



# **La liberté d'expression des cadres**

**Étude réalisée pour la CFDT Cadres**

**par Arnaud Nédellec**

Dess de droit des relations du travail en entreprises

**Décembre 2004**

## **Avertissement**

Ce document de nature juridique a été réalisé pour la CFDT Cadres afin d'éclairer, pour partie, ses travaux sur la responsabilité et la liberté d'expression des cadres.

Les analyses et propositions développées dans ce document n'engagent que son auteur.

## Sommaire

<b>1. Introduction.....</b>	<b>4</b>
<b>2. Le principe de la liberté d’expression dans la législation sociale .....</b>	<b>5</b>
<b>2.1. Droit d’expression ou liberté d’expression.....</b>	<b>5</b>
<b>2.2. Les bases textuelles de la liberté d’expression .....</b>	<b>7</b>
2.2.1. Les principes fondamentaux.....	7
2.2.1.1. Sur le plan national.....	7
2.2.1.2. Au niveau européen.....	8
2.2.1.3. Au niveau international .....	9
2.2.2. Les garants de la liberté d’expression en droit social .....	9
2.2.2.1. L’article L 120-2 du Code du travail, une limite juridique à l’arbitraire patronal .....	10
2.2.2.2. Le régime des restrictions au domaine d’une liberté dans le cadre de l’exécution du contrat de travail .....	11
2.2.2.3. La saisine du juge des référés .....	14
<b>3. Le concept jurisprudentiel de la liberté d’expression des cadres .....</b>	<b>16</b>
<b>3.1. L’exercice de la liberté d’expression .....</b>	<b>16</b>
<b>3.2. Les limites à la liberté d’expression .....</b>	<b>17</b>
3.2.1. La loyauté, une limite contractuelle.....	17
3.2.2. L’abus, une limite fonctionnelle.....	19
3.2.2.1. Les propos outrageants .....	20
3.2.2.2. Les dénigrements .....	21
3.2.2.3. L’intention de nuire .....	21
3.2.2.4. La remise en cause du pouvoir patronal et de la politique générale de l’entreprise .....	22
<b>3.3. De la critique à l’alerte.....</b>	<b>22</b>
3.3.1. Le droit de critique .....	23
3.3.2. Le droit d’alerte.....	25
<b>4. Des moyens préventifs possibles.....</b>	<b>29</b>
<b>4.1. Initiative et critique .....</b>	<b>29</b>
<b>4.2. Opposition et alerte .....</b>	<b>31</b>
<b>5. Conclusion .....</b>	<b>35</b>

## 1. Introduction

Remarque constructive ou critique excessive ? La frontière semble se tracer dans le temps. Jadis salarié prodige et obéissant, le cadre s'est émancipé de l'autorité quasi patriarcale de l'employeur. Il s'est épanoui et subitement se met à parler.

S'agit-il d'une forme d'insubordination méritant d'être sanctionnée, ou d'un droit légitime ? Il y a encore quelques décennies, une telle question aurait semblé incongrue. Elle reste aujourd'hui délicate. Elle interroge en effet les limites apportées au pouvoir de direction de l'employeur pour assurer le respect des droits et libertés des salariés.

Ces limites n'ont pas toujours existé et ces préoccupations nouvelles sont le résultat d'une longue histoire qui a marqué le XXe siècle. D'une subordination s'exerçant sur tous les actes de la vie du salarié, on est progressivement passé à une « citoyenneté » du salarié dans l'entreprise, citoyenneté reconnue dans son principe par le législateur. Sur le terrain, toutefois, la liberté d'expression n'est pas toujours pleinement garantie, loin s'en faut.

Cette étude vise précisément à faire le point sur la façon dont le droit et les pratiques se rencontrent.

Une première partie, « Le principe de la liberté d'expression dans la législation sociale », examine le contexte législatif de la liberté d'expression. Il s'agira ici de déterminer la signification du terme « liberté d'expression » et d'étudier les bases textuelles historiques qui fondent le principe de la « liberté d'expression » au plan national, communautaire et international. Cette première partie s'attachera à étudier les dispositions garantes du respect du principe de la liberté d'expression en droit social, et plus précisément l'article L 120-2 du Code du travail, véritable limite juridique à l'arbitraire patronal.

Une deuxième partie, « Le concept jurisprudentiel de la liberté d'expression des cadres », analyse au travers de la jurisprudence le périmètre dans lequel peut s'exercer la liberté d'expression. Le salarié cadre jouit théoriquement de cette liberté aussi bien dans l'entreprise qu'en dehors. Elle a néanmoins des limites : la loyauté et l'abus. Mais on peut aussi la concevoir comme une façon d'exercer consciencieusement son travail, avec notamment le droit de critique et le droit d'alerte.

Une troisième partie, « Les moyens préventifs possibles », dresse un rapide état des pratiques en l'entreprise. Un constat s'impose : l'usage de la parole reste un exercice difficile pour le cadre. Que faire ? La réponse à cette question n'est pas simple. La voie juridique semble être intéressante et peut se décliner sous diverses formes (Code de déontologie, charte éthique, accords collectifs, loi...). Aussi, le chemin déjà emprunté par certains pays en la matière pourrait trouver un écho en France.

## 2. Le principe de la liberté d'expression dans la législation sociale

Avec l'arrêt Clavaud<sup>1</sup>, l'année 1988 marque un tournant dans le domaine des libertés fondamentales en droit social. Relatif à la liberté d'expression des salariés, cet arrêt a d'emblée un retentissement considérable. Le litige résultait d'un licenciement prononcé suite à publication dans *L'Humanité* de l'interview d'un ouvrier qui racontait l'une de ses nuits de travail. Cette affaire, prémice de la délimitation du domaine de la liberté d'expression salariale, est l'occasion de s'interroger sur différents points et de lever certaines incertitudes.

L'expression d'un salarié dans la presse pouvait-elle être considérée comme une cause réelle et sérieuse de licenciement ? Un licenciement attentatoire à la liberté d'expression devait-il être frappé de nullité ?

L'enjeu, ici, était de façonner le cadre du concept de la liberté d'expression. Cette affaire devait aboutir à la prononciation d'un discours sans équivoque, une position de principe, susceptible d'éclairer pour l'avenir le domaine des nullités du licenciement. Elle devait proclamer de façon solennelle que tout licenciement intervenu en violation d'une liberté ou d'un droit fondamental encourrait l'annulation.

« On jouit moins de ce qu'on obtient que de ce qu'on espère », mais l'entier déroulement de cette affaire était déjà en lui-même une source de satisfaction. La Chambre sociale de la Cour de cassation précisait dans son arrêt que la nullité du licenciement ne devait pas se déduire des dispositions de l'article L 461-1 du Code du travail : il n'était pas nécessaire d'appliquer ce texte à une situation qu'il ne prévoit pas. La Cour énonçait 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 où il s'exerce, sauf abus dans toute sa plénitude* ». Curieusement, la décision de la Cour ne se fondait sur aucun texte particulier. Il y avait ici nullité du licenciement sans texte. En prenant le soin d'écarter l'article L 461-1 du Code du travail, la Cour n'avait pas pour autant visé une autre base textuelle. Elle ne s'était pas fondée non plus sur l'article L 122-45 du Code du travail, celui-ci ne prévoyant pas de manière explicite la mention de liberté d'expression<sup>2</sup>. La nullité du licenciement n'avait pas à être nécessairement prononcée par application d'un texte exprès la prévoyant. Il fallait à ce stade embryonnaire de la jurisprudence sur la liberté d'expression du salarié entendre que le licenciement qui porte atteinte à la liberté d'expression du salarié est nul.

### 2.1. Droit d'expression ou liberté d'expression

Nombre de décisions étendent la protection du droit d'expression à tous les événements où un salarié s'exprime sur la politique de son entreprise, ses supérieurs, l'organisation et les moyens du travail.

Toutefois, l'application de la notion de droit d'expression à ces situations est absolument erronée. En effet l'article L 461-1 du Code du travail ne vise que le « *droit d'expression direct et collectif* » des salariés, exercé seulement dans le cadre de réunions collectives organisées sur les lieux et pendant le temps de travail. En aucun cas, il ne se rapporte à la liberté d'expression individuelle du salarié et encore moins quand cette liberté s'exerce au sein de l'entreprise hors réunion de groupe d'expression ou lorsque cette liberté s'exerce en dehors de l'entreprise.

Dans un arrêt du 16 novembre 1993<sup>3</sup>, la Cour prend soin, pour la première fois, de revoir sa terminologie. Afin d'éviter toute confusion, elle opère une distinction entre le droit d'expression dans l'entreprise et la

<sup>1</sup> Soc., 28 avril 1988, Affaire Clavaud, D. Soc. 1988, p.428, conclusions Ecoutin, note Couturier.

<sup>2</sup> L'article L 122-45, issu de la loi du 4 août 1982, consacre le principe qu'une sanction fondée sur une discrimination illicite est nulle. Il contient une énumération dont la finalité est de protéger l'origine, le sexe, la situation de famille, l'appartenance à une ethnique, une nation ou une race, l'expression des opinions politiques, des activités syndicales ou mutualistes, l'exercice normal du droit de grève ou les convictions religieuses. Paradoxalement, comme le faisait déjà remarquer Michel Henry (D.O. janvier 1987, p. 1) « *La liberté d'expression au sens large du terme n'est pas visée par le texte, sauf lorsqu'il s'agit de la liberté d'opinion politique, sa forme la plus engagée* ».

<sup>3</sup> Soc., 16 novembre 1993, Brenner c/ SA Hutin, RJS janvier 1994 n°63 ; voir également Cass. Soc. 28 avril 1994, Herbert c/ Schwank, RJS juin 1994 n°738. On peut affirmer que cet arrêt marque la scission entre deux périodes. La première, antérieure à l'énoncé de cet arrêt, est marquée par une certaine opacité dans la définition de la liberté d'expression du salarié. Le terme de « droit d'expression » est utilisé de manière systématique et abusive. Ainsi, les conseillers de la Cour de cassation se réservaient l'hypothèse de « l'abus du droit d'expression », sans plus de précision. En témoigne par exemple un arrêt du 20 janvier 1993 (M. Pasquier c/ Sté Poteries du Marais et autre, RJS mars 1993, n°296), la Cour retient que le comportement d'un salarié, qui avait émis des critiques excessives et malveillantes, secrètement puis publiquement, contre le chef d'entreprise, « *excédait le droit d'expression reconnu aux salariés* ». Or, si le licenciement se justifiait, il ne s'agissait pas d'un abus du droit d'expression, mais plus exactement d'un abus de la liberté d'expression. Les faits reprochés s'étant déroulés hors réunion collective prévu par l'article L 461-1, se trouvait ici caractérisé un abus de la liberté d'expression.

liberté d'expression. La Cour note que « *l'acte reproché au salarié ne pouvait se rattacher au droit d'expression des salariés sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail prévu à l'article L 461-1 du Code du travail, qui s'exerce seulement dans le cadre de réunion collective organisées sur les lieux et pendant le temps de travail* ». Le droit d'expression apparaît ainsi comme un droit circonscrit et organisé.

Pour définir avec exactitude sa portée, il faut se référer aux articles L 461-1 et suivants. L'article L 461-2 prévoit ainsi que le temps consacré à l'expression est payé comme temps de travail. Il résulte de l'article L 461-3 que les modalités d'exercice du droit d'expression sont définies par un accord au sens de l'article L 132-2 du Code du travail, conclu entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives, et que cet accord doit préciser le niveau, le mode d'organisation, la fréquence et la durée des réunions permettant l'expression des salariés. Le droit d'expression est donc confiné dans le cadre unique de réunions collectives organisées sur le lieu et pendant le temps de travail. L'exercice de ce droit emporte une conséquence. En effet, du droit de s'exprimer découle une protection contre toute sanction. Ainsi, l'article L 461-1 alinéa 2 dispose que « *les opinions que les salariés, quelle que soit leur place dans la hiérarchie professionnelle, émettent dans l'exercice du droit d'expression ne peuvent motiver une sanction ou un licenciement* ». Il s'agit là de la différence majeure avec la liberté d'expression. Plus qu'une simple protection, le salarié jouit dans ce cadre d'une véritable immunité. Ainsi, le licenciement d'un salarié est dépourvu de cause réelle et sérieuse dès lors que « *l'employeur, après avoir invité ses salariés au cours d'une réunion à s'exprimer librement, ne pouvait ensuite prendre à l'égard de l'un d'entre eux une sanction pour avoir exprimé ses doléances dès lors que cette expression se faisait dans des termes parfaitement corrects, et en outre, qu'elle était justifiée quant au fond* »<sup>4</sup>.

Cela s'applique aux salariés en général. En ce qui concerne les cadres, il va de soi que les dispositions relatives au droit d'expression leur sont également applicables. Toutefois, il convient ici de faire quelques remarques. Le cadre n'est pas un salarié ordinaire, il jouit d'une position très spéciale. Aux yeux des autres salariés, il est souvent perçu comme l'émanation de l'autorité patronale, et il est également, du fait de son rang dans la hiérarchie, le dépositaire d'informations capitales sur la vie de l'entreprise, qui n'ont pas nécessairement lieu d'être partagées avec l'ensemble des salariés, encore moins à être divulguées à l'extérieur. Aussi, l'article L 461-5-4° du Code du travail a su prendre en considération cette spécificité des cadres et dispose que l'accord sur le droit d'expression devra comporter des stipulations concernant « *les conditions spécifiques d'exercice du droit à l'expression dont bénéficie le personnel d'encadrement ayant des responsabilités hiérarchiques, outre leur participation dans les groupes auxquels ils sont rattachés du fait de ces responsabilités* ».

