géo-localisation doit donc être dotée de filtres à la fois adaptés et efficaces.

Dans l'espèce objet de l'arrêt du 3 novembre 2011, le détournement de finalités ne faisait aucun doute dans la mesure où l'employeur avait adopté le système de géo-localisation « *afin de permettre l'amélioration du processus de production par une étude a posteriori de ses déplacements et pour permettre à la direction d'analyser les temps nécessaires à ses déplacements pour une meilleure optimisation des visites effectuées* ». Il ne s'agissait plus d'analyser les distances parcourues par le véhicule, et les frais afférents, mais d'examiner les lieux d'arrêt du véhicule pour déterminer s'ils avaient un lien avec le travail. Les conclusions de l'employeur n'allaient pas dans ce sens puisque la rémunération avait été amputée en conséquence. Mais, on était bien loin des finalités affichées... On perçoit immédiatement le risque de contrôle global que peut faire peser le système de géo-localisation selon ses modalités d'exploitation, et que le respect des finalités est au coeur même de la protection des libertés individuelles.

Ainsi, même si la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs est le corollaire du contrôle de la durée du travail, des informations recueillies pour s'assurer du respect des temps de repos et des durées maximales de travail ne pourraient pas être utilisées pour le calcul de la rémunération. L'objectif de santé et de sécurité ne saurait, par simple effet miroir, autoriser le calcul de la durée du travail.

Réciproquement, le système de géo-localisation, installé de façon licite pour suivre la durée de travail d'un livreur et, le cas échéant, assurer sa sécurité ainsi que celle des marchandises et du matériel qui lui sont confiés, ne peut pas être utilisé pour vérifier l'existence d'infractions.

L'exploitation des déplacements du véhicule pourrait révéler sans peine l'existence d'éventuels excès de vitesse. Mais une telle recherche, et la constatation qui en résulterait, serait radicalement illicite comme se heurtant aux dispositions de l'article 9 de la loi du 6 janvier 1978.

Le principe de transparence ne s'exerce pas uniquement lors de la mise en place de la géo-localisation. Il doit être respecté tout au long de son utilisation. Ainsi, conformément aux articles 39 et 40 de la loi du 6 janvier 1978, les salariés concernés ont un droit d'accès et de rectification aux données collectées, afin, notamment, de vérifier la conformité aux finalités déclarées. Le fait, pour le responsable du traitement, de ne pas procéder aux rectifications nécessaires est d'ailleurs pénalement réprimé (*C. pén., art. R. 625-12*). Ce droit d'accès permet les adaptations nécessaires, notamment du fait de l'évolution de l'activité ou des fonctions du salarié, quitte à abandonner ce type de suivi s'il n'est pas justifié. Le principe de transparence est donc le complément indispensable du principe de subsidiarité.

La fiabilité et la loyauté de l'exploitation des données recueillies doivent être un impératif absolu. L'article 34 de la loi du 6 janvier 1978 dispose à cet égard que « *le responsable du traitement est tenu de prendre toutes précautions utiles au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour préserver la sécurité des données, et, notamment empêcher qu'elles soient déformées, endommagées, ou que des tiers non autorisés y aient accès* ». Du reste, des informations peuvent devenir parcellaires, et donc être déformées, si elles sont utilisées dans le cadre d'un détournement de finalités, avec un risque de conséquences dommageables.

La portée normative de l'arrêt du 3 novembre 2011, au-delà de l'espèce soumise à la Cour de cassation, permet de définir un cadre précis des conditions de recours à la géo-localisation. Les employeurs devront être particulièrement vigilants dans le choix de la technologie permettant le contrôle de la durée du travail, car en cas de mise en place injustifiée d'un système de géo-localisation, ils s'exposent à un risque de contentieux et, par exemple, comme ce fut le cas dans cette affaire, à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail.

## Notes

1. « Étant donné que la RFID peut être utilisée partout et qu'elle est pratiquement invisible, son déploiement exige d'accorder une attention particulière aux questions relatives à la protection des données et de la vie privée. Aussi faut-il intégrer des fonctions de sécurité de l'information et de respect de la vie privée dans les applications RFID avant leur diffusion généralisée (principe de "sécurité et de respect de la vie privée assurée dès la conception"). » (recomm. Comm. 12mai 2009, sur la mise en oeuvre des principes de respect de la vie privée et de protection des données dans les applications reposant sur l'identification par radio fréquence, JOUE, 16mai 2009, L. 122/47, pt. 6).
2. A. Türck, « La vie privée en péril. Des citoyens sous contrôle », Éd. Odile Jacob, 2011.
3. CNIL, recomm. n° 2006-06, 16mars 2006, portant adoption d'une recommandation relative à la mise en oeuvre de dispositifs destinés à géolocaliser les véhicules automobiles utilisés par les employés d'un organisme privé ou public, JO n° 103, 3mai.
4. CA Paris, 26 oct. 2010, n° 09/01003; CA Dijon, 12 juin 2009, n° 09/00570; CA Lyon, 29 juin 2010, n° 09/03763; CA Riom, 16 mars 2010, n° 09/01518; CA Paris, 24mars 2010, Paris, 28 juin 2011, n° 09/08641.
5. C. civ., art. 9, al. 1.
6. CEDH, 2 sept. 2010, Uzun c./Allemagne, D. 2010, p. 724, note H. Matsopoulos.
7. Cass. soc., 16 juin 2010, n° 02-42.758 : Bull. civ. V, n° 144; JCP éd. S 2010, p. 1272; RJS 8-9/10, n° 677.
8. Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 (P + B + R + I), à paraître au Bull. ; M.-F. Mazars et Ph. Flores, « le forfait-jours est fortement encadré », Semaine sociale Lamy n° 1499, p. 5.
9. Art. 9 de la dir. n° 2008/58 CE du Parl. europ. et du Conseil du 12 juill. 2002, concernant le traitement de données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (dir. Vie privée et comm. électronique, JO n° L. 201, 31 juill. 2002, p. 0037-0047.
10. CE, 28 juill. 2004, n° 262851, Faty X : Comm. com. électr. 2005, comm. n° 61.
11. Cass. soc., 6 avr. 2004, n° 01-41.425, Bull. civ. V, n° 103.
12. CNIL, recomm. n° 2006-06, 16 mars 2006, portant adoption d'une recommandation relative à la mise en oeuvre de dispositifs destinés à gé-localiser les véhicules automobiles utilisés par les employés d'un organisme privé ou public, JO n° 103, 3 mai.
13. Les peines encourues sont : cinq ans d'emprisonnement et 300000 euros d'amende.
14. Cass. soc., 24 mai 2010, n° 08-43.996, Bull. civ. V, n° 71.
15. Cass. soc., 12 oct. 2011, n° 10-16.649, à paraître au Bull. : « Attendu que l'inobservation par le salarié de ses obligations à l'égard de la sécurité sociale ne peut justifier un licenciement et que l'exercice d'une activité pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie ne constitue pas en lui-même un manquement à l'obligation de loyauté qui subsiste pendant la durée de cet arrêt ; que, pour fonder un licenciement, l'acte commis par un salarié durant la suspension du contrat de travail doit causer préjudice à l'employeur ou à l'entreprise. »
16. Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-17.191, Bull. civ. V, n° 276.

**DROIT SYNDICAL.** Par deux arrêts récents, la Cour européenne des droits de l'Homme précise les limites de la liberté d'expression dont jouit le responsable syndical.

### **La liberté d'expression du responsable syndical (deux décisions de la CEDH)**

***CEDH, 5e section, 6 oct. 2011, n° 32820/09 : L'invective politique dans le cadre du mandat syndical fait partie intégrante du droit à la liberté d'expression***

#### **Extraits du communiqué de presse**

La Cour européenne des droits de l'Homme considère qu'il faut tenir compte du fait que les requérants ont fait leurs déclarations en qualité de responsables d'un syndicat et en rapport avec la situation professionnelle d'un de ses adhérents.

MM.V. et M. ne critiquent pas une politique municipale de manière générale, mais ils mettent en cause le rôle d'un élu en sa qualité d'employeur.

La polémique dans laquelle s'inscrivent les propos litigieux a eu un impact important sur le maire et sur l'opinion publique de la commune. Le maire a lui-même donné une résonance particulière à cette affaire en l'évoquant à deux reprises dans le bulletin municipal et cette polémique a été relatée par la presse. Dès lors, la Cour note que ces propos litigieux trouvent leur place dans un débat d'intérêt public, domaine dans lequel la Convention ne laisse guère de place à des restrictions au droit à la liberté d'expression. En leur qualité de représentants d'un syndicat, MM. V. et M. devaient cependant veiller à ce que leurs propos s'inscrivent dans les limites du droit à la liberté d'expression, à savoir, considérer l'intérêt de la « *protection de la réputation et des droits d'autrui* ». Le maire, identifiable dans le tract, n'était pas pour autant nommément cité. Il était simplement critiqué dans le cadre de ses fonctions, et aucune allégation d'ordre privé ne venait le toucher.

La Cour rappelle que les critiques admissibles à l'égard d'un homme politique sont plus larges que celles à l'égard d'un simple particulier. Exposé inévitablement et consciemment à un contrôle tant des journalistes que de la masse des citoyens, l'homme politique doit faire montre d'une plus grande tolérance à la critique. Par ailleurs, le débat local ici en cause présentait en soi une réelle vivacité.

Les propos des requérants visaient à répondre à la mise en cause, par le maire, du comportement professionnel et personnel d'une adhérente de leur syndicat. Dans ce cadre, il est permis, comme à toute personne qui s'engage dans un débat public, de recourir à une certaine exagération, voire une provocation, c'est-à-dire d'être quelque peu immodéré dans ses propos. Par ailleurs, la Cour estime que les propos litigieux n'ont pas revêtu un caractère vexatoire ou blessant qui aurait excédé le cadre de la polémique syndicale. [...]

La Cour juge que la condamnation, de par la nature et la lourdeur des peines infligées à MM.V. et M., à savoir une amende de 1 000 € chacun et 5 000 € de dommages-intérêts à titre solidaire, est disproportionnée au vu des faits reprochés.

Elle estime que l'ingérence dans l'exercice par les requérants de leur droit à la liberté d'expression, en leur qualité de représentants syndicaux, n'était pas nécessaire dans une société démocratique.

***CEDH, Gde ch., 12 sept. 2011, n° 28995/06 : Le licenciement de syndicalistes en raison d'une publication outrageante n'a pas porté atteinte à leur liberté d'expression***

L'affaire concerne le licenciement d'un groupe de syndicalistes à la suite de la publication d'un dessin et d'articles jugés insultants pour deux autres employés et un cadre de la société.

**Extraits du communiqué de presse**

La Cour n'aperçoit aucune raison de remettre en cause les constatations des juridictions internes selon lesquelles le contenu du bulletin était offensant et de nature à nuire à la réputation d'autrui. Elle souligne qu'une distinction claire doit être faite entre critique et insulte, cette dernière pouvant, en principe, justifier des sanctions.

Partant, elle estime que les motifs retenus par les juridictions nationales se conciliaient avec le but légitime consistant à protéger la réputation des personnes physiques visées par la caricature et les textes en cause, et que la conclusion selon laquelle les requérants avaient dépassé les bornes de la critique admissible dans le cadre des relations de travail ne saurait être considérée comme infondée ou dépourvue d'une base factuelle raisonnable.

Quant à savoir si la sanction imposée aux requérants, à savoir leur licenciement, était proportionnée au degré de gravité des articles en question, la Cour relève que la caricature et les articles litigieux ont été publiés dans le bulletin de la section syndicale à laquelle appartenaient les requérants, et s'inscrivaient donc dans le cadre d'un conflit opposant les requérants et la société.

Toutefois, ils contenaient des critiques et des accusations adressées non pas directement à cette dernière mais à deux autres collaborateurs et au directeur des ressources humaines. La Cour rappelle à cet égard que les limites de la critique admissible sont moins larges à l'égard des particuliers qu'à l'égard des hommes politiques et des fonctionnaires agissant dans l'exercice de leurs pouvoirs. [...]

Dans les circonstances, la Cour estime que le licenciement dont les requérants ont fait l'objet n'était pas une sanction manifestement disproportionnée ou excessive, de nature à exiger que l'État y portât remède en l'annulant ou en y substituant une sanction moins sévère. Dès lors, il n'y a pas eu violation de l'article 10, lu à la lumière de l'article 11.

## **Internet et le droit d'expression des salariés**

*En dépit de son omniprésence dans la vie sociale et le pouvoir de multidiffusion et d'immédiateté qu'il confère à la communication, Internet ne constitue pas nécessairement un facteur d'extension du domaine de la liberté d'expression du salarié.*

Le pouvoir d'Internet d'affranchir la communication de toute contrainte spatiale et temporelle a nécessairement élargi l'espace potentiel de la liberté d'expression. Il n'existe plus aujourd'hui de décalage entre l'émetteur d'un message et son destinataire, lequel peut se démultiplier quasi instantanément.

Élément désormais incontournable de la vie quotidienne, Internet est aussi devenu une ressource indispensable au fonctionnement de l'entreprise. À ce titre, il questionne nécessairement le droit et en particulier le droit du travail, singulièrement sensible aux « faits sociaux ».

Depuis plusieurs années désormais, à la faveur d'un contentieux naturellement croissant, la jurisprudence s'efforce de définir le cadre d'utilisation des nouvelles technologies en précisant les limites du droit d'expression tel qu'il s'exerce spécifiquement à travers elles : SMS, courriels, blogs et réseaux sociaux.

L'évolution des décisions depuis l'arrêt Nikon (*Cass. soc.*, 2 oct. 2011, n° 99-42.942) est révélatrice de la démarche du juge, tenu de rechercher un équilibre entre les droits et libertés souvent contraires du salarié et de l'employeur : d'un côté, l'article 10 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'article 9 du Code civil, l'article L. 1121-1 du Code du travail, de l'autre, la liberté d'entreprendre, la relation subordonnée de travail et l'obligation de loyauté.

Les solutions restent cependant incertaines dès lors que l'utilisation d'Internet s'inscrit dans un espace infiniment vaste à l'intérieur duquel la distinction entre vie personnelle et vie privée apparaît parfois fort ténue.

Dans ces circonstances – par nature instables –, mesurer les incidences d'Internet sur la liberté d'expression des salariés rend nécessaire d'identifier les différentes limites susceptibles d'encadrer son utilisation avant d'examiner les modalités de contrôle de cette utilisation par l'employeur.

### **DOMAINE ET LIMITES DE L'UTILISATION D'INTERNET**

Les limites susceptibles d'encadrer l'utilisation salariale d'Internet correspondent en réalité à celles au-delà desquelles la liberté d'expression dégénère en « abus » dont l'appréciation, compte tenu de la diversité des situations à même de le caractériser, n'est pas sans aléas. C'est pourquoi il est nécessaire avant de les examiner, de rappeler la portée que le droit du travail donne à la liberté d'expression.

#### **Domaine de la liberté d'expression du salarié**

La liberté d'expression du salarié est reconnue et protégée de longue date par le droit du travail depuis la loi n° 82-689 du 4 août 1982. C'est en son nom que le juge a ordonné la réintégration de M. Clavaud au prix cependant d'une confusion entre le droit d'expression direct et collectif, issu de la loi précitée, et la liberté d'expression institué par l'article 10 de la CDEH.



*« Attendu, enfin, que loin de faire application de ce dernier texte [il s'agit de l'article L. 461-1 du Code du travail devenu L. 2281-1] à une situation qu'il ne prévoit pas, la cour d'appel n'en a fait état que pour en déduire que l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise étant, en principe, dépourvu de sanction, il ne pouvait en être autrement hors de l'entreprise ou il s'exerce, sauf abus, dans toute sa plénitude » (Cass. soc., 28 avr. 1988, n° 87-41.804).*

La chambre sociale a depuis lors clairement distingué les deux notions par un arrêt du 14 décembre 1999 (Cass. soc., 14 déc. 1999, n° 97-41.995) puis, plus précisément encore, par l'arrêt du 8 décembre 2009 (n° 08-17.191) qui vise respectivement les articles L. 1121-1 – qui « protège la liberté d'expression » – et L. 2281-1 – qui « concerne le droit d'expression qui s'exerce collectivement ».

Elle se montre aujourd'hui singulièrement exigeante lorsqu'il s'agit de censurer la liberté d'expression du salarié en se livrant, au visa de l'article L. 1121-1, à un contrôle étroit de l'appréciation par le juge du fond de l'abus, compte tenu du contexte dans lequel les propos litigieux ont été tenus (Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-70.607) et, le cas échéant, de la position catégorielle du salarié et des obligations contractuelles spécifiques qui en résultent.

## **Les limites à la liberté d'expression<sup>1</sup>**

### **La prestation de travail**

Internet constitue en premier lieu et principalement un outil de travail rattaché aux attributions qui résultent de la qualification professionnelle du salarié fixée par le contrat de travail.

Son usage, convenu contractuellement entre les parties en fonction de la tâche à accomplir et de la formation acquise et reçue au sein de l'entreprise, possède une finalité purement professionnelle (par exemple, de conception, de communication, d'information...). Elle s'effectue conformément aux dispositions individuelles, aux besoins spécifiques, prévues par le contrat de travail et, le cas échéant, par celles générales et collectives dans lesquelles il s'insère et qui peuvent être négociées ou unilatérales <sup>2</sup>.