Dès 1982, les débats parlementaires ont noté la position délicate des cadres. Bénéficiaires de ce droit en tant que salariés, ils ont aussi vocation à se faire les animateurs de ce droit pour les salariés<sup>5</sup>. La circulaire DRT n°3 du 14 mars 1986 a d'ailleurs insisté sur la nécessité de définir une formule spécifique. Ce personnel étant souvent isolé dans sa catégorie, il ne peut s'exprimer collectivement sur ses propres problèmes de conditions de travail. Ainsi, au sein de l'entreprise, des modalités particulières relatives aux cadres doivent être définies, leur permettant d'exprimer collectivement les problèmes attachés à leur fonction, en bénéficiant de la même protection. A l'époque où cette loi a été adoptée, il s'agit, en affirmant cette protection, de limiter le recours à la perte de confiance comme motif de licenciement<sup>6</sup>. La prise de position des cadres peut en effet laisser supposer que la confiance mutuelle entre l'employeur et le salarié a été rompue.

Aussi, dans la perspective de contrer toute possibilité pour l'employeur de prendre acte de cette divergence de point de vue par une appréciation négative de l'activité d'un cadre, une réponse ministérielle<sup>7</sup> de 1984 est venue préciser l'étendue de la protection des cadres.

Ainsi, « *une diminution de la note d'un salarié, voire son simple maintien, est prohibé lorsqu'une telle décision est motivée par la seule prise en considération des opinions émises dans le cadre du droit*

<sup>4</sup> C.A. Toulouse, 5 juin 1992, Maitre Jean Claude c/ Sté Asturienne ; C.A. Douai, 20 oct. 1989, Bellache c/ GIE GEFAX.

<sup>5</sup> JO AN 14 mai 1982, p.20935.

<sup>6</sup> Ce motif de licenciement est toutefois abandonné aujourd'hui. Depuis un arrêt important en date du 29 novembre 1990 (*Soc.*, 29 novembre 1990, n°87-40.184P, *Bull. civ. V n°597*), la Cour de cassation a jugé que la perte de confiance ne constituait pas en soi un motif de licenciement. La perte de confiance ne peut désormais jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement, même quand elle repose sur des éléments objectifs. Seuls ces éléments objectifs peuvent, le cas échéant, constituer une cause de licenciement, mais non la perte de confiance qui a pu en résulter pour l'employeur. En d'autres termes, il y a lieu de bannir d'une lettre de licenciement un élément aussi subjectif que la perte de confiance même illustrée par des éléments objectifs. Seuls ces derniers, à condition de présenter un caractère tant réel que sérieux, peuvent légitimer une rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur (*Soc.*, 29 mai 2001, n°98-46.341 P, *Bull. civ. V n°183*). Poursuivant son mouvement d'objectivation de la cause réelle et sérieuse de licenciement, la Cour de cassation bannit donc la perte de confiance, nécessairement subjective, comme cause de licenciement.

<sup>7</sup> Rép. Min. n°50354 : JOAN Q 5 nov. 1984, p.4887.

*d'expression, il y a bien effectivement une sanction puisque la note est de nature à affecter la carrière de l'intéressé ».*

Comme on le perçoit aisément, ce qui caractérise le droit d'expression au sens de la loi du 4 août 1982 est l'immunité accordée au salarié pour des propos tenus au cours des réunions prévues à cet effet<sup>8</sup>. A ce stade de l'étude sur la liberté d'expression des cadres, il ressort donc que cette liberté n'est pas à entendre comme le droit d'expression prévu par l'article L 461-1 du Code du travail.

## 2.2. Les bases textuelles de la liberté d'expression

A la lecture des décisions rendues par la Cour de cassation, on constate cependant que certaines d'entre elles font rejaillir expressément les principes énoncés dans les textes fondamentaux comme la Constitution ou la Convention européenne des droits de l'homme<sup>9</sup>, intégrant ainsi la liberté d'expression des salariés dans le cadre plus large de celle des citoyens. La Cour réaffirme ainsi que la liberté d'expression du salarié n'est pas en soi une découverte jurisprudentielle. Elle n'est pas circonscrite au droit du travail, même si la législation sociale est venue affirmer l'enracinement de cette liberté sur son propre terrain.

### 2.2.1. Les principes fondamentaux

Il existe des libertés attachées à la qualité de citoyen. Ces libertés sont l'essence même de toute démocratie. La faculté d'exprimer ses opinions en toute circonstance (de façon raisonnable, c'est-à-dire sans nuire à la liberté d'autrui<sup>10</sup>) conditionne l'effectivité de la plupart des autres libertés. Sans elle, les libertés religieuse, syndicale, d'association et de réunion ne sont que coquilles vides. La liberté d'opinion et son corollaire obligé, la liberté d'expression, sont donc inéluctablement liées au principe de ces libertés fondamentales.

#### 2.2.1.1. Sur le plan national

On peut partir des articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Ils prévoient successivement que « *nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* », et que « *la libre communication des pensées et des opinions est un droit les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ».

L'article 14 de la constitution de 1946, repris par celle de 1958, a réintégré le principe de 1789 dans les termes suivants : « *Tout homme est libre de parler, d'écrire, d'imprimer, de publier ; il peut soit par la voie de la presse, soit de toute manière, exprimer, diffuser, ou défendre toute opinion dans la mesure où il n'abuse pas de ce droit...* ».

Reconnue à travers ces deux textes, il n'est pas anodin que la liberté d'expression constitue à elle seule l'une des plus fondamentales libertés intellectuelles à laquelle tous les auteurs<sup>11</sup> accordent aujourd'hui

<sup>8</sup> C.A. Versailles, 6 juin 1991, Juris-Data n°600034 ; D.O. 1992, p. 31. Ainsi est injustifié le licenciement d'un cadre ayant signé une pétition en faveur de l'ancien directeur. En fait, le salarié « *a en l'espèce exercé son droit à l'expression dans les limites fixées par l'article L 461-1 du Code du travail* ».

<sup>9</sup> C'est l'affaire Clavaud qui a pour la première fois soulevé l'application du droit international devant le Conseil des Prud'hommes, même si l'on n'en retrouve aucune trace dans la motivation des décisions judiciaires successives. Pour exemple : Soc., 28 avril 1994, Herbert c./ Sté Schwank, RJS 6/97 n°738 : « *La Cour d'appel a violé la liberté d'expression garantie par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Dans le même registre : Soc., 4 février 1997, Mmes Besnard et Baudet c./ SCP Tombeck-Gascon, DS avril 1997, p. 413 : « *l'arrêt attaqué ne pouvait affirmer que les propos et agissements des salariés outrepassaient très largement les limites de la liberté d'expression, sans violer, notamment l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ».

<sup>10</sup> Les dispositions de l'article 4 de la DDHC du 26 août 1789 ont sacralisé un autre principe démocratique : la liberté des uns s'arrêtent là où commence celle des autres, en ces termes : « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* ».

<sup>11</sup> Aussi, comme l'a écrit le professeur Rivero : « *Les premiers droits de l'homme, ceux de la Déclaration de 1789, sont pour l'essentiel des libertés de la personne... c'est-à-dire des pouvoirs d'autodétermination que la Société reconnaît à chaque homme, et qu'elle s'engage à respecter. Les libertés délimitent, pour chacun, une sphère où il est maître de choisir ses comportements sans avoir à subir la contrainte d'une volonté étrangère. Cette sphère... s'étend à l'être intellectuel et moral : liberté de se faire une opinion religieuse, philosophique, éthique, politique, de conformer ses actes à cette opinion, de la diffuser par la parole, l'écrit,*

l'autorité de principe constitutionnel. Il n'est dès lors pas étonnant que le Conseil Constitutionnel lui ait reconnu solennellement une valeur constitutionnelle<sup>12</sup>.

### 2.2.1.2. Au niveau européen

Intégrée de longue date dans l'ordre juridique français, la liberté d'expression a également été consacrée au niveau européen. En effet, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, ratifiée en 1974 par la France, a placé la liberté d'expression au rang des libertés intellectuelles imprescriptibles. Son article 10 est entièrement consacré au « *droit à la liberté d'expression* ». Cette disposition encadre scrupuleusement les limitations susceptibles d'être apportées à son exercice. Ainsi, toutes « *conditions, restrictions ou sanctions* » doivent être « *prévues par la loi* » et constituer « *des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique..., à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles* ». Il est important de noter que la vocation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à régner sur les rapports privés, en particulier sur les relations du travail, a naguère été contestée. Or aujourd'hui, les choses ont bien changé. Comme le note Philippe Waquet<sup>13</sup>, ce texte est aujourd'hui « *entendu en effet de manière très large par la Cour européenne des droits de l'homme qui y voit l'un des « fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun* ». La Cour de Strasbourg a récemment fait application de l'article 10 en droit du travail dans une affaire récente, l'affaire Fuentes Bobo<sup>14</sup>.

Il s'agissait d'un journaliste de la TVE (télévision publique espagnole) qui dans un premier temps fit l'objet d'une sanction de mise à pied pour avoir critiqué son employeur à qui il reprochait des faits de corruption et de non respect des promesses, la spoliation d'un bien public, des mensonges et des abus de biens sociaux. Portée devant la juridiction espagnole, la sanction fut annulée au motif que la TVE avait violé le droit à la liberté d'expression de son journaliste. Le journaliste ayant réitéré ses propos critiques à l'encontre des dirigeants de la TVE, il fut licencié. Se retrouvant une nouvelle fois devant la juridiction espagnole, il ne put obtenir cette fois satisfaction. Il saisit alors la Cour de Strasbourg et celle-ci décida qu'il y avait eu bel et bien violation de l'article 10 de la Convention<sup>15</sup>.

Philippe Waquet note ainsi que « *la CEDH contrôle avec une grande minutie le bien-fondé et la pertinence de la sanction disciplinaire prononcée à raison de déclarations vives et polémiques d'un salarié* »... Il suggère aussi que « *la grande timidité dont la Cour de cassation fait preuve dans le contrôle de l'usage de la liberté d'expression des salariés pourrait être remise en question si un salarié français, victime d'un licenciement pour des faits analogues, saisissait la juridiction européenne* ».

L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme et du citoyen consolide la liberté d'expression des salariés. D'abord, elle assure cette liberté à tout salarié travaillant sur le territoire français, quelle que soit sa nationalité, et non aux seuls citoyens français. Ensuite, elle ordonne de ne faire produire effet qu'aux restrictions expressément prévues par la loi, et donc d'écarter toute forme d'obligation de discrétion ou de mutisme que la loi n'imposerait pas. « *On devine les conséquences de la pertinence de telles normes supranationales dès lors que, par hypothèse, aucune disposition légale expresse ne réserve « l'exercice anormal » ou la faute lourde dans l'exercice de cette liberté des salariés lorsqu'ils parlent de leur vie au travail* »<sup>16</sup>.

---

*l'imprimé, l'enseignement... Tous ces droits de l'homme ont le même caractère, tous sont des pouvoirs de choix, dont la mise en œuvre ne dépend en principe que de la seule volonté de leur titulaire* ». Rivero J., « *Les libertés publiques dans l'entreprise* », D.S. mai 1992, p. 421 et s.

<sup>12</sup> C.C., 29/07/1994, *Emploi de la langue française*, J.O 02/08. Il est intéressant de noter aussi que l'on distingue aujourd'hui libertés fondamentales et libertés ordinaires. La Cour de cassation rend inévitable pareille hiérarchisation des libertés. Toutefois, il ne lui sera pas aisé à l'avenir d'établir une définition précise de la notion de « *liberté fondamentale* ». La distinction se fonde aujourd'hui sur un critère d'ordre formel et repose sur la position de la liberté dans la hiérarchie des normes (*voir à ce sujet* N.Jacquinot, « *La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé- liberté : un cas à part* » AJDA 2003, p.662). Les libertés, pour recevoir la qualification de « *fondamentales* », doivent être dotées d'une valeur constitutionnelle. Dépourvue d'une telle valeur, une liberté ne constitue pas une liberté fondamentale. Bien évidemment, le caractère fondamental d'une liberté dépend de considérations autres, mais sur le point de savoir si la liberté d'expression est une liberté fondamentale le doute n'est pas permis.

<sup>13</sup> Waquet Ph., « *L'entreprise et les libertés du salarié : Du salarié-citoyen au citoyen-salarié* », Collection droit vivant, Editions Liaisons, p. 183 et s.

<sup>14</sup> CEDH, 29 fév. 2000, Fuentes Bobo, D. 2001, p. 574, note Marguenaud et Mouly.

<sup>15</sup> Toutefois sur l'impact d'une telle décision, la prudence est de mise. Ainsi, les professeurs Marguenaud et Mouly dans leur commentaire tiennent à insister sur la vigilance qu'il est nécessaire d'observer sur la portée d'une telle décision. Il ne s'agit pas ici de simples rapports de droit privé. Le salarié licencié est bénéficiaire d'un statut particulier, il est journaliste et se différencie de par ses fonctions du salarié *lambda*. En second lieu, son employeur n'est pas une simple personne morale de droit privé, il s'agit de la TVE, télévision d'Etat.