Un usage professionnel d'Internet en méconnaissance du cadre légal et réglementaire dans lequel s'inscrit la prestation de travail ou dans un autre but que l'accomplissement de cette dernière, constituerait un manquement à l'exécution du contrat de travail, relevant ou non du droit disciplinaire (le manquement pouvant tout autant procéder d'un comportement fautif que d'un comportement non fautif, par exemple d'incompétence) indépendamment de la question du respect des droits et libertés du salarié visés à l'article L. 1121-1 évoqué ci-dessus, dont notamment la liberté d'expression.

### **L'obligation de loyauté**

Le contrat de travail ajoute à la liberté d'expression une limite qui dépasse celle immédiatement liée à la prestation de travail telle qu'exécutée pendant le temps et sur le

lieu (ce dernier fût-il virtuel) du travail. Elle résulte de l'obligation de loyauté ou de bonne foi <sup>3</sup>. La Cour de cassation a ainsi rappelé à plusieurs reprises que le droit du salarié à la liberté d'expression s'exerce pleinement sauf abus dans l'entreprise mais aussi en dehors de celle-ci. L'abus de la liberté d'expression, qu'elle soit caractérisée – selon les critères de finalité et de proportionnalité induits par l'article L. 1121-1 du Code du travail

– par un dénigrement (*Cass. soc.*, 3 déc. 2008, n° 07-42.331 et 07-42.383), des accusations mensongères ou simplement des propos excessifs (*Cass. soc.*, 15 avr. 2008, n° 06-45.383), constitue une violation de l'obligation de loyauté.

C'est dans la continuité directe de ce principe que semblent s'inscrire les deux décisions très médiatisées des conseils de prud'hommes de Reims et de Boulogne-Billancourt rendues à propos de salariés inscrits sur le réseau social « Facebook »<sup>4</sup>. Il leur était reproché, dans le cadre d'un échange tenu sur la page d'un autre membre de cette communauté, d'avoir manqué à leur devoir de loyauté envers l'employeur, et d'avoir abusé de leur liberté d'expression.

Les juges du fond ont estimé dans les deux cas que l'employeur pouvait valablement se prévaloir de ce qui avait été dit par le salarié sur ce réseau social, sans qu'on puisse lui reprocher une atteinte à la vie privée de ce dernier.

Les juges de Boulogne ont relevé plusieurs éléments pour admettre la faute grave : les fonctions occupées par les intéressés (chargés de recrutement en contact avec des candidats et des futurs salariés) ; le fait que leurs propos ont manifestement nui à l'image de l'entreprise compte tenu du nombre de personnes, tant internes qu'externes à celle-ci, ayant pu y avoir accès ; le fait également qu'ils ont porté atteinte à l'autorité et à la réputation de la supérieure hiérarchique mise en cause, ayant elle-même accédé à ces pages.

Les juges de Reims, ayant considéré en revanche qu'aucun nom n'apparaît dans le message litigieux et que le terme « chef » ne s'apparente pas systématiquement à la relation professionnelle, l'employeur, lui-même, hésitant entre un collègue ou un membre de la direction, en ont déduit « qu'il existe en tout état de cause une ambiguïté sur la personne visée » et par conséquent que « les faits reprochés ne constituent pas un manquement susceptible d'être sanctionné ».

C'est en considération de la seule exigence de loyauté, telle qu'elle résulte du contrat de travail que chacun des deux conseils de prud'hommes s'est situé pour apprécier – fût ce différemment – le bien-fondé de la sanction disciplinaire, c'est-à-dire le caractère abusif ou non des messages litigieux. La Cour de cassation ne manquera pas de dire s'il ne fallait pas plutôt, s'agissant de Facebook, se situer en dehors du contrat de travail, sur le terrain des perturbations que la diffusion de tels propos était de nature à créer au sein de l'entreprise <sup>5</sup>. Il n'apparaît pas certain dans cette attente que le droit d'expression tel qu'il s'exerce à travers Internet relève de critères spécifiques d'appréciation qui en modifieraient les limites.

L'examen du contrôle de ce droit par l'employeur peut toutefois nuancer ce premier constat.

## **LE CONTRÔLE DE L'USAGE D'INTERNET**

Le contrôle de l'usage d'Internet tel que l'envisage la Cour de cassation au fil de ses décisions exprime le souci de concilier l'intérêt de l'entreprise <sup>6</sup> (lié à son image, à son activité et à ses salariés) avec la liberté d'expression du salarié. Ce souci passe par

l'existence de garanties procédurales inhérentes au contrôle patronal et, s'agissant du fond du droit, par la distinction – encore floue – des éléments qui se rattachent à la vie personnelle, d'une part, et à la vie professionnelle d'autre part.

### **Les garanties procédurales du contrôle de l'utilisation d'Internet**

L'idée est désormais ancienne selon laquelle la subordination doit avoir pour seul objet l'accomplissement du travail à l'exclusion d'éléments d'ordre strictement privés. La Cour de cassation l'a exprimée à plusieurs reprises s'agissant entre autres des moeurs du salarié (*Cass. soc.*, 17 avr. 1991, n° 90-42.636 ; *Dr. soc.* 1991, p. 485, note J. Savatier) ou de son domicile (*Cass. soc.*, 12 juill. 2007, n° 04-13.342).

Elle l'a fermement reprise à propos d'Internet dans l'arrêt Nikon du 2 octobre 2001. La chambre sociale avait alors considéré que l'échange de courriers électroniques était couvert par le secret des correspondances et le droit au respect de la vie privée, étendant ainsi singulièrement la protection offerte par l'article 9 du Code civil et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme à la vie du salarié dans l'entreprise. Néanmoins une telle extension de la vie personnelle a été très vite nuancée en raison notamment des difficultés qu'elle créait à l'employeur lorsqu'il lui fallait rapporter la preuve d'un usage salarial déloyal voire illicite d'Internet. En l'état de la jurisprudence Nikon, en effet, un ingénieur pouvait mener impunément une activité parallèle pendant son temps de travail.

Ainsi, la Cour de cassation, après avoir décidé que, sauf risque particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers du salarié identifiés comme personnel qu'en sa présence ou celui-ci dûment appelé <sup>7</sup>, a-t-elle encore accru les pouvoirs de l'employeur en présumant le caractère professionnel des fichiers informatiques (*Cass. soc.*, 18 oct. 2006, n° 04-48.025) puis en envisageant restrictivement les situations susceptibles de renverser cette présomption <sup>8</sup>. Elle exige aujourd'hui, pour que les fichiers puissent être soustraits au contrôle patronal, qu'ils soient expressément identifiés comme « *personnels* » – l'absence de cette mention ayant pour conséquence que les fichiers sont présumés professionnels, donc librement consultables <sup>9</sup>. Et, s'ils sont classés dans un répertoire, ils peuvent être qualifiés de personnel « *par leur classement à condition que ledit répertoire soit lui-même intitulé personnel* ».

Cette solution vaut identiquement pour les courriers électroniques émis et reçus par le salarié sur la boîte aux lettres mise à sa disposition par l'entreprise, la chambre sociale adoptant comme principe de transposer aux messages électroniques la solution applicable aux fichiers créés par un salarié grâce à un outil informatique fourni par l'entreprise <sup>10</sup>.

Mais la question de l'accès au document électronique est une chose ; en est une autre celle de la nature de son contenu (*Cass. soc.*, 5 juill. 2011, n° 10-17.824), notamment du point de vue de l'usage par l'employeur de son pouvoir disciplinaire, selon qu'elle est privée ou professionnelle.

### **La distinction entre vie professionnelle et vie personnelle**

Après il est vrai quelques hésitations <sup>11</sup>, il est aujourd'hui acquis que seules les conséquences d'un fait relevant de la vie personnelle peuvent être invoquées comme constitutives d'un trouble caractérisé perturbant gravement le fonctionnement de l'entreprise <sup>12</sup>. S'il ne fait donc plus de doute que la vie personnelle, y compris lorsqu'elle se prolonge dans l'entreprise, fait échec au pouvoir disciplinaire de

l'employeur, la frontière de cette dernière avec la vie professionnelle reste incertaine. Trois arrêts intervenus récemment **13**, concernant spécifiquement Internet, sont venus le rappeler. Il s'agissait du licenciement pour faute grave de salariés ayant envoyé, les uns à leurs collègues, les autres à leur compagne, en utilisant leur ordinateur professionnel, des courriels injurieux à l'égard de leur supérieur hiérarchique ou de leur employeur. La question se posait de savoir si lesdits courriels étaient, comme le soutenaient les salariés, de nature privée et par suite, hors d'atteinte du pouvoir disciplinaire de l'employeur. La Cour de cassation a répondu par la négative après avoir relevé que les messages litigieux étaient « *en rapport avec l'activité professionnelle* » et par conséquent ne revêtait aucunement un caractère privé.