<sup>16</sup> D.O, juin 1988, note A. Jeanmaud et M. Le Friand, p. 252.

### 2.2.1.3. Au niveau international

Si les normes internes et communautaires ont intégré le principe de la liberté d'expression en leur sein, le droit international, sur ce point, n'est pas demeuré en reste.

La référence principale, celle qui a par exemple été rappelée dans l'affaire Clavaud de 1988, est le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, élaboré dans le cadre de l'ONU, signé à New York le 19 décembre 1966 et publié en France par décret du 29 janvier 1981. Ainsi, l'article 19 § 2 de cette convention dispose que « *toute personne a droit à la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix* ». Le § 3 vient préciser que l'utilisation de cette liberté peut être soumise à certaines restrictions, mais celles-ci « *doivent toutefois être expressément fixées par la loi* » et être mesurées à la nécessité de sauvegarder les droits et la réputation d'autrui, la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publique.

### 2.2.2. Les garants de la liberté d'expression en droit social

Ces principes sont le véritable socle sur lequel reposent les différentes dispositions relatives à la liberté d'expression instituées par le législateur en droit social ; ils ont également servi de base à la jurisprudence.

L'affaire Clavaud a mis en lumière les lacunes de l'article L 122-45 du Code du travail qui frappe de nullité les sanctions ou licenciements prononcés en violation de divers droits et libertés (égalité des droits, opinions politiques, action syndicale, droit de grève...), mais non ceux qui violeraient la liberté d'expression. Le tort principal de cet article est sa précision. Cette dernière empêche toute extension de l'article L 122-45 à une situation qu'il ne prévoit pas<sup>17</sup>. Mais par son esprit, ce texte a une vocation plus universelle<sup>18</sup>. Il a subi de nombreuses modifications. Enrichi dans le temps, son champ d'application s'en est vu élargi (en témoignent les textes venus ultérieurement compléter l'article L 122-45 ou étendre le régime des nullités à d'autres atteintes tel le droit de grève ou l'égalité professionnelle, n'apparaissant point dans le corps du texte originel).

Les juges du fond s'en tiendront à la lettre. Le texte, trop cantonné, ne fera plus, après l'affaire Clavaud, d'apparition dans les litiges relatifs au droit d'expression du salarié<sup>19</sup>. La question reste ouverte<sup>20</sup>. Où se situe donc l'environnement vital de la liberté d'expression en droit social ?

<sup>17</sup> La question de l'applicabilité de L 122-45 du Code du travail fut posée dès la première étape de l'affaire Clavaud. En effet, le Conseil des prud'hommes de Montluçon avait ancré son argumentation dans l'article L 122-45 du Code du travail. Comme le fait remarquer J. Le Goff (*Droit du travail et société : 1. les relations individuelles du travail, Presses universitaires de Rennes, 2001, p.461*), le Conseil des prud'hommes de Montluçon s'était attaché, dans le premier volet de son argumentation, à une application audacieuse de l'article L 122-45, « *organisant, comme on le sait, la défense soucieuse des libertés et des droits fondamentaux sur la base de l'interdiction des discriminations à raison de la race, du sexe, de l'appartenance idéologique... à peine de nullité... Mais un point d'ancrage dont l'accostage s'avère délicat par suite de l'absence de mention de la liberté d'expression. Qu'à cela ne tienne, intimement convaincu de se trouver en présence d'un cas d'annulation, le conseil va se risquer à une interprétation des plus audacieuses. En dépit du silence du Code, « il y a tout lieu de penser » dit-il, que s'agissant « d'une liberté fondamentale solennellement proclamée... le législateur a entendu protéger son exercice de la même façon que les autres libertés, dans le cadre même du contrat de travail ». Il fallait oser ce raisonnement téléologique, dans un domaine comportant des pénalités qui pour n'être que civiles n'en sont pas moins lourdes ! Un raisonnement par cercles concentriques, fondé sur le présupposé du caractère non limitatif de L 122-45, dont on voit immédiatement les mérites - l'argumentation convainc sans trop de difficulté - mais aussi les limites : quel est le rayon maximal d'un tel cercle ? ».*

<sup>18</sup> Ainsi, pour Michel Henry (« L'affaire Clavaud : La nullité du licenciement sanctionnant l'exercice de sa liberté d'expression par un salarié », D.O., janvier 1987, p. 4) : « *il importe peu dès lors de savoir si les propos d'Alain Clavaud sont objectivement et en eux-mêmes de caractère politique ou si la démarche consistant à accorder un entretien sur ses conditions de travail relève de l'activité syndicale. Ce qui compte c'est la manière dont la société Dunlop a perçu la démarche de Clavaud, et à cet égard il ne peut y avoir aucun doute* » et à l'auteur de conclure « *la nullité du licenciement et le droit à réintégration trouveraient ainsi leur fondement dans la seule application de L 122-45 du Code du travail* ».

<sup>19</sup> Certains auteurs avaient d'ailleurs proposé de rétablir l'équilibre de l'article L 122-45 sur ce point. Ainsi, avant l'adoption de la loi du 31 décembre 1992 et de l'article L 120-2 du Code du travail, le Professeur Olivier de Tissot soulignait que « *pour pallier cette carence législative, il suffirait de modifier l'article L 122-45 du Code du travail. Cet article exprime déjà la volonté du législateur de protéger un certain nombre de libertés fondamentales du salarié mais il est imparfait, notamment en matière de liberté d'expression, à laquelle il ne fait allusion qu'indirectement, par le biais de la liberté d'opinion (politique, syndicale et religieuse), alors que bien d'autres domaines de la pensée (science, éthique, philosophie, histoire...) sont susceptibles de donner matière à conflit entre l'employeur et le salarié* ». Il poursuit en indiquant que « *si l'on veut que le principe constitutionnel du droit de chaque salarié à une liberté d'expression ne trouvant de limite que dans son abus ne puisse plus être mis en cause par un employeur, il faudra que le législateur modifie (une fois de plus !) l'article L 122-45, en ajoutant « l'exercice de la liberté d'expression » à la liste des droits du salarié protégé contre toute sanction de l'employeur* ». Tissot (de) O., « Pour une meilleure définition du régime juridique de la liberté d'expression individuelle du salarié », D.S., déc. 1992, p. 959 et s.

<sup>20</sup> Déjà avant la loi du 31 décembre 1992 et l'article L 120-2 du Code du travail, le Professeur Verdier se demandait s'il n'était pas nécessaire de prendre « *des dispositions particulières relatives aux violations dont les libertés inhérentes au citoyen peuvent être*

Pour y répondre, il convient de se rapporter aux visas mentionnés dans les différentes décisions rendues par la Cour de cassation depuis l'affaire Clavaud. A ce sujet, il est intéressant de noter que de 1988 à 1999, la Cour ne vise aucun texte particulier au chapeau de son raisonnement. Elle reste étrangement muette sur l'applicabilité éventuelle d'une base légale. Sur cette période, tout en rectifiant inlassablement ses erreurs, elle aboutit à une démonstration à trois temps : l'article L 461-1 régit le droit d'expression des salariés, mais trop restrictif, il ne peut s'appliquer en dehors des réunions directes et collectives. Ensuite, elle s'interdit de faire application de l'article L 122-45 pour des situations qu'il ne prévoit pas. Enfin, la solution à donner au litige n'est pas le fruit d'une simple réflexion de bon sens, elle repose sur le principe intangible de la liberté d'expression édictée par la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme.

Il est très difficile au regard de cet étrange cheminement juridique d'être séduit par une telle argumentation. Le juriste en droit social, par nature très pragmatique, reste sur sa faim.

Cette situation s'explique-t-elle par un vide juridique en droit social ? Assurément oui, mais il convient d'être prudent. L'arrêt Pierre<sup>21</sup> du 14 décembre 1999 est venu élargir le domaine d'application de l'article L 120-2 du Code du travail. Cet arrêt est la découverte de la possibilité d'intégrer l'article L 120-2 aux situations touchant à la liberté d'expression salariale : c'est une véritable innovation<sup>22</sup>, ou plus exactement la confirmation que l'article L 120-2 du Code du travail à vocation à régir l'ensemble des droits et libertés du salarié.

### 2.2.2.1. L'article L 120-2 du Code du travail, une limite juridique à l'arbitraire patronal

Issu de la loi du 31 décembre 1992<sup>23</sup>, l'article L 120-2 du Code du travail a pour finalité d'introduire dans le monde de l'entreprise le respect des « *droits des personnes* » et des « *libertés individuelles et collectives* ». Il dispose ainsi que « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

Il prévoit ainsi qu'une liberté (ordinaire ou fondamentale, mais l'article ne fait pas de dichotomie entre les deux notions) ne peut être supprimée. Elle peut être réduite, encadrée, réglementée, mais dans des limites nécessaires. Cette règle est tirée du principe général de proportionnalité. Elle fait inéluctablement ressurgir une autre exigence quand à la validité des restrictions apportées à une liberté par l'employeur : une exigence de justification.

Toutefois, il faut se garder des apparences. Ce texte n'est pas à entendre comme une sacralisation de l'intangibilité absolue des droits et libertés du salarié<sup>24</sup>. Bien au contraire, l'article L 120-2 du Code du travail, tout en limitant le pouvoir de l'employeur, le consacre également. Il ne faut jamais perdre de vue que cette même disposition concède à l'employeur, dans des conditions de strict respect de proportionnalité et de justification des mesures, la possibilité de restreindre les droits et libertés du

---

*l'objet dans le cadre des relations du travail ?* ». Il faisait remarquer que le législateur y avait certes pensé pour la liberté d'expression, mais seulement dans certains de ses aspects particuliers (à savoir l'article L 461-1 et le droit d'expression collectif sur les conditions de travail). Il déplorait « *qu'on n'ait pas encore entrepris au moins une réflexion sur les moyens propres à prévenir et à sanctionner les atteintes aux libertés qui peuvent être commises grâce aux moyens particuliers que procure à une personne privée l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur* », et concluait que « *le premier responsable de cette grave carence est assurément le législateur* ». Verdier J.-M., « Liberté et travail. Problématique des droits de l'homme et rôle du juge », D. 1988. chr. 63.

<sup>21</sup> Soc., 14 déc. 1999, M. Pierre c./ SNS Sanijura, D.S., février 2000, p. 163 et s, conclusions de l'avocat général Duplat J. et note par Ray J.-E.

<sup>22</sup> Parler ici d'innovation ou de progrès paraît cependant un peu exagéré. Issu de la loi du 31 décembre 1992, l'article L 120-2 ne trouve d'application à la liberté d'expression des salariés que 7 ans après son adoption. Cette situation reste paradoxale. Cela tient à l'ampleur du texte, sa portée exacte n'étant pas totalement élucidée.

<sup>23</sup> L'article L 120-2 est la transposition dans le droit du travail d'une jurisprudence ancienne du Conseil d'État, jurisprudence reprise par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des Droits de l'Homme. Il s'agit en effet de l'extension au droit du travail de la jurisprudence administrative sur les mesures de police. Historiquement, il s'agissait de savoir sous quelles conditions les mesures de police édictées par les autorités publiques pouvaient porter atteintes aux libertés des citoyens ? La réponse s'est construite sur plus d'un siècle et a notamment été utilisée par le Conseil d'État lorsqu'il a été confronté au problème de la légalité du règlement intérieur (lui-même revisité par la loi du 4 août 1982, il est important de noter que l'actuel article L 122-35 du Code du travail relatif à la validité du règlement intérieur a servi de référence à la création de l'article L 120-2. Ce dernier a repris la formule de l'article L 122-35, mais en la sortant du cadre du règlement intérieur). Pour résumer, la jurisprudence du Conseil d'État exige d'une mesure de police trois qualités pour être légale : *ne pas être une interdiction totale* (une interdiction générale et absolue est nulle, à l'inverse une mesure de police restreignant partiellement une liberté peut être licite) ; *la nécessité de la restriction* (la mesure de police restreignant une liberté doit être nécessaire, doit se justifier) ; *le respect du principe de proportionnalité* (la restriction doit être appropriée à la situation visée, elle ne doit pas être excessive).

<sup>24</sup> Ainsi comme le souligne Ph. Waquet, ce texte est paradoxal, « *puisque en apparence il interdit à quiconque de toucher à ces droits et libertés : « nul ne peut apporter (...) », et qu'en réalité il autorise notamment, l'employeur à apporter, sous des conditions strictes, des restrictions à ces droits et libertés* ». Waquet Ph., « La vie personnelle du salarié », D.S. janvier 2004, p. 27.

salarié. En cela, il est absolument erroné de croire que l'article L 120-2 procure au salarié une sphère d'autonomie inaccessible au pouvoir de l'employeur<sup>25</sup>.

Étant par nature une lame à double tranchant, l'article L 120-2 pose pourtant les fondations d'une législation sociale nécessaire à la protection des droits et libertés du salarié. Il pose des limites tangibles à l'arbitraire patronal en assurant au salarié une protection, même si celle-ci reste limitée.