Il est permis d'avancer, à la suite de ces décisions, que la question du rapport des propos litigieux tenus par le salarié, et considérés par lui comme privés, avec son activité professionnelle ne manqueront pas d'être débattus devant les juges du fond et appréciés par eux de manière plus ou moins restrictive en fonction de leur teneur, de leur portée et des modalités de leur diffusion. Toutefois les critères susceptibles de les rattacher à la sphère professionnelle ne devraient plus pouvoir être tirés, fussent-ils l'expression d'un manquement manifeste à la loyauté ou à la probité<sup>14</sup>, de la seule fonction qu'ils occupent dans l'entreprise, comme c'était le cas auparavant **15**. La Cour de cassation a cessé, semble-t-il, et à l'instar du Conseil d'État **16**, d'envisager la notion de rattachement dans une acception fonctionnelle **17**. Pour apprécier la nature privée ou professionnelle du message litigieux, le juge ne devrait donc plus partir de la fonction de son émetteur mais des circonstances de sa diffusion : temps et lieu de travail, usage de l'ordinateur personnel, appartenance à l'entreprise des personnes qu'il concerne. Autant de critères qui, s'ils ne soumettent pas le salarié à « *une police de comportements extra professionnels* » **18** l'invitent néanmoins à la réserve dans l'évocation privée de sa vie professionnelle à travers Internet.

Les questions que posent Internet comme moyen d'exercice de la liberté d'expression du salarié, relèvent finalement de la problématique connue, et en voie de stabilisation, inhérente à la distinction entre vie professionnelle et vie personnelle. Cependant, en relativisant cette dernière par son omni présence dans sa vie sociale et le pouvoir de multidiffusion et d'immédiateté qu'il confère à la communication, l'usage d'Internet apparaît de nature – et là réside sa spécificité – à la complexifier. Il n'est pas sûr dès lors qu'il constitue un facteur d'extension du domaine de la liberté d'expression du salarié.

## Notes

1. Ne sont pas envisagées ici les limites apportées à la liberté d'expression des syndicats sur Internet dans et hors l'entreprise. V. à ce sujet, J. Ray, « Sur la liberté d'expression des syndicats sur Internet. À propos de l'arrêt TNS Secodip du 5 mars 2008 », Semaine sociale Lamy, n° 1345; « Facebook, le salarié et l'employeur », Dr. soc. 2011, p. 128.
2. Les codes et chartes d'entreprise, pourtant fréquemment mises en oeuvre s'agissant de l'utilisation d'Internet, sont sans effet juridique sur le contrat de travail sauf « par ricochet », v. A. Barège, « L'éthique et le rapport de travail », LGDJ, 2008, n° 604, p. 163-201.
3. V. sur cette notion, Ch. Vigneau, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », Dr. soc. 2004, p. 711.
4. CPH Boulogne-sur-Mer, 19 nov. 2010 n° 10-C 853; CPH Reims, 9 juin 2010 n° 09-3209; RJS 2011, n° 5.
5. V. Marguerite Kocher, « Méfiez-vous de vos @mis ! », RDT, 2011, p. 39
6. Sur cette notion, v. B. Teyssié, « L'intérêt de l'entreprise, aspect de droit du travail », D. 2004, chron. p. 1680.
7. Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017.
8. La Cour de cassation exige pour que les fichiers puissent être soustraits au contrôle patronal qu'ils soient expressément identifiés comme personnels (Cass. soc., 21 oct. 2009, n° 07-43.877).
9. De même l'employeur peut avoir accès à un courriel par suite d'une erreur de transmission de son auteur (Cass. soc., 2 févr. 2011, n° 09-72.313).
10. Cass. soc., 17 mai 2005, précit.
11. Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 04-44.918 et les critiques de 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, p. 842.
12. Cass. soc., ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, obs. J. Mouly, RDT 2007, p. 527.
13. Cass. soc., 2 févr. 2011, nos 09-72.313, 09-72.449 et 09-72.450.
14. Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 04-44.918.
15. Cass. soc., 19 mars 2008, n° 06-45.212 et les commentaires de Ch. Vigneau, « Le rattachement de faits à la vie professionnelle : la Cour de cassation persiste », Dr. soc. 2008, p. 818.
16. CE, 15 déc. 2010, n° 316856 et les commentaires de P. Adam, « La vie personnelle, une forteresse et quelques souterrains », RDT, 2011, p. 116.
17. Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-67.464.
18. L'expression est de Ch. Vigneau, « Le rattachement... » précit.

## **Mon employeur m'impose un changement d'horaire**

### **Principe : je ne peux pas refuser**

Le changement d'horaire est en général un simple changement des conditions de travail, qui, en tant que tel, ne requiert par l'accord du salarié (Cass. soc., 22 févr. 2000, n° 97-44.339). En d'autres termes, l'employeur peut librement fixer une nouvelle répartition des horaires de travail au sein de la journée ou de la semaine.

### **Exception classique : ce changement entraîne une modification du contrat**

Si les horaires sont contractualisés ou considérés comme déterminant par les parties, l'employeur ne peut pas imposer ce changement au salarié ( Cass. soc., 29 avr. 2009, n° 08-40.175). Ainsi, si la nouvelle répartition des horaires sur la semaine a pour effet de faire travailler le salarié le dimanche, alors qu'il travaillait jusque-là du lundi au vendredi, cela modifie son contrat puisque cela le prive du repos dominical : il est alors en droit de le refuser ( Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-43.223).

De même, le passage d'un horaire continu à un horaire discontinu entraîne une modification du contrat de travail que le salarié peut refuser. Par exemple, un employeur ne peut pas imposer à un salarié, qui travaillait en continu de 8 heures à 15 heures, un horaire discontinu de 11 heures à 14 heures, puis 16 heures à 20 heures ( Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-30.033).

Il ne peut pas non plus lui imposer de passer d'un horaire de jour à un horaire de nuit (Cass. soc., 18 juin 2002, n° 00-44.134), ou inversement ( Cass. soc., 9 avr. 2002, n° 00-42.780), même si ce changement est ponctuel ( Cass. soc., 10 mai 2007, n° 05-45.690). Il faut l'accord de l'intéressé.

**COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE.**

**3 novembre 2011.**

**Pourvoi n° 10-14.702.**

**Arrêt n° 2208.**

**CASSATION PARTIELLE**

Publié au bulletin.

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 1121-1 du code du travail ensemble

l'article 1134 du code civil ;

Attendu 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 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X... a été engagée le 13 décembre 2000 par la société Gsf Orion en qualité d'agent de service à temps plein ; que travaillant sur un site du lundi au vendredi de 5 heures 30 à 10 heures et de 15 à 17 heures ainsi que le samedi de 7 heures 30 à 10 heures, elle a été affectée sur deux sites par courrier du 6 novembre 2008 selon la répartition de l'horaire de travail suivante : du lundi au jeudi de 15 heures à 17 heures 30 et de 18 heures à 21 heures, le vendredi de 12 heures 30 à 15 heures et de 16 heures à 21 heures et le samedi de 10 heures à 12 heures 30 et de 17 heures à 20 heures ; qu'ayant refusé ces nouveaux horaires qui, selon elle, représentaient un bouleversement de ses conditions de travail, elle a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation de son contrat de travail ;

Attendu que pour faire droit à cette demande, l'arrêt retient que si, en principe, une nouvelle répartition du travail sur la journée ne constitue pas une modification du contrat de travail et relève du seul pouvoir de direction de l'employeur, il n'en est pas ainsi lorsque, pour suite de cette nouvelle répartition, le rythme de travail du salarié est totalement bouleversé ; qu'en substituant du lundi au vendredi à des horaires de travail majoritairement du matin avec coupure à midi et horaire limité à deux heures en milieu d'après-midi, un horaire exclusivement l'après-midi jusqu'à 21 heures, sans interruption et en augmentant les horaires de travail à effectuer le samedi à cinq heures et demie, se terminant à 20 heures, la société a imposé à la salariée un bouleversement de ses conditions de travail caractérisant une modification du contrat de travail ; que par suite, l'accord de la salariée sur cette modification devait être recueilli par l'employeur ; qu'en lui imposant sans avoir obtenu son accord cette nouvelle organisation de son travail la société a manqué à ses obligations contractuelles ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans préciser si le changement d'horaire portait une atteinte excessive au droit de la salariée au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail de la salariée aux torts exclusifs de l'employeur, l'arrêt rendu le 21 janvier 2010 , entre les parties, par la cour d'appel de Dijon ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Besançon ;

Condamne Mme X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile , rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du trois novembre deux mille onze.



MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Masse-Dessen et Thouvenin, avocat aux Conseils, pour la société GSF Orion

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de la SAS GSF ORION et d'avoir condamné cette dernière au paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, d'une indemnité conventionnelle de licenciement, d'une indemnité compensatrice de préavis et des congés payés y afférents.

AUX MOTIFS QUE Lusin X... reproche à son employeur d'avoir modifié, sans son accord, le contrat de travail ; que par lettre du 06 novembre 2008 modifiée par celle du 20 novembre 2008 la SAS GSF ORION a proposé à Lusin X... un changement d'affectation et une modification de ses horaires de travail ; qu'alors que la salariée travaillait exclusivement sur le site de JTECK, basé à Chevigny-Saint-Sauveur, 35 heures par semaine, réparties du lundi au vendredi de 5h30 à 10h et de 15h à 17h et le samedi de 7h30 à 10h, la SAS GSF ORION a modifié de la manière suivante l'affectation et les horaires de travail de Lusin X... :- Carrefour Quetigny-20 heures par semaine : du lundi au jeudi, de 18h à 21h le vendredi de 16h à 21h le samedi de 17h à 20h- JTEKT Chevigny :-15 heures par semaine : du lundi au jeudi, de 15h à 17h30 le vendredi de 12h30 à 15h le samedi de 10h à 12h30 ; que la SAS GSF ORION soutient qu'il ne s'agit que d'une modification des conditions de travail de sa salariée relevant du pouvoir de direction du chef d'entreprise ; que si, en principe, une nouvelle répartition du travail sur la journée, ne constitue pas une modification du contrat de travail et relève du seul pouvoir de direction de l'employeur, il n'en est pas ainsi lorsque, pour suite de cette nouvelle répartition, le rythme de travail du salarié est totalement bouleversé ; qu'en substituant, du lundi au vendredi, à des horaires de travail majoritairement du matin, avec coupure à midi et horaire limité à 2 heures en milieu d'après-midi, un horaire exclusivement d'après-midi jusqu'à 21 h, sans interruption et en augmentant les horaires de travail à effectuer le samedi à cinq heures et demie, se terminant à 20 heures, la SAS GSF ORION a imposé à Lusin X... un bouleversement de ses conditions de travail caractérisant une modification du contrat de travail ; que par suite l'accord de la salariée sur cette modification devait être recueilli par l'employeur ; qu'en lui imposant sans avoir obtenu son accord, cette nouvelle organisation de son travail, la SAS GSF ORION a manqué, vis-à-vis de Lusin X... à ses obligations contractuelles ; que la demande de résiliation du contrat de travail aux torts de l'employeur est fondée ; que cette résiliation produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ; que la date de la résiliation doit être fixée au 05 juin 2009, date de l'envoi de la lettre de licenciement ; qu'au vu des pièces du dossier, eu égard à son ancienneté dans l'entreprise, une somme de 11. 500 Ç doit être allouée à Lusin X... à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ; que les sommes réclamées par la salariée au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement et de l'indemnité compensatrice de préavis qui ne sont pas discutées dans leur montant, sont dues ; que la SAS GSF ORION doit être condamnée à payer à Lusin X... la somme de 1. 425, 51 Ç au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement, celle de 2. 851, 02 Ç brut au titre de l'indemnité compensatrice de préavis et celle de 285, 10 Ç au titre des congés payés afférents.

ALORS QUE le changement d'horaires consistant dans une nouvelle répartition de l'horaire au sein de la journée, alors que la durée de travail et la rémunération restent identiques, constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction de l'employeur et non une modification du contrat de travail ; qu'en jugeant que la SAS GSF ORION avait imposé une modification de son contrat de travail à

la salariée après avoir constaté qu'elle s'était limitée à prévoir une nouvelle répartition de l'horaire de travail sur la journée, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil

.

Me de Nervo, SCP Masse-Dessen et Thouvenin  
M. Lacabarats (président)

**L'arrêt du 3 novembre 2011, n° 10-14.702 P + B :**

### **Exception revisitée à l'aune des droits fondamentaux : respect de la vie personnelle, famille ou du droit au repos**

La Cour de cassation est venue préciser que le salarié peut refuser un changement d'horaire en prouvant que ce changement d'horaire porte une atteinte excessive « à son droit au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos ». Dans cette affaire, l'employeur a substitué les horaires du lundi au vendredi (horaires de travail majoritairement du matin avec coupure à midi et horaire limité à 2 heures en milieu d'après-midi) à un horaire exclusivement l'après-midi jusqu'à 21 heures, sans interruption et en augmentant les horaires de travail à effectuer le samedi à 17 h 30, se terminant à 20 heures ! Le salarié avait donc le droit de refuser ce changement.

*Si le changement d'horaires décidé par l'employeur porte une atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos, il s'analyse en une modification du contrat de travail.*

### **Horaires de travail et modification du contrat : un nouveau mode d'emploi**

On connaît l'analyse par coeur. Si la durée du travail constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié, les horaires de travail relèvent en principe du pouvoir de direction de l'employeur. En cas de changement, le salarié ne peut donc s'y opposer (*Cass. soc., 20 févr. 2007, n° 05-42.734*). CQFD.

### **MODIFICATION VERSUS CHANGEMENT DES CONDITIONS DE TRAVAIL**

Au-delà de cette directive générale, la Cour de cassation considère que, dans certains cas, la variation des horaires peut caractériser une modification du contrat de travail (*v. Ph. Waquet, Semaine sociale Lamy n° 1019, p. 6*). Tel est le cas d'une réorganisation complète de la répartition du travail sur la semaine (*Cass. soc., 10 mai 1990, n° 96-45.652*), de la mise en oeuvre d'un temps partiel modulé (*Cass. soc., 20 févr. 2008, n° 06-43.349 : cette solution est pleinement justifiée dans la mesure où la répartition du temps de travail constitue, pour les salariés à temps partiel, un élément du contrat*), du passage d'un horaire fixe à un horaire variable (*Cass. soc., 14 nov. 2000, n° 98-43.218*), d'un horaire de jour à un horaire de nuit ou l'inverse (*Cass. soc., 27 févr. 2001, n° 98-43.783 ; 5 juin 2001, n° 98-44.781*), d'un horaire libre à un horaire fixe (*Cass. soc., 12 sept. 2000, n° 98-44.580*) ou d'un horaire continu à un horaire discontinu (*Cass. soc., 18 déc. 2000, n° 98-42.885 ; 3 nov. 2011, n° 10-30.033 P + B : la solution n'est pas nouvelle mais vient d'être rappelée avec force par la Cour de cassation, au visa de l'article 1134 du Code civil*).

Dans son arrêt du 3 novembre dernier (*Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-14.702 P + B*), la Cour encadre un peu plus le pouvoir de direction de l'employeur. Elle précise, dans une analyse renouvelée et probablement plus moderne, comment un changement d'horaires peut caractériser une modification du contrat.

### **UNE NOUVELLE GRILLE D'ANALYSE**

### **Une cour d'appel insuffisamment précise**

Une salariée, engagée en qualité d'agent de service à temps plein, travaille sur un site du lundi au vendredi à des horaires de travail majoritairement du matin avec coupure à midi et horaire limité à deux heures en milieu d'après-midi. Son employeur l'informe qu'elle sera désormais affectée sur deux sites, selon des horaires bien différents car exclusivement fixés l'après-midi jusqu'à 21 heures, sans interruption et en augmentant ceux à effectuer le samedi jusqu'à 20 heures. La salariée refuse ces nouveaux horaires qui, selon elle, représentent un « *bouleversement de ses conditions de travail* ». Elle saisit le conseil de prud'hommes d'une demande de résiliation de son contrat aux torts de l'employeur. La cour d'appel fait droit à sa demande, retenant qu'un tel changement d'horaires constitue une modification de son contrat, le rythme de travail de la salariée étant « *totalelement bouleversé* ».

### **Deux critères signifiants**

L'argumentation n'est toutefois pas suffisante pour la Cour de cassation, qui casse l'arrêt d'appel pour défaut de base légale. Dans un arrêt fortement motivé, elle donne alors aux juges du fond la marche à suivre en cas de changement d'horaires. Ils doivent préciser « *si le changement d'horaires porte une atteinte excessive au droit de la salariée au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos* ».

Pour caractériser la modification, la Cour exige des juges du fond le constat d'un changement d'horaires qui « *percute* » une vie personnelle et familiale ou qui menace la santé du salarié. Rappelons que la prise en compte de la vie personnelle et familiale vaut déjà dans la mise en œuvre d'une clause de mobilité (Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 07-40.523). Avec cet arrêt essentiel, la Cour de cassation change de paradigme. Elle ne statue plus sur des cas particuliers de variation d'horaires (horaire de nuit, horaire variable, horaire discontinu, etc.) mais pose un principe général, qui s'applique en toutes circonstances.