L'article L 120-2 est relatif aux « *droits des personnes et des libertés individuelles et collectives* ». Seuls ces droits et libertés conditionnent la mise en œuvre de l'article L 120-2. Mais il est dès lors possible de s'interroger sur le sens de l'énumération contenue dans l'article L 120-2. La solution la plus probable est que cette expression : « *les droits des personnes et les libertés individuelles et collectives* », demeure une référence vaporeuse aux libertés civiles et publiques, individuelles et collectives<sup>26</sup>. Pour ce qui est de la liberté d'expression, il n'y a toutefois guère de doute sur sa teneur. Elle se rattache aux libertés individuelles, définies par le Conseil constitutionnel comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République et qui évidemment fait partie intégrante des libertés défendues par l'article L 120-2. Nul doute donc qu'à l'égard de la liberté d'expression, l'article L 120-2 soit mis en œuvre comme le garde-fou destiné à empêcher toute forme d'abus patronal.

### 2.2.2.2. Le régime des restrictions au domaine d'une liberté dans le cadre de l'exécution du contrat de travail

Les droits et libertés du salarié éprouvent des restrictions régulières au cours de l'exécution du contrat de travail à raison de l'usage par le chef d'entreprise de son pouvoir de direction et de son pouvoir disciplinaire.

Cependant, suivant les préceptes établis par la jurisprudence administrative, une liberté ou un droit fondamental (tel que la liberté d'expression) ne peut jamais être supprimé, sauf circonstances exceptionnelles.

A l'inverse, une telle liberté ou un tel droit peut connaître une réduction à trois conditions : une autorité compétente, une justification par des circonstances précises, des limitations strictement nécessaires.

#### a. Une autorité compétente

L'article L 120-2 a donné compétence à l'employeur pour prendre des restrictions aux droits et aux libertés des salariés. Cette compétence n'est pas sans analogie avec certaines catégories du droit administratif, avec la possibilité de prendre des mesures à caractère réglementaire, des mesures individuelles et de prononcer des sanctions. Elle a été reconnue par le Conseil d'Etat<sup>27</sup> et confirmée par

<sup>25</sup> Cette ambivalence a été soulignée par P. Lokiec. Il note au sujet de l'article L 120-2 que « *si la disposition ici envisagée limite le pouvoir de l'employeur, en exigeant qu'il soit exercé de manière justifiée et proportionnée, elle n'en est pas moins ambivalente. Affirmer que « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché » signifie que toute restriction est légitime, dès lors qu'elle répond à cette double condition. Cette lecture ne peut être occultée, et fait de l'article L 120-2 du Code du travail l'un des principaux supports du pouvoir patronal. Surtout, cette disposition légitime l'emprise de l'employeur sur le salarié appréhendé non seulement en tant que prestataire de travail mais encore en tant qu'individu* ». Lokiec P. « Tenue correcte exigée, des limites à la liberté de se vêtir à sa guise », D.S. février 2004, p. 137.

<sup>26</sup> Il s'agit là d'une appréciation de bon sens, que défend Ph. Waquet : « *Il s'agirait d'une orientation qui laisserait aux juges le soin d'apprécier, au cas par cas, si l'un des droits ou l'une des libertés concernés est visé par une restriction dont la légalité serait constatée* ». Cette solution est confortée selon l'auteur par plusieurs arguments qui militent en ce sens : « *D'abord, la présentation de la loi du 4 août 1982 par son auteur, le ministre du travail, Jean Auroux, vise une formule un peu différente : « les employeurs doivent pouvoir organiser la bonne marche de l'entreprise, mais les moyens et méthodes mis en œuvre ne doivent pas porter atteinte aux libertés fondamentales des individus et aux droits des personnes ». Nettement le ministre du travail met l'accent sur la garantie des libertés essentielles, sans rechercher à employer une formule précise et limitative. Ensuite, le développement récent d'un droit des libertés et d'une théorie des droits de l'homme a créé une terminologie aussi foisonnante qu'imprécise. Chaque déclaration, chaque constitution, chaque traité emploie des termes différents pour désigner une même réalité. On a pu parler de « labyrinthe des droits fondamentaux ». Il n'est guère opportun, au moins dans la phase de mise en œuvre de l'article L 120-2, de figer de manière trop rigide les catégories de droits concernés. Enfin, la formule même de la loi de 1982 et de l'article L 120-2 est très large : elle ne vise pas « les libertés fondamentales » mais, de manière générale, les libertés individuelles et les libertés collectives. Elle y ajoute les droits des personnes, ce qui n'est nullement restrictif. Autrement dit, le législateur a utilisé une formule ouverte qui devait plutôt favoriser une interprétation large et exclure le cantonnement a priori du texte légal* ». Waquet Ph., « L'entreprise et les libertés du salarié : Du salarié-citoyen au citoyen-salarié », Collection Droit Vivant, Éditions Liaisons, p. 92-93.

<sup>27</sup> C.E. ass. 01/02/1980, Corona, conclusions A.Bacquet, D.S. 1980, p. 310. Alain Bacquet, commissaire du gouvernement, note relativement au règlement intérieur que la jurisprudence antérieure à l'arrêt Corona a admis « *en principe, que l'employeur peut imposer par règlement des sujétions à son personnel, c'est-à-dire pour parler franchement, édicter par cette voie des restrictions à l'exercice de certaines libertés* ». « *Pourtant il ne va pas de soi qu'un particulier puisse légitimement exercer sur d'autres personnes un pouvoir général de contrainte, assorti d'un pouvoir disciplinaire. On parvient donc à la conclusion, assez troublante, que l'employeur personne privée, dispose dans son entreprise d'un pouvoir autonome de réglementation par une sorte de délégation*

la loi du 4 août 1982. Elle définit le pouvoir de direction de l'employeur, étroitement associé à la notion d'« intérêt de l'entreprise » (assurer sa pérennité, construire une structure productive efficace, accroître la valeur de l'entreprise).

Le pouvoir de direction serait la justification autant que la conséquence du lien de subordination qui caractérise le contrat de travail. La subordination implique que « *le salarié place sa personne sous l'autorité de l'employeur ; il accepte d'obéir à ses ordres ; il renonce donc à une certaine liberté, à une certaine autonomie dans la conduite de sa personne* »<sup>28</sup>.

Ce lien de subordination, qui a institué le droit du travail, offre la possibilité à l'employeur de donner des ordres au salarié, d'en contrôler l'exécution et de punir les manquements à ses directives.

Dans le cadre strict de l'entreprise, il est intéressant d'étudier les mesures unilatérales que peut prescrire l'employeur dans ses rapports avec ses salariés prononcées à raison de l'usage par ceux-ci d'une liberté. Ces mesures sont de deux ordres : l'employeur peut user de son pouvoir de direction conformément à la gestion économique de son entreprise (situation normale). Il peut également prendre des mesures exceptionnelles, à savoir des sanctions disciplinaires à l'encontre d'un salarié (situation extrême).

L'employeur a la faculté d'édicter des mesures à caractère réglementaire général qui s'appliquent de manière obligatoire aux salariés. Ces mesures entrent dans le champ du règlement intérieur. Il a aussi la possibilité de donner à ses salariés au cours de l'exécution du contrat de travail des ordres précis. A l'évidence, il arrive que ces deux types de mesures (réglementaires et individuelles) entrent en contradiction avec les droits et libertés fondamentales du salarié. C'est ici qu'intervient l'article L 120-2.

Le règlement intérieur, acte réglementaire de droit privé, a été fermement réglementé par la loi du 4 août 1982 et notamment par l'article L 122-35 du Code du travail, qui est à l'origine directe de l'article L 120-2.

S'il est le symbole du pouvoir patronal, il est destiné aussi à l'encadrer. Selon les termes de l'article L 122-35, tout en étant obligé de respecter les dispositions légales, conventionnelles et accords collectifs applicables dans l'entreprise, il ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives que des restrictions limitées et proportionnées.

Le règlement intérieur reste ainsi strictement cantonné à certaines spécificités. Il ne peut comporter des mesures que dans deux grands domaines : celui de l'hygiène et de la sécurité ; celui de la discipline (reste que ce domaine est par nature très flou).

Si l'on connaît le territoire sur lequel peut être bâti le règlement intérieur, il est cependant difficile de tracer ses frontières. Toutefois, et à la différence de mesures non réglementaires, il est soumis à différents contrôles qui assurent un équilibre nécessaire entre les contraintes nées du fonctionnement de l'entreprise et le respect des droits et libertés du salarié. En premier lieu, il doit s'accommoder du contrôle de l'inspecteur du travail, qui à tout moment, peut exiger le retrait ou la modification des dispositions contraires à la loi<sup>29</sup>. Ensuite, le juge administratif peut également opérer un contrôle dans la mesure où les décisions de l'inspecteur du travail peuvent lui être soumises. Enfin, le règlement intérieur restant un acte réglementaire de droit privé, le juge judiciaire peut, à l'occasion de la contestation de telle ou telle disposition, en prononcer la nullité.

Ainsi, a été déclarée nulle comme portant une atteinte excessive à la liberté d'expression des salariés, la clause d'un règlement intérieur interdisant toute conversation étrangère au service (C.E., 25 janvier 1989, Sté Sita, D.S. 1990, p. 203). En revanche, des restrictions limitées et justifiées sont approuvées. Une clause imposant aux salariés d'une banque le secret professionnel répond à ces conditions (C.E., 3 juin 1998, Crédit Lyonnais, JCP 1988, IV, 270).

Les ordres précis au cours de l'exécution du contrat de travail, écrits ou verbaux ou les directives qui concernent personnellement un salarié ou plusieurs salariés nommément désignés, peuvent mettre en cause les droits et libertés fondamentaux du salarié. Ces mesures peuvent faire peser sur l'intéressé des contraintes importantes. Quoiqu'il en soit, il faut retenir qu'à chaque fois qu'un salarié estimera qu'un ordre particulier porte une atteinte excessive à l'une de ses libertés, il sera en droit, sur la base de l'article L 120-2 du Code du travail, de demander aux juridictions prud'homales l'annulation de cet ordre. Point

---

*implicite du législateur...toute limitation apportée par le règlement intérieur à l'exercice d'une liberté n'est pas nécessairement illégale parce que la loi ne l'a pas expressément prévue ».*

<sup>28</sup> Savatier J., « La liberté dans le travail », D.S., janvier 1990 ; p. 49 et suivantes. Ce terme de personne est peut-être excessif, car renvoyant à une forme d'esclavagisme moderne. Certains auteurs proposent donc l'expression de « force de travail » du salarié qui est à la disposition de l'employeur (Rivero J., « Les libertés publiques dans l'entreprise », D.S., mai 1982), mais tous concluent à un devoir d'obéissance du salarié.

<sup>29</sup> C'est-à-dire des clauses : - visant des matières non prévues par la loi ; - ne respectant pas les règles linguistiques ; - non conformes aux lois, règlements, conventions et accords collectifs ; - contraires aux droits des personnes et aux libertés ou discriminatoires.

n'est besoin d'attendre qu'un licenciement soit prononcé contre le salarié qui refuse d'exécuter un ordre, le salarié peut saisir le juge pour demander la nullité de la mesure litigieuse.

Le pouvoir disciplinaire permet à l'employeur de prendre des sanctions à l'encontre de son salarié. Cette prérogative lui permet également de rompre le contrat de travail à durée indéterminée par un licenciement disciplinaire, ou le contrat à durée déterminée en invoquant une faute grave.

Un contentieux des sanctions a été établi par la loi du 4 août 1982 qui, en instituant un droit disciplinaire, a permis au juge prud'homal d'annuler les sanctions disciplinaires (L 122-43 du Code du travail). Cette annulation peut intervenir notamment si la sanction est injustifiée, ce qui sera le cas si elle est contraire à l'article L 120-2 du Code du travail. Ainsi, dans le cas où il est reproché à un salarié d'avoir désobéi à un ordre, la légalité de celui-ci peut-être discutée devant le juge prud'homal.

Étrangement, la loi du 4 août 1982 a interdit au juge d'annuler la sanction disciplinaire si celle-ci est un licenciement (L 122-43, dernier alinéa). Cependant, cette règle est remise en question lorsqu'une liberté fondamentale est en cause. Cette exception, introduite par la jurisprudence Clavaud, a été confortée par un arrêt qui affirme avec netteté : « *la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur est soumise à la procédure de licenciement prévue par les articles L 122-14 et suivants du Code du travail et n'ouvre droit pour le salarié, dès lors qu'aucun texte n'interdit ou ne restreint la faculté de l'employeur de le licencier, qu'à des réparations de caractère indemnitaire ; qu'il résulte que le juge ne peut, en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, annuler le licenciement* »<sup>30</sup>. Nul doute que l'article L 120-2 devrait avoir un rôle prépondérant, à l'avenir, dans le contentieux des licenciements.

## **b. La justification par des circonstances précises**

La première de ces exigences est celle qui attire naturellement l'attention des juges, car elle permet un contrôle fort du pouvoir de l'employeur, sur le modèle déjà établi de celui qui s'opère en matière de licenciement pour motif économique. Tout le problème est de savoir ce que le texte entend par des restrictions « *justifiées par la nature de la tâche à accomplir* ».

Il convient dès lors de se demander si seule la tâche à accomplir peut justifier la mesure litigieuse, et si ces restrictions n'ont lieu d'exister que lors de l'exécution du contrat de travail.

Il est évident qu'une interdiction partielle de parler peut s'imposer durant l'exécution d'une tâche minutieuse et dangereuse. Cependant, il est possible de concevoir qu'une restriction aux droits et libertés des salariés peut résulter d'autre impératif que la nature de la tâche à accomplir. L'arrêt *Corona* vise d'ailleurs de manière plus générale « *les restrictions (...) nécessaires pour atteindre le but recherché* ». Un arrêt de la Chambre sociale du 3 avril 2001 montre cette orientation de raisonnement.

Dans cette affaire<sup>31</sup>, l'employeur avait imposé le contrôle des sacs à l'entrée de l'entreprise. Cette mesure avait été contestée par un salarié. La Cour de cassation avait quant à elle décidé, à l'appui de L 120-2, que la mesure édictée par l'employeur était justifiée par les circonstances exceptionnelles résultant d'une série d'attentats. On comprend, dès lors, que la tâche à accomplir n'est pas le seul critère de validité de la mesure de restriction.

Aussi, la restriction à une liberté ou un droit fondamental du salarié peut également exister en dehors du cadre du contrat de travail. Il faudra ici démontrer que la contrainte imposée au salarié hors de l'entreprise et du temps de travail a une justification précise.

Dans l'arrêt *Spileers*<sup>32</sup>, la Chambre sociale avait exigé que la restriction apportée à la liberté de choix du domicile du salarié soit de plus « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* ». Là aussi, de plus en plus, on observe un rapprochement, une assimilation de l'exigence de justification de la restriction avec « l'intérêt de l'entreprise ».

Pour Philippe Waquet, cette formule utilisée dans le cadre de la justification de la restriction apportée à une liberté fondamentale est à rapprocher de la formule issue de la jurisprudence sur la clause de non-

<sup>30</sup> Soc., 13 mars 2001, RJS 2001, n°590.

<sup>31</sup> Soc., 3 avril 2001, D.S. 2001, p. 675 obs. Gauriau. L'employeur concerné par des alertes à la bombe peut valablement exiger l'ouverture des sacs devant les agents de sécurité. Cette mesure justifiée par des circonstances exceptionnelles et des exigences de sécurité est proportionnée au but recherché puisqu'elle exclut la fouille des sacs.

<sup>32</sup> Soc., 12 janvier 1999, D.S. 1999, 287, obs. Ray J.-E.; Cette affaire concerne le domicile familial, élément constitutif de l'intimité de la vie privée. Cette décision censure un arrêt qui avait déclaré légitime le licenciement d'un salarié qui avait refusé de fixer son domicile familial au lieu de son affectation professionnelle. L'atteinte à l'autonomie du salarié était spécialement grave. La Cour de cassation ne l'a pas déclaré impossible en soi, mais elle a jugé qu'elle ne pouvait être justifiée que si les attributions du salarié exigeaient une présence permanente sur les lieux du travail.

concurrence. Ainsi, afin d'apprécier la validité d'une telle clause, la Chambre sociale reprend la même règle selon laquelle « *la clause doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* »<sup>33</sup>. Il convient alors de procéder à un arbitrage entre la nécessité de protéger les intérêts légitimes de l'entreprise et les restrictions que cela induit quant aux libertés du salarié. Cette défense des intérêts de l'entreprise ne doit notamment pas faire échec au principe de liberté du travail. Pour apprécier la légitimité de ces clauses, il est nécessaire d'observer précisément les limitations qu'elles apportent dans le temps, dans l'espace et à la nature des activités visées. Il est par conséquent indispensable d'analyser son exigence de proportionnalité, l'observation minutieuse des deux exigences permettant de comprendre la légitimité de la clause dans son intégralité<sup>34</sup>.

### c. La proportionnalité des mesures restrictives

« *Ce n'est que dans la mesure exactement nécessaire au but recherché que la restriction doit être instaurée. Le juge doit exercer son contrôle sur ce respect d'une exacte proportion entre la restriction et le but qui la motive* »<sup>35</sup>.

Aussi, dans l'arrêt du 3 avril 2001 relatif aux mesures prises par l'employeur pour contrer toute menace d'attentats terroristes, le but recherché était la sécurité de l'entreprise et de ses salariés : la mesure a été jugée « *proportionnée* » parce qu'elle excluait la fouille et se limitait à l'ouverture des sacs. Le critère de proportionnalité doit s'apprécier au regard des moyens et méthodes de l'entreprise, d'une situation géographique donnée, de la qualification des salariés concernés, de la qualité et de la nature des rapports sociaux entretenus au sein de l'entreprise.

En définitive, comme le remarque Philippe Waquet<sup>36</sup>, la protection des libertés des salariés, « *confirmée et enrichie par l'article L 120-2 du Code du travail, constitue un grand chantier pour le début de ce nouveau siècle. Il faut souhaiter que l'autonomie nécessaire des salariés soit pleinement reconnue, sans que soit mis en péril ni le pouvoir de direction ni le pouvoir disciplinaire de l'employeur. La dialectique autorité-liberté doit succéder à un pouvoir absolu et trop envahissant* ». « *Le juge judiciaire qui devra, à titre principal, être à l'avenir le garant des droits et libertés des salariés, ne pourra que s'inspirer des méthodes et solutions du juge administratif. Le travail considérable qui a été accompli par le Conseil d'État pour assurer l'équilibre entre les exigences du maintien de l'ordre et celles des libertés du citoyen est certainement à prendre en considération au moment de réaliser un équilibre entre le pouvoir de direction du chef d'entreprise et les droits et libertés des travailleurs salariés* ».

#### 2.2.2.3. La saisine du juge des référés

La saisine du juge des référés, parce qu'elle laisse entrevoir la perspective d'une remise en état, apparaît particulièrement intéressante pour remédier à la situation qui résulte de la violation d'une liberté.

En effet, si par hypothèse, une restriction est non justifiée, ou non proportionnée à l'un des droits et libertés défendus par l'article L 120-2 du Code du travail, le salarié peut saisir le juge pour faire prononcer la nullité de la mesure litigieuse. Il faut savoir aussi que les salariés peuvent saisir le juge des référés avant qu'une mesure ne soit prise, car il est compétent pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Il s'agit ici d'un droit prévu à l'article R 516-31 du Code du travail en vertu duquel la formation des référés peut « *même en présence d'une contestation sérieuse prescrire les mesures conservatoires, ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* ».

<sup>33</sup> Soc, 18 septembre 2002, B n°72.

<sup>34</sup> Pour s'imprégner du raisonnement qu'il faut avoir dans l'appréciation de la légitimité des clauses de non-concurrence comme dans l'appréciation de la légitimité de la restriction d'une liberté salariale, je vais prendre un exemple concret. Imaginons Monsieur X, un directeur marketing, diplômé de l'école de commerce de Paris, travaillant dans une grande société de parfumerie. Une clause de non-concurrence est insérée dans son contrat de travail et prévoit qu'en cas de rupture de son contrat de travail, il lui sera interdit de travailler pendant 5 ans, en France et en Europe dans une autre entreprise fabricante et distributrice de parfum. Cette clause de non-concurrence est-elle licite ? En apparence, on est tenté de répondre par la négative compte tenu des interdictions absolues qu'elle met en œuvre. Et pourtant, cette clause est valable. En effet, au vu de la qualification de Monsieur X, à savoir directeur de marketing et diplômé de l'école de commerce de Paris, il n'aura pas de difficulté à retrouver un emploi dans un autre secteur d'activité. Il ne faut pas s'arrêter à l'étendue géographique et à la durée d'application de la clause de non-concurrence. Pour analyser la légitimité d'une telle clause, il faut avoir une appréciation *in concreto*, il faut l'observer dans son intégralité, et voir si le salarié a la possibilité de retrouver un emploi, voir si cette clause ne le prive pas entièrement du principe de la liberté de travail. En présence de restriction apportée par l'employeur à une liberté fondamentale, il est impératif de tenir une réflexion similaire.

<sup>35</sup> Waquet Ph., « La vie personnelle du salarié », D.S. janvier 2004, p. 28.

<sup>36</sup> Voir l'ouvrage cité précédemment, ainsi que sa chronique « La vie personnelle du salarié » citée ci-dessus.

La remise en état nécessite que soit établi un « *trouble manifestement illicite* ». Quels en sont les critères ?

L'illicéité du trouble doit être caractérisée par référence au texte de la violation duquel il résulte. En l'occurrence, il s'agit le plus souvent de l'article L 122-45 du Code du travail et de l'article L 120-2.

Le demandeur aux référés devra donc établir la violation par l'employeur de l'une de ces dispositions, qui intéressent notamment les libertés. Pour le second de ces articles, la difficulté réside dans le caractère manifeste de la violation. Il est délicat, au vu de la complexité inhérente aux exigences de justification et de proportionnalité, d'établir l'évidence de l'illicéité.

Plus exactement, « *c'est ce caractère qui devrait dissocier le contrôle – minutieux – exercé par le juge du fond, et celui – plus souple – exercé par le juge des référés. Ce dernier aura à apprécier si l'absence de justification ou la disproportionnalité sont manifestes, si est établie une « violation évidente de la règle de droit ». Autant dire que le caractère « manifeste » se substitue aux exigences précitées, et permet de lever partiellement, pour ce qui est du référé, l'indétermination inhérente à l'article L 120-2 du Code du travail* »<sup>37</sup>.

Afin de percevoir au mieux les pouvoirs du juge des référés en la matière, on peut évoquer une affaire récente relative à la violation de la liberté d'expression par un employeur. Dans cette espèce, série de deux décisions (l'une rendue par ordonnance de référés sur partage des voix par le Conseil des prud'hommes d'Annecy le 26 juin 2001 et l'autre rendue par la Chambre sociale de la Cour d'appel de Chambéry le 18 mars 2003)<sup>38</sup>, un salarié s'était trouvé licencié au motif qu'il s'était exprimé au sein de l'entreprise à travers un tract affiché sur les panneaux de la direction et que par ailleurs il avait tenu des propos « injurieux » à l'encontre de son employeur. Le salarié avait dès lors saisi le juge des référés en faisant valoir que son licenciement avait été prononcé pour sanctionner l'utilisation de sa liberté d'expression dont il disposait en qualité de citoyen et de salarié de la société. Il avançait également que ce licenciement constituait un trouble manifestement illicite qui justifiait l'intervention des juges des référés et qui affectait de nullité la rupture du contrat de travail. Il demandait par là même la remise en état de son contrat et sa réintégration. La nullité du licenciement et la réintégration du salarié avaient été recherchées devant le juge des référés sur le fondement de la liberté constitutionnelle d'expression dont chaque salarié doit bénéficier dans l'entreprise. Le Conseil des prud'hommes d'Annecy par ordonnance des référés, se déclarant compétent, avait suivi son raisonnement en considérant qu'« *en raison de l'absence a priori d'éléments permettant d'établir la faute grave ou les insultes alléguées à l'encontre du demandeur, il apparaît que l'affichage reproché au salarié ne peut en aucun cas être considéré comme injurieux ni même fautif et que, de ce fait, son licenciement constitue une atteinte à sa liberté fondamentale d'expression dont il n'a pas abusé, ce qui constitue un trouble manifestement illicite qu'il convient de faire cesser en constatant la nullité de ce licenciement* ». Le Conseil des prud'hommes d'Annecy constata dès lors la nullité du licenciement du salarié et ordonna sa réintégration au sein de la société. Par la suite, la Chambre sociale de la Cour d'appel de Chambéry confirma la compétence initiale des juges des référés qui se justifiait dès lors qu'au moins un des motifs portait atteinte à une liberté fondamentale.

<sup>37</sup> Lokiec P., « Tenue correcte exigée : des limites à la liberté de vêtir à sa guise », D.S. février 2004, p. 136.

<sup>38</sup> C.A., Affaire Pais c/ Sté Coopérative Bourgeois, D.O. octobre 2003, p. 426.

### 3. Le concept jurisprudentiel de la liberté d'expression des cadres

Comme tout citoyen, le salarié cadre jouit de la liberté d'expression, qu'il peut exercer aussi bien dans l'entreprise qu'en dehors d'elle. Néanmoins, cette liberté n'est pas absolue. D'ailleurs, elle ne saurait donner lieu à un usage abusif et l'employeur peut y apporter des restrictions, sous réserve qu'elles soient justifiées par la nature des fonctions du salarié et proportionnées au but recherché. Aussi, à la différence des autres catégories de salariés, ou du moins davantage que ces dernières, les cadres représentent l'employeur aussi bien dans l'enceinte de l'entreprise qu'en dehors d'elle. Au sein de l'entreprise, un cadre a pour mission de faire appliquer, à son niveau, la politique générale définie par le chef d'entreprise, et, le cas échéant, de participer à son élaboration. De par sa position hiérarchique et ses responsabilités, il se doit d'observer une attitude exemplaire vis-à-vis de ses subordonnés. A l'extérieur de l'entreprise, il véhicule, dans son comportement ou ses propos tenus en public, l'image de celle qui l'emploie. A l'instar des autres salariés, il se doit de respecter une obligation de loyauté envers son entreprise, mais celle-ci étant par nature plus stricte que pour les autres salariés, ce cadre est en réalité tenu de respecter une véritable obligation de réserve.

Pour autant, le cadre n'est pas enfermé dans un mutisme absolu. En tant que participant à la politique générale de l'entreprise, il bénéficie d'un droit de critique sur les orientations prises par sa direction, ces critiques étant toutefois limitées dans leur audience. Étant également un citoyen responsable, il bénéficie, dans certaines circonstances, d'un droit de signaler à des tiers des comportements illicites de son employeur ou d'un membre de l'entreprise. Au risque de voir sa responsabilité engagée, il jouit dans certaines situations d'un « droit d'alerte ». Cependant une question importante n'est pas tranchée. Sauf texte législatif d'application particulière, peut-on parler d'un devoir de vigilance, d'un devoir de signalement, qui comporte alors une protection du salarié concerné, ou bien seulement d'un devoir de vigilance assorti d'un droit d'alerte et de signalement que le salarié peut choisir de ne pas mettre en œuvre ? Si le degré d'obligation n'est pas le même, on comprend bien que la nature de la protection du salarié pourra être différente.