Dans l'affaire ici commentée, le changement d'horaires consiste en une nouvelle répartition d'un horaire (déjà) discontinu au sein de la journée. Et l'on voit bien comment un tel changement peut contrarier la vie personnelle et familiale du salarié (problèmes inextricables de transport ou de garde d'enfants). Le juge peut aussi se placer sur un autre terrain, celui du droit au repos. L'idée est bien d'assurer une protection effective et efficace des salariés confrontés à **des horaires de travail usants et fatigants. Reste que la notion « d'atteinte excessive au droit au repos »- lequel est** constitutionnellement protégé ( Cons. const., 13 janv. 2003, n° 2002-405 DC ) – n'est pas aisée à cerner. En effet, dès lors qu'une atteinte est caractérisée (le salarié ne bénéficie plus de l'intégralité de son repos, de ses pauses, etc.), il importe peu, selon nous, qu'elle soit, ou non, excessive...

## Les droits fondamentaux à l'assaut des changements d'horaires

*L'arrêt du 3 novembre 2011 fait dépendre la qualification de modification du contrat de l'atteinte portée à la vie personnelle et familiale et au droit au repos. Devient contractuel ce qui est fondamental. Est-ce le rôle des droits fondamentaux ?*

On sentait le vent tourner depuis quelque temps. Plusieurs décisions récentes paraissaient témoigner de la volonté actuelle de la Cour de cassation de repenser les protections des salariés en matière de temps de travail : nécessaire consentement des intéressés à la mise en place d'une modulation, mobilisation active du droit au repos face au temps de travail effectif, renforcement de l'encadrement des forfaits-jours, etc. Cette évolution ne pouvait que toucher un jour les changements d'horaires, bastion pour l'instant imprenable du pouvoir de direction de l'employeur. Si l'arrêt rendu le 3 novembre 2011 marque de ce point de vue une étape importante, la solution adoptée ne correspond pas, pour autant, exactement à ce que l'on pouvait attendre.

L'affaire concernait une salariée, agent de service à temps plein, qui avait demandé la résiliation judiciaire de son contrat, après s'être vue imposer une nouvelle répartition de ses horaires. Alors qu'elle travaillait jusque-là sur un site en tout début de journée et en milieu d'après-midi (du lundi au vendredi de 5h30 à 10h 00 et de 15h 00 à 17 h 00, et le samedi de 7 h 30 à 10 h 00), elle était dorénavant affectée sur deux sites pour y travailler respectivement en début d'après-midi et en soirée (du lundi au jeudi de 15h00 à 17h 00 et de 18h 00 à 21h 00, le vendredi de 12h30 à 15h00 et de 16h 00 à 21h 00, et le samedi de 10h 00 à 12h30 et de 17h 00 à 20h 00). Le litige portant sur une demande de résiliation judiciaire, le problème était de savoir si l'employeur avait commis une faute en imposant cette nouvelle répartition des horaires à la salariée, ou si son pouvoir de direction l'autorisait à le faire unilatéralement. Cela revenait à déterminer en fin de compte s'il s'agissait d'une véritable modification du contrat de travail ou d'un simple changement des conditions de travail.

Pour accueillir la demande de la salariée, la cour d'appel avait vu en l'espèce une exception à la compétence de principe du pouvoir de l'employeur.

Elle considérait, en effet, qu'en imposant ces nouveaux horaires à la salariée, l'employeur avait totalement bouleversé son rythme de travail, et donc modifié son contrat. Désapprouvant ce raisonnement, la Cour de cassation censura l'arrêt au visa des articles 1121-1 du Code du travail et 1134 du Code civil au motif 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.* »

Cette solution suscite des sentiments contrastés. D'un côté, elle confirme l'ascension de deux droits fondamentaux particulièrement dans l'air du temps : le droit à une vie personnelle et familiale et le droit au repos. En cela, elle ne peut que réjouir ceux qui œuvrent depuis longtemps en faveur d'une meilleure prise en compte de ces droits dans le champ du temps de travail. D'un autre côté, l'analyse de la règle posée provoque un certain trouble. En parlant d'atteinte « *excessive* », la Cour de cassation ne réduit-elle pas la protection que sont censés offrir les droits dits « *fondamentaux* » ? Et en laissant entendre que l'employeur devrait demander l'accord du salarié en cas d'une telle atteinte, n'ébranle-t-elle pas également le droit de la modification du contrat de travail que l'on croyait établi sur d'autres bases ? Au-delà de quelques confirmations apparentes, l'arrêt du 3 novembre 2011 semble donc, aussi, source de perturbations.

## CONFIRMATIONS

Si la Cour de cassation rappelle que le changement d'horaires sur la journée relève, en principe, du pouvoir de direction de l'employeur, elle confirme surtout que le respect des droits fondamentaux du salarié en constitue l'ultime limite.

### **Le pouvoir de l'employeur de changer les horaires sur la journée**

Lorsque la Cour de cassation a décidé d'opposer le pouvoir de direction de l'employeur (changement des conditions de travail) à l'accord de volontés entre les parties (modification du contrat), elle a rapidement rattaché la fixation des horaires de travail au premier 1. Annoncée par certains Hauts Magistrats 2, cette jurisprudence s'est dessinée dans plusieurs décisions d'espèce 3 avant d'être finalement consacrée par un arrêt du 22 février 2000 : « *le changement d'horaires consistant dans une nouvelle répartition au sein de la journée, alors que la durée du travail et la rémunération restent identiques, constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction du chef d'entreprise.* » 4 Depuis cette date, ce principe est régulièrement rappelé 5, comme il l'est ici dans une formulation plus épurée.

Sitôt le principe posé, on rappellera que la Cour de cassation s'est immédiatement efforcée d'en relativiser la portée en prévoyant plusieurs exceptions. Assez logiquement, elle a d'abord décidé que l'employeur ne peut pas modifier unilatéralement les horaires du salarié lorsque ceux-ci ont été expressément contractualisés ; exception qu'elle a introduite, dès l'origine, par la mention « *à défaut de clause contractuelle expresse* » 6. À côté de cette exception d'ordre général, la Cour de cassation a admis un grand nombre d'exceptions particulières. Elle a ainsi considéré qu'il y avait modification du contrat de travail lors du passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit 7 (et *vice-versa*) 8, d'un horaire continu à un horaire discontinu 9, d'un horaire fixe à un horaire variable<sup>10</sup> (y compris en cas de cycle<sup>11</sup> ou de modulation <sup>12</sup>), ou en cas de suppression d'un repos hebdomadaire de deux jours consécutifs <sup>13</sup>, etc.

Dans ces différentes hypo thèses, c'est moins, semble-t-il, l'élément modifié (les horaires) que l'importance du changement (le bouleversement du rythme de travail), qui explique la qualification de modification du contrat. Ces solutions ont semblé faire renaître l'ancienne « *modification substantielle* » du contrat de travail qui reposait sur l'ampleur du changement subi par le salarié.

On peut penser toutefois que ces petites exceptions à l'appréciation objective qui dominait désormais le droit de la modification du contrat de travail étaient le prix à payer pour que la fixation des horaires du salarié continue de relever en principe du pouvoir de direction de l'employeur.

C'est manifestement ce souci d'équilibre qui animait la décision de la Cour d'appel. Suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, les juges du fond s'étaient crus autorisés en l'espèce à soustraire le changement d'horaires litigieux au pouvoir de l'employeur. Si l'hypothèse discutée ne renvoyait pas, il est vrai, à l'une des situations consacrées par la Cour de cassation (passage horaire de jour/nuit, horaire fixe/ variable, etc.), ils ont probablement pensé que le raisonnement fondé sur la démonstration d'un bouleversement du rythme de travail pouvait être généralisé et transposé au cas présent. La Cour de cassation ne fut pas de cet avis, par peur sans doute qu'un tel raisonnement ne signe le retour d'une appréciation subjective de la modification du contrat de travail. Censurant les juges du fond sur ce point, elle a néanmoins posé une certaine limite au pouvoir de direction de l'employeur en cas d'atteinte excessive au droit à la vie personnelle et familiale du salarié et à son droit au repos.

## Les droits fondamentaux du salarié contre le pouvoir de l'employeur

Ce n'est pas la première fois que la Cour de cassation dresse les droits fondamentaux du salarié contre le pouvoir de l'employeur. La liste est longue, depuis l'arrêt Peintures Corona du Conseil d'État et les lois du 4 août 1982 et du 31 décembre 1992, des décisions qui bornent le pouvoir de l'employeur par les droits de la personne et les libertés individuelles ou collectives. De ce point de vue, le présent arrêt est donc à relativiser; il constitue une étape de plus, sûrement pas la dernière, dans l'irrésistible montée en puissance des droits fondamentaux.