#### 3.1. L'exercice de la liberté d'expression

Outre la reconnaissance de la nullité d'un licenciement comme sanction de la violation par l'employeur d'une liberté fondamentale (la valeur constitutionnelle du droit mis en cause conduisant à une telle solution), c'est le mérite de l'affaire *Clavaud* que d'avoir précisé le domaine d'exercice de la liberté d'expression salariale. En énonçant que « *l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise étant dépourvu de sanction, il ne peut en être autrement hors de l'entreprise où il s'exerce, sauf abus, dans toute sa plénitude* », la Cour de cassation situe le terrain et les limites d'exercice de ce droit.

La liberté d'expression salariale pouvant s'exercer hors de l'entreprise, sauf abus, dans toute sa plénitude, la Chambre sociale de la Cour de cassation a réhabilité le concept de citoyen-salarié. « *En termes probatoires, ce passage (très général) du salarié-citoyen au citoyen-salarié est d'une grande portée puisqu'il appartiendra au cas échéant à l'employeur de justifier une éventuelle atteinte, auparavant prononcée au titre du pouvoir patronal dans son aire d'autorité. Cette logique nouvelle contribuera également à alléger encore le lien de subordination qui faisait le contrat de travail, et rejoint une évolution sociologique et économique allant dans le même sens* »<sup>39</sup>.

Avant même de s'intéresser au contenu de la liberté d'expression des salariés et à sa légitimité, il faut insister encore sur la valeur d'une telle reconnaissance : le salarié a toujours la possibilité de s'exprimer dans et hors de l'entreprise.

Plus largement, il s'agit ici d'une véritable redéfinition du rôle, et de la qualité de salarié<sup>40</sup>.

En privilégiant la liberté d'expression du salarié sur la subordination, la Chambre sociale annonce une réorientation de l'interprétation du contrat de travail. Elle infléchit le rôle du salarié en situant le problème non pas sur le terrain contractuel mais sur celui des droits fondamentaux et des libertés. Le salarié en tant que contractant ne sombre pas dans un mutisme forcé. Sur le plan des principes, la Chambre sociale tranche le conflit entre le statut de citoyen et les obligations nées du contrat de travail en rapportant une

<sup>39</sup> Ray J.-E. « La fin des « yes man » ? », D.S., février 2000, p 166 et s.

<sup>40</sup> Aubert-Monpeyssen Th., « L'article L 120-2 du Code du travail et la définition des rôles dans l'entreprise », La semaine juridique Entreprise et Affaires n°23, 8 juin 2000, II p. 902.

règle imprescriptible, à savoir que « *la liberté individuelle du citoyen... l'emporte sur ses obligations contractuelles* »<sup>41</sup>.

Elle affirme par-là que les libertés fondamentales, individuelles et collectives constituent, en dépit du contrat de travail, un droit inaliénable<sup>42</sup>. Cette position, encadrée par l'exigence de finalité et celle de proportionnalité, se retrouve dans les décisions récentes relatives au droit de critique, mais également dans la jurisprudence concernant les clauses de non-concurrence, depuis l'arrêt *Godissart*<sup>43</sup> du 14 mai 1992. L'affirmation, désormais constante, selon laquelle « *un employeur ne peut se prévaloir d'une clause de non-concurrence qu'autant qu'elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* »<sup>44</sup> remet en cause la validité de principes de ces clauses, lesquelles s'analysent comme une renonciation contractuelle à une liberté fondamentale, la liberté de travail.

C'est la jurisprudence qui a matérialisé la liberté d'expression du salarié. Elle a défini le périmètre de l'expression des salariés. Mais qu'en est-il de la licéité de son contenu ? De quelle manière cette liberté individuelle se formalise-t-elle ? La réponse à ces questions ne va pas de soi. Comme souvent, elle se définit a contrario, à partir de ses limites.

## 3.2. Les limites à la liberté d'expression

Si elle est un droit inaliénable, la liberté d'expression ne constitue pas pour autant un droit illimité. En effet, notion omniprésente en droit privé, la bonne foi ou la loyauté dans l'exécution d'un contrat n'est pas absente du droit du travail.

Pour les cadres, cette obligation de loyauté fait l'objet d'une appréciation plus sévère. Ainsi, compte tenu de leur rôle, aussi bien dans l'entreprise qu'en dehors, les salariés cadres sont naturellement tenus de respecter un devoir de réserve plus strict que celui qui pourrait être imposé (par une clause contractuelle spécifique) aux autres catégories de salariés.

L'obligation de loyauté reste un moyen préventif de lutte contre toute forme de fuite d'informations sur la vie de l'entreprise, mais elle ne fait aucunement échec à l'exercice de la liberté d'expression d'un salarié.

Il existe cependant des situations où l'exercice de sa liberté d'expression par le salarié est caractérisé par une attitude démontrant une volonté délibérée de provocation ou de désordre. Comme pour l'ensemble des libertés, l'abus de droit commis par le salarié dans son comportement borne l'exercice de sa liberté d'expression.

### 3.2.1. La loyauté, une limite contractuelle

Contrat *intuitus personae* par excellence, le contrat de travail impose à chaque partenaire une obligation de loyauté. Elle interdit en premier lieu au salarié de se livrer à des agissements pénalement répréhensibles qui, en tant que tels, justifieront un licenciement pour faute lourde avec mise en cause de sa responsabilité pénale<sup>45</sup>.

La « loyauté » est un terme générique qui, sur le terrain de la liberté d'expression, se décline en termes d'obligation de discrétion, à entendre comme limite préventive, garde-fou à d'éventuels abus de droit. En effet, indépendamment d'une obligation spécifique de secret professionnel (professions médicales, avocats, banquiers...), le salarié est tenu à une obligation de discrétion qui, même en l'absence de

<sup>41</sup> Lyon-Caen G., « Les libertés publiques et l'emploi », La Documentation Française, 1992.

<sup>42</sup> Elle tire ainsi la conséquence du fait qu'une liberté fondamentale « n'est pas monnayable ». voir à ce sujet Verdier J.-M., « Liberté et travail, problématique des droits de l'homme et rôle du juge », D. 1988, p. 65.

<sup>43</sup> RJS, 6/92, n°735.

<sup>44</sup> Soc., 20 juin 1995, RJS, 8-9/95, n°891.

<sup>45</sup> Ainsi, en dehors des infractions pénales classiques tels que le vol, l'escroquerie, le législateur a dégagé des infractions spécifiques propres au champ du droit du travail permettant d'engager la responsabilité du salarié sur le terrain pénal. Figure comme infraction pénale du travail : la divulgation des secrets de fabrication (art. L 152-7 du Code du travail) et la corruption du salarié (art. L 152-6 du Code du travail). Ces deux infractions viennent sanctionner des défaillances des salariés à leur obligation de loyauté et de fidélité. L'infraction de corruption vient sanctionner le fait de solliciter ou d'agréer, directement ou non, à l'insu et sans autorisation de son employeur des offres ou des promesses, des dons, présents, escomptes, ou des primes pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction pour tout salarié ou tout directeur. Ces deux délits (violation du secret de fabrication et corruption) sont punis de peines d'amendes, de peines d'emprisonnement voire, à titre complémentaire, d'interdiction de droits civiques, civils et familiaux pour une durée maximum de 5 ans.

clause contractuelle de confidentialité, lui interdit de divulguer les informations auxquelles ses responsabilités lui donnent accès<sup>46</sup>.

Si cette obligation s'applique en premier lieu aux secrets de fabrication dont l'inobservation est sanctionnée pénalement, elle vaut aussi bien pour toutes formes d'indiscrétions et de divulgations d'informations capitales pour la vie de l'entreprise faites à l'intérieur comme à l'extérieur de celle-ci. Le non-respect de cette obligation constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement<sup>47</sup>.

Ainsi, est tenu pour faute grave le fait de diffuser un document faisant état d'appréciations critiques qu'aurait formulées l'employeur à l'égard de salariés et de menaces de réduction d'effectifs<sup>48</sup>.

Pour les salariés ayant des responsabilités particulières, notamment les cadres, la diffusion d'informations confidentielles auprès du personnel, de façon tendancieuse ou prématurée, caractérise la faute grave, en tant qu'elles nuisent à l'entreprise<sup>49</sup>. De même la divulgation par un cadre supérieur, responsable de la comptabilité, de renseignements sur les difficultés financières de l'entreprise à l'extérieur de son enceinte caractérise une faute lourde<sup>50</sup>.

Sœur de l'obligation de discrétion, et souvent confondue avec elle, l'obligation de réserve interdit normalement au salarié d'adopter une attitude ouvertement critique à l'égard de l'employeur et de ses décisions. Cette obligation de réserve peut s'apprécier à l'égard des cadres qui ne peuvent en principe faire état auprès du personnel de leur désaccord avec les orientations stratégiques et décisions de la direction<sup>51</sup>. En effet, au sein de l'entreprise, ils sont chargés de faire appliquer, à son niveau, la politique générale (économique, commerciale, sociale...) définie par le chef d'entreprise et, le cas échéant, de participer à l'élaboration de celle-ci.

Les cadres ne doivent pas seulement se contenter de transmettre aux salariés placés sous leur autorité, les directives et instructions nécessaires, ainsi que de contrôler le respect de celles-ci et de sanctionner les éventuels manquements commis par ces salariés dont ils ont la responsabilité. Il leur appartient également d'observer un comportement exemplaire vis-à-vis de leurs subordonnés, en montrant tant l'utilité des mesures à respecter que leur adhésion personnelle aux orientations techniques, financières, commerciales et sociales prises par le chef d'entreprise.

Par ailleurs, à l'extérieur de l'entreprise, et notamment à l'occasion de leurs déplacements professionnels, voire à certains moments de leur vie privée, les cadres transfèrent, dans leurs comportements ou leurs propos tenus en public, l'image et donc le crédit de l'entreprise qui les emploie. Compte tenu de leur rôle, aussi bien dans l'entreprise qu'à l'extérieur de celle-ci, ils sont naturellement tenus de respecter une obligation de réserve plus stricte que celle imposée (par une clause contractuelle spécifique) aux autres catégories de salariés.

Est-ce à dire que le cadre doit se figer dans un mutisme total et permanent ? Avant même d'aborder le devoir de critique et le droit d'alerte, il est essentiel de retenir qu'un cadre peut toujours s'exprimer, mais en se limitant au cercle restreint de ses pairs<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> Il convient à ce stade d'apporter une précision. Lié par un contrat de travail qui le place dans un lien de subordination juridique à l'égard de l'entreprise, le salarié s'engage dans ce cadre à respecter diverses obligations que l'on divise traditionnellement en deux catégories : les obligations principales et les obligations accessoires. Le salarié s'engage en tout premier lieu à exécuter la prestation de travail convenue, dans le respect des directives de l'employeur et des contraintes qu'imposent son appartenance à une structure organisée et son intégration à une collectivité de travail (Obligations principales). Par ailleurs, le contrat de travail devant « être exécuté de bonne foi » (art. 1134 al 3 du Code civil), le salarié est tenu à une obligation générale de loyauté qui lui interdit de se livrer à des agissements préjudiciables aux intérêts de l'entreprise. A ce titre, il est notamment tenu à des obligations de fidélité et de discrétion dont l'étendue trouve sa limite dans le respect des libertés fondamentales aux quelles l'employeur ne peut porter qu'une atteinte « justifiée par la nature de la tâche à accomplir » et « proportionnée au but recherché » (art. L 120-2 du Code du travail) (Obligations accessoires).

<sup>47</sup> Soc., 12 novembre 1999, n°90-43.801.

<sup>48</sup> Soc., 6 mai 1997, n°94-42.012.

<sup>49</sup> Soc., 13 juillet 1989, n°86-43.373.

<sup>50</sup> Soc., 30 juin 1982, n°80-41.114, Bull. Civ. V, n°425.

<sup>51</sup> Soc., 28 mars 2000, n°97-42.943.

<sup>52</sup> La perte de confiance n'étant plus aujourd'hui un motif réel et sérieux de licenciement, cela a conduit à effriter l'interdiction, faite dans le passé, au cadre de s'exprimer. Loin des « yes-men » anglo-saxons constituant la cour révérencieuse du chef d'entreprise, s'interdisant toute critique, le cadre français ne confond pas loyauté et conformisme : « nous ne choisirons pas la loyauté facile qui dit oui et amen à tout » (Y.Picod). L'accord national interprofessionnel du 25 avril 1983 relatif au personnel d'encadrement indiquait dans sa section III que « Disposer d'une information spécifique sur la marche de l'entreprise et avoir la possibilité de donner son point de vue sur celle-ci à la direction est une condition de bon exercice des fonctions d'encadrement ».

### 3.2.2. L'abus, une limite fonctionnelle

L'abus constitue la seule véritable limite à la liberté d'expression des salariés tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'entreprise. Outre que l'employeur retrouve sa liberté de sanctionner le salarié fautif, la reconnaissance de l'abus de droit (faute du salarié et préjudice subi par l'employeur, que ce préjudice soit matériel ou moral) peut ouvrir droit à réparation suivant les mécanismes de la responsabilité civile.