S'il confirme cette tendance générale, il n'en demeure pas moins original pour deux raisons. D'abord, on notera que l'attendu n'évoque que deux droits fondamentaux : le droit à une vie personnelle et familiale et le droit au repos.

L'évocation de ces deux droits seulement tient sûrement aux circonstances de l'espèce. Si la Cour de cassation les vise directement, c'est parce qu'ils sont les principaux intéressés par un changement d'horaires. Il est probable aussi qu'il s'agisse d'un choix de politique jurisprudentielle.

Le droit à une vie personnelle et familiale et le droit au repos sont des droits relativement jeunes.

Ils sont proclamés dans plusieurs grands textes <sup>14</sup>, mais leur mobilisation par les juges est encore timide. On rappellera que c'est seulement dans un arrêt du 14 octobre 2008 <sup>15</sup> que le droit à une vie personnelle et familiale a été opposé pour la première fois à une décision de l'employeur, en l'occurrence la mise en œuvre d'une clause de mobilité géographique <sup>16</sup>. Quant au droit au repos, c'est essentiellement au cours de l'été dernier, dans deux arrêts du 29 juin 2011 <sup>17</sup>, qu'il a trouvé une place centrale dans la jurisprudence de la chambre sociale. On peut donc penser qu'à travers cette nouvelle décision, la Cour de cassation a voulu réaffirmer toute l'importance qu'elle attache aujourd'hui au respect de ces droits.

L'arrêt du 3 novembre 2011 mérite surtout attention parce qu'il ouvre la porte à un encadrement renforcé des changements d'horaires.

Jusque-là, le salarié souhaitant s'opposer à de tels changements n'avait que deux moyens à l'efficacité très relative. Il pouvait contester la décision de l'employeur en démontrant que celui-ci avait agi de façon contraire à l'exigence de bonne foi, par exemple en ne respectant pas un délai de prévenance ou en ne tenant pas compte de sa situation personnelle et familiale <sup>18</sup>. Il était également possible au salarié d'invoquer un détournement de pouvoir de l'employeur en prouvant que celui-ci avait agi en dehors de l'intérêt de l'entreprise. Ces deux moyens n'offraient toutefois – et n'offrent toujours – qu'une faible protection au salarié puisqu'il lui faut prouver le comportement déloyal de l'employeur ou le détournement de pouvoir dont il l'accuse <sup>19</sup>.

Le salarié trouve en comparaison une bien meilleure protection dans l'application de l'article L. 1121-1 du Code du travail. Dès lors qu'il parvient à démontrer que le changement d'horaires a porté atteinte à l'un de ses droits, l'employeur ne peut plus se draper dans son pouvoir de direction et doit alors montrer que la décision prise était justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. En visant l'article L. 1121-1 du Code du travail, tout en faisant expressément référence au droit à la vie personnelle et familiale du salarié et à son droit au repos, la Cour de cassation soumettrait-elle (enfin) les changements d'horaires à ce contrôle renforcé du pouvoir ? Après la clause de mobilité géographique il y a peu, ce serait donc maintenant au tour du pouvoir de l'employeur de subir en plein cœur l'assaut des droits

fondamentaux ! À bien y regarder, l'arrêt du 3 novembre 2011 n'amorce pas vraiment cette évolution.

## **PERTURBATIONS**

Plus que de confirmations, la décision rendue est source de perturbations. Le trouble suscité par la lecture de l'attendu est en fait double. Il vient d'abord de la formule « *atteinte excessive* » qui semble sérieusement restreindre la portée des droits fondamentaux. Le trouble se renforce ensuite à la vue de la conséquence que tire la Cour de cassation d'une telle atteinte : alors que cette dernière devrait servir à renforcer le contrôle du pouvoir de l'employeur, elle est étonnamment comprise comme une modification du contrat.

### **Une conception restrictive des droits fondamentaux**

Il n'est pas rare qu'en droit du travail le législateur et le juge précisent le degré d'exigence d'une règle en utilisant un adjectif qualificatif :

cause réelle et sérieuse de licenciement, faute grave du salarié, trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise, réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité, clause de non-concurrence indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, etc. C'est la première fois, en revanche, qu'il est question d'« *atteinte excessive* » aux droits fondamentaux du salarié.

Il y a deux façons d'interpréter cette nouveauté. On pourrait considérer que le caractère excessif fait écho (de manière fort maladroite au demeurant) à l'exigence de proportionnalité prévue à l'article L. 1121-1 du Code du travail. En parlant d'atteinte excessive, la Cour de cassation viendrait ainsi signaler que la règle énoncée dans l'attendu n'a vocation à jouer que dans l'hypothèse d'une restriction dis proportionnée à l'un des droits fondamentaux visés. Mais cette interprétation ne convainc pas complètement. On voit mal en effet ce que cette nouvelle règle pourrait apporter à celle de l'article L. 1121-1 du Code du travail.

En quoi requalifier le changement d'horaires en modification du contrat serait plus protecteur que sa soumission à une exigence de justification et de proportionnalité (*v. plus loin*) ?

Il semble plus probable que la Cour de cassation ait voulu protéger les salariés uniquement contre les atteintes d'une certaine importance. Cette ambition restrictive peut se comprendre. Si la Haute Juridiction a décidé de casser l'arrêt d'appel en l'espèce, c'est sans doute parce qu'elle a craint que la notion de bouleversement du rythme de travail ne fragilise sa jurisprudence sur la modification du contrat. Pour éviter que les contestations des changements d'horaires ne soient trop nombreuses, elle a donc préféré les réserver aux cas les plus attentatoires aux droits des salariés.

La tentation était d'autant plus forte qu'un tel raisonnement trouve plusieurs illustrations dans le Code du travail, celui-ci n'octroyant, par exemple, un droit au refus aux salariés à temps partiel et un droit au retour aux travailleurs de nuit qu'en cas d'incompatibilités avec les « *obligations familiales impérieuses* » **20**. Le lien entre ces deux notions est d'ailleurs directement fait dans un arrêt postérieur du 8 novembre 2011, la Cour de cassation déduisant l'existence d'une atteinte excessive au droit à la vie personnelle et familiale d'une salariée du fait que l'employeur avait procédé à un changement d'horaires incompatibles avec ses obligations familiales impérieuses **21**.



Si l'on perçoit bien le sens de la restriction posée, il n'est pas sûr toute fois qu'elle ait sa place dans le champ des droits fondamentaux. Comme leur appellation l'indique, ces droits ne sont pas des droits comme les autres. Compte tenu du rôle central qu'ils occupent dans l'organisation et le fonctionnement d'une société démocratique, ils se voient attribuer une autorité supérieure et doter d'une protection spéciale. La notion de droit fondamental exclut, pour cette raison, toute prise en compte de l'ampleur de l'atteinte portée. Pour déterminer si le régime de protection prévu à l'article L. 1121-1 du Code du travail s'applique, la question n'est pas de savoir si l'atteinte est ou non excessive, mais de savoir s'il y a ou non atteinte. C'est seulement après qu'il revient au juge d'apprécier le caractère justifié et proportionné de la mesure attentatoire. La solution de la Cour de cassation va manifestement à rebours de cette analyse en laissant penser qu'il faudrait désormais distinguer, comme ce fut jadis le cas avec le contrat, entre les « *coups de canif et les coups de hache* ». S'il y a bien pourtant un domaine dans lequel un tel raisonnement ne saurait prospérer, c'est bien celui des droits fondamentaux. La démonstration est frappante s'agissant du droit au repos. Cela reviendrait, par exemple, à ne condamner que les infractions les plus importantes au droit au repos quotidien (vingt-quatre heures de travail consécutif), et pas les infractions mineures (tous les jours dix heures quarante-cinq de repos au lieu de onze heures). Est-ce bien cela qu'avait en tête la Cour de cassation?

### **Une remise en cause insidieuse du droit de la modification du contrat**

Pour comprendre la référence au caractère excessif de l'atteinte, il faut lire l'attendu de cassation dans son ensemble. Ce dernier débute par une apposition (« *Sauf...*») avant que ne vienne la phrase principale (« *La nouvelle répartition...*»). Une telle construction ne laisse planer aucun doute sur le rôle ainsi dévolu à l'élément mis en apposition : il fait exception au principe de compétence du pouvoir de direction de l'employeur. Il faut donc comprendre qu'en cas d'atteinte excessive à l'un des droits visés, il ne s'agit plus alors d'un changement des conditions de travail, mais d'une modification du contrat de travail. Ainsi compris, l'attendu de cassation heurte moins directement la conception traditionnelle des droits fondamentaux et leur régime de protection. Lorsque la chambre sociale parle d'atteinte ici, c'est donc moins pour faire une application classique de l'article L. 1121-1 du Code du travail que pour en tirer une conséquence sur le plan de la modification du contrat de travail. Cette observation ne fait pas disparaître pour autant le sentiment de trouble, elle le déplace seulement d'un cran.