Pour autant, l'abus doit être caractérisé et dûment constaté. L'attitude du salarié doit avoir été créée, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité de l'entreprise, un trouble caractérisé au sein de celle-ci. Bien souvent dans l'exercice du droit d'expression passible de sanctions, sont relevées des fautes telles que l'injure, la diffamation, les menaces ou l'atteinte à l'autorité de l'employeur.

En tout état de cause, la preuve du trouble doit être effectivement rapportée. L'abus du droit s'apprécie *in concreto* selon la qualité et la nature des rapports sociaux entretenus au sein de l'entreprise.

Ainsi, pour caractériser l'abus de la liberté d'expression, il faut observer les deux paramètres que sont : le comportement du salarié démontrant une volonté délibérée de provocation et de désordre de l'entreprise ; et la qualité et la nature historique des rapports entretenus par le salarié avec les autres salariés de l'entreprise et sa hiérarchie.

C'est l'analyse conjointe de ces deux données qui permet de déterminer l'existence ou non d'un abus de la liberté d'expression.

A titre d'exemple, deux décisions dans lesquelles l'abus de la liberté d'expression n'a pu être retenu, faute de l'absence d'une des deux conditions.

La première<sup>53</sup>, en date du 2 mai 2001, fait ressortir la nécessité, pour caractériser l'abus, de pouvoir isoler l'attitude du salarié démontrant une volonté délibérée de provocation ou de désordre et devant s'analyser en un acte d'insubordination. En l'espèce, il s'agissait d'un cadre qui avait envoyé, de façon limitative dans le temps, plusieurs courriers, dont seul l'employeur était destinataire, qui répondaient à un avertissement que le salarié estimait injustifié, et qui ne contenaient aucun propos injurieux, diffamatoires ou excessifs. Dans un arrêt rendu le 28 mai 1998, la Cour d'appel de Montpellier avait considéré que l'abus de la liberté d'expression était caractérisé. Cependant, la Cour de cassation cassa la décision au motif que la liberté d'expression peut être exercée à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise, et elle ne peut justifier un licenciement qu'en cas d'abus, celui-ci étant caractérisé uniquement lorsque dans une telle situation, les termes utilisés sont injurieux, diffamatoires ou excessifs. Or en l'espèce, le cadre ne s'était pas exprimé en des termes outrageants pour l'employeur. Ses courriers, se limitant uniquement à analyser les méthodes de travail, étaient exempts de reproches et écrits avec courtoisie dans un langage châtié.

Cette décision montre que l'absence d'intention de nuire à l'employeur entraîne l'impossibilité de caractériser un abus.

La seconde décision, en date du 21 janvier 1990, est quant à elle particulière. Dans cette affaire, le licenciement d'un responsable de division n'a pas été considéré comme justifié bien qu'il ait traité, au cours d'une réunion du comité commercial, sa direction de « bande de guignols » et son directeur général de « Bouglione ». Ici, il n'y a guère de doute quant à l'existence de propos outrageants. Si en temps normal, l'abus et la faute grave du salarié auraient pu être caractérisés, la Cour de cassation en décida autrement.

Pourquoi ? Tout simplement parce qu'il est nécessaire de toujours avoir une appréciation *in concreto* des faits et de la nature historique des relations entretenues par un cadre avec sa direction. La Cour a admis que la portée des propos irrévérencieux pouvait être atténuée en raison du caractère du salarié connu des dirigeants. Le cadre avait déjà, à plusieurs reprises dans le passé, démontré son tempérament vif et disgracieux, sans pour autant avoir semblé heurter son auditoire.

Comme on le perçoit dès à présent, l'existence d'un abus de la liberté d'expression ne s'apprécie pas uniquement sur une image instantanée, c'est l'analyse précise de l'éventuel dérapage du salarié, combinée à la qualité et à la nature historique des relations sociales de ce salarié au sein de l'entreprise, qui permettent conjointement de dégager la matérialité d'un abus.

Ainsi, c'est un contrôle exercé sur la base de critères objectifs, éclairés à la lumière des exigences posées par l'article L 120-2 du Code du travail qui permet de limiter les risques d'arbitraires. Ce contrôle circonstancié apparaît d'autant plus justifié que la fonction même de cadre implique, de façon

<sup>53</sup> Soc., 2 mai 2001, Floutier c/ SA Cofinindév, RJS 7/01 n°853 ; voir dans le même sens Soc., 25 janvier 2000, RJS 3/00 n°259 : La divergence de vues d'un directeur de service exportation d'une société avec son employeur, s'exprimant en termes généraux, sans injures, ni propos diffamatoires ou excessifs ne constitue pas un abus de cette liberté justifiant son licenciement.

permanente et mesurée, une démarche critique constructive en vue de l'amélioration du fonctionnement et des résultats de l'entreprise.

Afin de pouvoir au mieux comprendre ce qui fonde un abus, il convient d'analyser méthodiquement les critères jurisprudentiels caractérisant l'abus de la liberté d'expression en les incorporant dans quatre rubriques : les propos outrageants, le dénigrement, l'intention de nuire et enfin la remise en cause du pouvoir patronal et de sa politique générale.

### 3.2.2.1. Les propos outrageants

L'abus et la faute grave seront caractérisés par un comportement exprimant une intention résolue de provoquer et de créer un trouble au sein de l'entreprise. Constituent ainsi une faute grave justifiant le licenciement :

Des termes outrageants proférés contre un supérieur hiérarchique sur les lieux de travail. Les droits dont disposent les salariés en vertu de l'article L 461-1 du Code du travail n'autorise pas un salarié à « en dépasser les limites en adoptant un comportement discourtois avec un de ses supérieurs hiérarchiques » (C.A. Paris, 21<sup>ème</sup> ch., 27 oct. 1988, Juris-Data n° 026762).

L'agressivité d'une salariée à l'égard de son supérieur (C.A. Bourges, 2 mars 1990, *Mme Gudimat c/ Centre de rencontres la Trembière*, Banque de données CERIT-Nancy).

D'un salarié qui a injurié « volontairement un supérieur hiérarchique, en public, et en présence d'un inspecteur du travail, marquant ainsi sa volonté délibérée de provocation, de nature à amoindrir à l'égard de l'ensemble des salariés l'autorité de ce supérieur ». Le salarié affirmant avoir proféré ces propos dans le cadre d'une discussion sur les conditions d'hygiène et de sécurité « prétend qu'ils n'ont rien d'injurieux car émis dans le cadre du droit d'expression (...) ce droit ne constitue en aucune façon une permission à l'injure, une vérité, quelle qu'elle soit, peut-être exprimée en des termes décents » (C.A. Douai, 26 juin 1992, Juris-Data n°045124).

D'un salarié qui avait envoyé une lettre à son supérieur hiérarchique. Le droit d'expression des salariés sur le contenu, les conditions de travail et l'organisation de leur travail, prévu à l'article L 461-1 du Code du travail, s'exerce uniquement dans le cadre de réunions collectives organisées sur les lieux et pendant le temps de travail. L'envoi d'une lettre par un salarié à son employeur ne peut légalement constituer l'usage de ce droit d'expression. L'appréciation injurieuse à l'égard de son supérieur hiérarchique, émise par le salarié dans cette lettre, ne peut entrer dans l'exercice normal de la liberté d'expression du salarié. En conséquence, une telle situation rendait impossible le maintien de l'intéressé dans l'entreprise pendant la durée du préavis. (Soc., 28 avril 1994, *Herbert c/ Sté Schwank*, RJS 6/94, n° 738).

D'un salarié ayant dans l'entreprise un statut de cadre et exerçant à ce titre un ascendant sur le personnel et qui devait donner l'exemple. Commet une faute grave le chef d'atelier ayant injurié de façon grossière indirectement puis directement l'employeur en présence d'autres salariés, ayant proféré à son encontre des menaces sur les conditions dans lesquelles il exécuterait son préavis, alors qu'il n'apparaît pas, qu'à un quelconque moment, l'employeur ait été lui même impoli ou provocateur. Ce comportement, par lequel le salarié a volontairement porté atteinte à l'autorité de son supérieur et a menacé l'avenir de l'entreprise ne peut être atténué par son ancienneté, celle-ci ne pouvant l'autoriser à agir comme il l'a fait. (C.A. Chambéry, *SA Bondel c/ Bernard*, RJS 8-9/98, n°1137).

Dépassement l'exercice du droit d'expression les accusations injurieuses d'un cadre à l'égard de plusieurs directeurs de l'entreprise en leur imputant une machination après réception d'un avertissement. Cette attitude anormale était suffisamment objective et caractérisée pour justifier la rupture du contrat de travail du salarié (C.A. Versailles, 29 mai 2001, *GIE Elis c/ Moisson*, RJS 1/02 n°9).

En traitant d'incompétents et d'incapables et ce, en leur présence, l'ensemble des cadres de l'entreprise lors de la rencontre qui réunissait ceux-ci avec la direction, le salarié a outrepassé les limites du droit à la libre critique, à usage interne, quant à l'organisation et au fonctionnement de l'entreprise reconnue à tout salarié (C.A. Metz, 21 fév. 2001, *SA Alsacienne de restauration c/ Grenier*. RJS 1/ 02 n°9).

Le fait pour un salarié d'avoir envoyé à diverses personnes de l'entreprise et à un service de celle-ci un courrier électronique comparant l'activité des Arabes à celle des rats, propos racistes et attentatoires à la dignité des personnes (C.A Versailles, 6<sup>ème</sup> Ch., 11 fév. 2003, *Mouton c/ SA EBP informatique*, RJS 10/03 n°1133).

### 3.2.2.2. Les dénigrements

Des propos tenus par un cadre au cours d'un repas à caractère professionnel constituent une faute grave dans la mesure où cette salariée dénigre des dirigeants d'entreprise et porte ainsi atteinte à l'autorité de ceux qu'elle dénigrait et nuit à la bonne marche de l'entreprise. Ces propos ne relèvent pas, comme la salariée les considérait, du droit d'expression sur les conditions d'exercice ou à l'organisation du travail prévu à l'article L 461-1 du Code du travail (C.A. Versailles, 5<sup>ème</sup> Ch., 27 nov. 1992, RJS 93 n°638).

L'abus de droit d'expression et la faute grave sont caractérisés dès lors qu'un cadre a cherché délibérément à nuire à son employeur en le dénigrant auprès de ses subordonnés et en n'apportant que des critiques négatives sur sa façon de conduire les affaires sociales (Soc., 20 janvier 1993, *M. Pasquier c/ Sté Poteries des Marais et autres*, RJS 3/93 n°296).

Constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement le dénigrement par un directeur administratif des membres de la direction de l'entreprise, dont l'intéressé a mis en cause à la fois la politique commerciale, leur compétence et leur honnêteté, dépassant ainsi les limites du droit à la liberté d'expression reconnu aux salariés par l'article L 461-1 du Code du travail. Un tel comportement n'est pas en revanche constitutif d'une faute grave dans la mesure où il ne correspond pas à un acte réfléchi et prémédité mais à simple dérapage verbal, qui aurait certes dû être maîtrisé dans le contexte d'une réunion de comité d'établissement s'inquiétant d'un projet de licenciement. Les aspects positifs de la longue carrière du salarié (attestés par d'anciens responsables et par le créateur de la société louant sa compétence, son efficacité ainsi que son action dans la prospérité de l'entreprise) ne sauraient en outre être gommés et effacés par quelques minutes de défaillance. (C.A. Paris, 11 juin 1997, *Rochat c/ S.A Georges Rech*, RJS 9/98 n°1132).

Un abus est caractérisé dans le cas d'une salariée qui avait adressé à l'ensemble du personnel une note dans laquelle elle s'insurgeait contre les circonstances du départ du directeur d'établissement auquel elle avait exprimé son soutien tout en désavouant le président du conseil d'administration, avec la volonté affichée de soulever l'opinion générale en dénigrant sa gestion (Soc., 20 janvier 1999, *Gorlier c/ Association Fondation Hôtel Dieu du Creusot*, RJS 1999).

Constitue un dénigrement systématique caractéristique d'un abus de la liberté d'expression du salarié les termes employés par l'intéressé dans un courrier traduisant non seulement les difficultés de dialogue entre les parties mais une appréciation injurieuse de la part d'un cadre, récemment engagé, portée sur le fonctionnement de l'entreprise et sa direction (C.A. Rouen, 5 juin 2001, *De Beaune c/ Sté Vamo Mils*, RJS 4/02 n°516).

Le fait pour le directeur d'une école de musique d'avoir distribué ou fait distribuer un texte aux parents d'élèves de l'école pour s'opposer à une réforme pédagogique de l'association employeur constitue un abus de la liberté d'expression et une violation des obligations résultant du contrat de travail justifiant son licenciement sans préavis, alors que son opposition s'est ainsi exprimée sous la forme d'une campagne particulièrement malveillante et dénigrante auprès des tiers, avec des conséquences négatives pour la survie même de l'activité de l'association. (C.A. Versailles, 17 janvier 2003, *Defrance c/ Assoc. Amicale Laïque*, RJS n°6/03 n°837).