Depuis que la Cour de cassation a décidé de définir le « *socle contractuel* »<sup>22</sup>, sorte de figure légale du contrat de travail, les choses sont claires : à défaut de clauses contractualisant expressément un élément, il faut distinguer entre les éléments objectivement contractuels (rémunération, durée, qualification, et lieu) et ceux objectivement non contractuels (horaires). On sait que les premiers, en dehors de la rémunération, ménagent une certaine part de flexibilité à l'employeur, celui-ci pouvant, par exemple, modifier les tâches du salarié dans le cadre de sa qualification contractuelle ou déplacer son lieu de travail dans le périmètre d'un même secteur géographique. Quant aux éléments objectivement non contractuels, ils n'excluent pas totalement l'hypothèse d'une modification du contrat lorsqu'ils font l'objet d'une transformation importante (passage horaires jour/nuit, passage horaires continu/variables, etc.). Cette partition objective est indifférente normale ment à la situation du salarié.

Celle-ci n'est prise en compte que marginalement, soit en cas de refus d'un changement des conditions de travail pour déterminer la gravité de la faute retenue (faute grave ou faute réelle et sérieuse?)<sup>23</sup>, soit en cas d'atteinte à un droit fondamental pour soumettre le pouvoir de l'employeur à un contrôle renforcé (la décision est-elle justifiée et proportionnée ?) <sup>24</sup>. Ce n'est que dans de très rares hypothèses que le législateur octroie au salarié un véritable droit au refus en considération de ses « *obligations familiales impérieuses* ».

L'arrêt du 3 novembre 2011 tranche radicalement avec cette construction puisqu'il fait dépendre la qualification de modification du contrat de travail de l'atteinte excessive portée à l'un des deux droits visés. En somme, devient contractuel ce qui est fondamental. Le raisonnement peut surprendre : est-ce le rôle des droits fondamentaux de participer à la détermination du champ contractuel ? N'est-ce pas plutôt une question qui regarde les parties, et leurs prévisions légitimes ? Passée la surprise que provoque ce raisonnement, il reste une inquiétude.

Les droits fondamentaux sont en principe les instruments d'un contrôle renforcé du pouvoir de l'employeur en soumettant ce dernier à une double exigence de justification et de proportionnalité.

Voir une modification du contrat de travail dans l'atteinte (qui plus est excessive) portée à l'un de ces droits revient finalement à faire de la volonté du salarié la seule limite au pouvoir de l'employeur. Il n'est pas sûr qu'en droit du travail ce raisonnement offre toutes les garanties ! À la place, ne faudrait-il pas mieux revenir à l'analyse classique qui fait de l'atteinte avérée à un droit fondamental du salarié la source d'un contrôle de rationalité de l'exercice du pouvoir de l'employeur ? Car, au fond, si le salarié est en droit de refuser, c'est bien avant tout parce que la mesure prise par l'employeur est injustifiée. Pourquoi la Cour de cassation n'a-t-elle pas tout simplement emprunté cette voie ? En premier lieu, il faut convenir que les circonstances de l'espèce l'obligeaient à se prononcer sur le terrain de la modification du contrat. Le litige étant né d'une demande de résiliation judiciaire aux torts de l'employeur, il revenait forcément aux juges du fond comme à la Cour de cassation de dire si ce dernier avait commis une faute en imposant à la salariée une nouvelle répartition des horaires.

L'invocation des droits fondamentaux ne pouvait donc, pour cette raison, qu'être aspirée par le droit de la modification du contrat. En second lieu, on peut penser aussi que c'est le législateur qui l'a poussée dans ses retranchements en voulant briser sa jurisprudence du 28 septembre 2010 rendant obligatoire l'accord du salarié en cas d'annualisation du temps de travail <sup>25</sup>. Voyant sa jurisprudence actuellement remise en cause devant le Parlement **26**, peut-être a-t-elle souhaité réagir en fondant le droit au refus du salarié sur des bases plus solides ? Quelles que soient les raisons qui ont pu motiver cette décision, il faut avouer qu'elle n'emporte pas pleinement l'adhésion.

C'est une bonne chose que l'employeur soit tenu de respecter les droits fondamentaux du salarié lorsqu'il change les horaires de ce dernier.

Mais fallait-il pour cela brouiller à ce point le régime de la modification du contrat de travail et celui des droits fondamentaux ? Le raisonnement suivi par la cour d'appel, qui se fondait sur le bouleversement du rythme de travail de la salariée pour qualifier le changement d'horaires de modification du contrat, méritait sans doute mieux.

## Notes

1. Sur les raisons historiques d'un tel choix, v. . Miné, « L'horaire de travail », Dr. ouv. 2000, p. 412.
2. V. not. sur ce point, Ph. Waquet, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS 12/96, p. 791.
3. Cass. soc., 8 juill. 1998, Bull. civ. V, n° 374; Cass. soc., 2 févr. 1999, Bull. civ. V, n° 47.
4. Bull. civ. V, n° 67.
5. Cass. soc., 9 avr. 2002, Bull. civ. V, n° 123; Dr. soc. 2002, p. 665, obs. J. Savatier. Pour des solutions identiques s'agissant de la répartition des horaires sur la semaine : Cass. soc., 17 oct. 2000, Bull. civ. V, n° 328; Cass. soc., 27 juin 2001, Bull. civ. V, n° 234.
6. V. par ex. : Cass. soc., 17 oct. 2000, Bull. civ. V, n° 327.
7. Cass. soc., 27 févr. 2001, Bull. civ. V, n° 61; Dr. soc. 2001, p. 553, obs. J. Savatier ; Cass. soc., 22 mai 2001, Bull. civ. V, n° 178; Cass. soc., 5 juin 2001, Bull. civ. V, n° 206; Dr. soc. 2001, p. 887, obs. Ch. Radé.
8. Cass. soc., 5 juin 2001, précit. ; Cass. soc., 18 déc. 2001, Bull. civ. V, n° 388; Cass. soc., 2 avr. 2008, n° 06-45.736.
9. Cass. soc., 18 déc. 2000, Bull. civ. V, n° 423; Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-30.033.
10. Cass. soc., 24 janv. 2007, n° 05-42.688.
11. Cass. soc., 14 nov. 2000, Bull. civ. V, n° 365.
12. Cass. soc., 28 sept. 2010; Semaine sociale Lamy n° 1464, note F. Favennec-Héry ; n° 1472, rapp. Ph. Florès.
13. Cass. soc., 22 oct. 2003, n° 01-42.651.
14. Art. 8 de la CESDHLF pour le premier ; al. 11 du Préambule de la Constitution de 1946 pour le second.
15. Bull. civ. V, n° 192; D. 2009, Pan. p. 591, obs. A. Fabre ; p. 1427, note P. Lokiec.
16. Dans le même sens : Cass. soc., 13 janv. 2009, Bull. civ. V, n° 4; Cass. soc., 12 juill. 2010, n° 08-44.363; Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-69127.
17. n° 09-71.107 (sur les forfaits-ours) ; n° 10-14.743 (sur les régimes d'équivalences).
18. À propos de changements d'horaires pratiqués à l'occasion de la mise en œuvre d'une clause de mobilité : Cass. soc., 6 févr. 2001, Bull. civ. V, n° 41 (légèreté blâmable) ; Cass. soc., 10 janv. 2001, Bull. civ. V, n° 3 (abus de droit).
19. Cass. soc., 23 févr. 2005 (2 arrêts), Bull. civ. V, n° 64.
20. Temps partiel : C. trav., art. L.3123-24, al. 2. V. not. à ce propos : Cass. soc., 13 janv. 2009, Bull. civ. V, n° 4. Travail de nuit : C. trav., art. L. 3122-44.
21. Cass. soc., 8 nov. 2011, n° 10-19339.
22. Selon l'expression du Doyen Ph. Waquet, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », précit.
23. V. par ex., Cass. soc., 17 oct. 2000, Bull. civ. V, n° 328.
24. V. par ex., Cass. soc., 14 oct. 2008, précit.
25. Cass. soc., 28 sept. 2010, précit.
26. Proposition de loi relative à la simplification du droit adoptée par l'Ass. nat. Le 18 oct. 2011, et actuellement en discussion devant le Sénat (art. 40