### 3.2.2.3. L'intention de nuire

L'intention du salarié est parfois de nuire à son supérieur en colportant sur sa personne ou dans sa conduite de l'entreprise des propos calomnieux auprès des autres salariés ou de tiers. Cette intention excède, en ce sens, les limites du droit d'expression reconnu aux salariés et caractérise une faute grave. Ainsi, la liberté d'expression est limitée par l'abus caractérisé, notamment par la diffamation et le mensonge proférés dans l'intention de nuire. Les cas suivants constituent des abus caractérisant l'intention de nuire :

Le salarié cherchant à discréditer un chef d'entreprise, semant le doute sur sa compétence dans une lettre adressée au PDG, le salarié n'exerce pas sa liberté d'expression. Son attitude, animée par la calomnie, « constitue une véritable remise en cause des prérogatives patronales » et justifie par là un licenciement pour cause réelle et sérieuse (C.A., Nîmes, 15 janvier 1985, *Juris-Data* n°600042).

Le salarié qui met « en cause auprès de tiers la personne de son supérieur hiérarchique, nommément désigné, et les conditions d'hygiène » dans la fabrication de produits alimentaires par la société employeur. Ces propos mensongers ont été adressés à un tiers journaliste qui a divulgué l'information. Il est certain, dans une telle situation, que le salarié a tenté délibérément de nuire à l'entreprise (C.A. Nancy, 26 nov. 1991, *Juris-Data* n° 045828).

Le salarié qui tient des propos infamants à l'extérieur de l'entreprise. De tels propos, accusations mensongères formulées avec l'intention de nuire, caractérisant un abus de la liberté d'expression justifient le licenciement pour faute grave du salarié (Soc., 16 nov. 1993, *Brenner c/ S.A Hutin*, RJS 1/94 n°63).

Des salariés qui avaient informé l'association *Act Up* de ce que la technique de diagnostic sérologique de recherche du virus du sida utilisée par l'employeur, le laboratoire d'Artois, n'était pas fiable et était dangereuse en ce qu'elle risquait d'induire en erreur les patients. Les accusations proférées étaient infondées. Or cette campagne de dénigrement menée contre l'employeur avait entraîné la fermeture administrative du laboratoire pendant un mois et au final le laboratoire dut fermer ses portes. Si les faits dénoncés avaient été exacts, en dépit du dommage causé à l'entreprise, les salariés auraient fait un usage non abusif de leur liberté d'expression, dans la mesure où ils auraient agi dans un intérêt supérieur à celui de l'entreprise, celui de la santé publique. Mais comme ici, les critiques étaient infondées et ne justifiaient de ce fait pas la défense d'intérêt supérieur à celui de l'entreprise. Il s'agissait donc ici d'un abus caractérisé de la liberté d'expression seule limite susceptible de lui être apportée (Soc., 4 fév. 1997, *Mmes Besnard et Baudet c/ SCP Tombeck-Gascon*, D.S. avril 1997, p. 413).

Des propos qui, étayés par aucun élément (à savoir l'absence des mesures nécessaires à la stérilisation des aiguilles utilisées par le médecin employeur qui soignait certains malades atteints du sida), avaient été tenus par un salarié à l'extérieur de l'entreprise dans le but de ruiner la réputation de l'employeur, ne peuvent constituer l'exercice du droit d'expression prévu à l'article L 461-1 du Code du travail. De tels faits sont en réalité caractéristiques d'un abus de la liberté d'expression. Le licenciement pour faute grave de ce salarié est dès lors justifié (Soc., 7 octobre 1997, *Le Roux c/ SCM Basse-Le-Reun*, RJS 11/97 n°1199).

En diffusant sciemment et largement, à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise, un courrier électronique accusant à tort l'employeur de pratiquer une politique discriminatoire à l'égard de certaines minorités, et notamment des homosexuels, le salarié commet une faute, cause réelle et sérieuse de licenciement, dès lors que ce mensonge contient des propos diffamatoires portant atteinte à l'image de marque de l'employeur (C.A. Versailles, 13 nov. 2002, 11<sup>ème</sup> Ch., *Ricaud c/ S.A CSC Computer Sciences*, RJS 6/03 n°838).

#### **3.2.2.4. La remise en cause du pouvoir patronal et de la politique générale de l'entreprise**

Le pouvoir patronal ne doit pas être remis en cause par l'exercice de la liberté d'expression qui dépasserait de justes limites. « S'il est vrai qu'un salarié, et notamment un cadre, peut dans l'exercice de son droit à l'expression émettre son opinion sur les conditions et l'organisation du travail, c'est toutefois à la condition que (...) ce droit à l'expression ne dégénère pas en une contestation systématique des méthodes de gestion mises en œuvre par l'employeur » (C.A. Toulouse, 18 sept. 1992, *Sarpp c/ Ruzzica*). Ainsi, est constitutif d'un abus de sa liberté d'expression par un salarié :

Le climat de mésentente profonde, créé par la contestation systématique de la politique générale d'une entreprise par un salarié cadre, justifiant la rupture du contrat de travail. Mais la faute grave n'est pas pour autant constituée (C.A. Toulouse, 18 sept. 1992, *Sté Laboratoire Sarpp c/ Ruzzica*).

En toute hypothèse, l'abus est caractérisé dès lors que les critiques, émises par le salarié cadre, portent sur des points essentiels ou l'ensemble de la politique de l'entreprise, et que le désaccord est persistant ou systématique (Soc., 16 janvier 1992, *Serdet c/ Les maisons Phénix*).

Les critiques sur une même question doivent être répétées ou les incidents sur des sujets divers systématiques (Soc., 19 mai 1993, *Simon c/ Somarco*). Les propos du salarié doivent être excessifs et de nature à nuire au bon fonctionnement de l'entreprise.

### **3.3. De la critique à l'alerte**

Depuis une époque récente, les juges ont pris conscience et réalisé pleinement la difficulté du « dilemme éthique » pour les cadres : se taire et garder sa place ou parler et perdre son emploi. Mais avec beaucoup de clairvoyance, les juges sont restés prudents. Si dans certaines situations, « parler au risque de se voir licencier » démontre un courage exemplaire, il faut savoir cependant qu'« un fait courageux ne doit pas conclure un homme vaillant<sup>54</sup> ». L'abus n'est jamais très loin. C'est pourquoi au fil du temps, les

<sup>54</sup> *Essais*, Montaigne.

juges ont peu à peu affiné les traits constitutifs de l'abus de la liberté d'expression pour en arriver à consacrer l'existence d'un droit de critique reconnu aux cadres, véritable prolongement de cette liberté.

On étudiera ici succinctement le droit de critique et le droit d'alerte, deux notions jurisprudentielles dont les aspects sont bien différents, mais qui poursuivent le même objectif : une conduite consciencieuse du travail.

### 3.3.1. Le droit de critique

Jusqu'à l'arrêt *Fertray* du 29 novembre 1990<sup>55</sup> qui posa le principe selon lequel « la perte de confiance ne constitue pas en soi un motif de licenciement et que le licenciement pour une cause inhérente à la personne doit être fondé sur des éléments objectifs », la Cour de cassation se montrait accueillante dans l'admission de la perte de confiance et sanctionnait sévèrement les manquements à l'obligation de loyauté qui pesait de façon plus écrasante sur les cadres que sur les autres salariés. Cette obligation était semblable pour les cadres à un véritable devoir d'allégeance envers la direction.

La jurisprudence concernant les cadres supérieurs faisait prévaloir la subordination de ces derniers et leur devoir de réserve sur leur liberté d'expression. Tout désaccord survenu sur l'exercice des fonctions du salarié cadre constituait une cause réelle et sérieuse de rupture. Les critiques qu'il était amené à formuler sur les options prises par la société pouvaient même être considérées comme une faute grave.

Ainsi, la Chambre sociale avait-elle, par un arrêt du 28 juin 1972, rejeté le pourvoi contre une décision qui avait considéré justifié le renvoi immédiat d'un salarié, spécialiste de la comptabilité et de l'organisation financière, auquel il était reproché d'avoir informé le président directeur général, les membres du conseil d'administration et le comité d'entreprise de la situation financière difficile de l'entreprise. Retenant la faute grave du salarié, la Cour d'appel avait même estimé qu'un tel comportement procédait d'une « intention malveillante ». L'intéressé qui pour sa part invoquait son « devoir d'informer les responsables », était selon elle « sorti de son rôle »<sup>56</sup>.

Une décision du 20 novembre 1986, relative certes à une entreprise de tendance, allait encore plus loin. Elle exigeait du salarié qu'il fût « en communion de pensée et de foi avec son employeur »<sup>57</sup>. Ce qu'entendait limiter une telle exigence, c'était non seulement la liberté d'expression mais la liberté d'opinion. Or, si la liberté d'expression peut être soumise à certaines limitations strictement encadrées, et cela dans tous les domaines où elle s'exerce, il n'en va pas de même de la liberté d'opinion, du moins dans un régime démocratique. C'est en considérant que cette liberté de conscience est absolue, qu'elle « relève du for intérieur du salarié »<sup>58</sup> que l'arrêt du 20 novembre 1986 est aujourd'hui considéré comme dépassé.

Les limitations qui peuvent être apportées à la liberté d'expression du salarié dépendent de la conception que l'on veut faire prévaloir du rôle de ce dernier. La jurisprudence ancienne invoquait parfois « l'intérêt de l'entreprise » pour cantonner le salarié dans un rôle de subordonné. Elle mettait à sa charge une obligation de loyauté. De telles notions constituaient sans nul doute des arguments de nature à mettre fin à toute discussion ; elles n'en étaient pas pour autant des critères fiables.

*« La loyauté à l'entreprise ne doit cependant pas obliger le salarié à exécuter n'importe quel ordre ; même dans l'armée, où l'obéissance et le loyalisme sont des vertus cardinales, la théorie des*

<sup>55</sup> Voir note n°6.

<sup>56</sup> Soc., 28 juin 1972 : Bull. civ. V, n°471.

<sup>57</sup> Soc., 20 novembre 1986 : Bull. civ. V, n°555.

<sup>58</sup> Waquet Ph., Colloque AFDT/ENM Paris, 18 et 19 nov. 1999. Incidences de la vie personnelle sur la relation de travail, « La liberté d'expression n'est pas totale, contrairement à la liberté d'opinion... Celle-ci ne peut être limitée et doit toujours être respectée, à la différence de la liberté d'expression qui a toujours subi des restrictions ». Toutefois, il convient de nuancer l'absolutisme de cette phrase. La Cour de cassation autorise toujours le licenciement pour un motif inhérent à la vie privée du salarié lorsque son comportement a créé, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité de l'entreprise, un trouble caractérisé au sein de celle-ci. La preuve de ce trouble doit être effectivement rapportée, dans le cas contraire on retombe sur le terrain normal des libertés publiques. Ainsi, à propos du salarié d'une association au service des étrangers, auquel était reproché son inscription sur la liste des candidats du Front national à l'occasion d'élections municipales, les juges du fond ont considéré que les engagements politiques personnels de l'intéressé, qu'ils soient ou non publics, ne pouvaient justifier son licenciement dans la mesure où la preuve n'était pas rapportée qu'ils aient affectés son travail (C.A., Metz 11 sept. 1990, RJS 5/91, n°559).

A l'inverse, un salarié d'une compagnie aérienne pour avoir tenu des propos politiques considérés comme diffamatoires et injurieux à l'égard de chefs d'États arabes, et notamment du chef d'État syrien, fut licencié. La Cour de cassation considéra que ce salarié n'avait pas été licencié pour ses propos politiques, mais en raison de propos offensants et injurieux, pénalement répréhensibles, et cela publiquement devant des membres de la compagnie nationale syrienne qui s'en étaient indignés. La Cour avait décidé étrangement que la nullité de licenciement n'était pas évidente, que le trouble n'était pas manifestement illicite, mais que le licenciement était fondé (Soc., 6 octobre 1993, Ghoneim c/ Syrian Arab Airlines, D.S., n°4 avril 1994, p. 358).

« *baïonnettes intelligentes* » permet à un subordonné de refuser d'exécuter un ordre illégal. Il en va de même dans la fonction publique »<sup>59</sup>.

La subordination du salarié n'est pas synonyme d'allégeance ou de soumission, et c'est pourquoi la jurisprudence a récemment infléchi sa position. En effet, si la critique peut être vive, elle ne doit jamais être excessive et la frontière qui sépare les deux, si mince soit-elle dans beaucoup de situations, s'esquisse peu à peu.

Et pour la première fois dans un arrêt du 14 décembre 1999, l'arrêt *Pierre*<sup>60</sup> encore appelé arrêt *Sanijura*, la Cour de cassation va prendre une position à contre courant de ses décisions antérieures<sup>61</sup>. Il apporte un éclairage intéressant à la fois sur le droit de critique du salarié et sur les limites de ce droit. Le problème, en l'espèce était précisément de savoir quelle était l'étendue du droit d'expression du salarié cadre et si l'intéressé en avait fait un usage abusif. Faisant application de l'article L 120-2 au droit d'expression, et plus particulièrement au droit de critique, la Chambre sociale indique clairement que ce droit n'est pas absolu. Mais elle affirme également que les restrictions qui peuvent lui être apportées ne sont nullement arbitraires, et qu'elles obéissent à des exigences de finalité et de proportionnalité, restrictions uniquement justifiées que dans la mesure où elles sont indispensables au fonctionnement de l'entreprise. Ici, reprenant les circonstances relevées par les premiers juges, la Chambre sociale remarque que « l'intéressé était chargé d'une mission de très haut niveau, dans des circonstances difficiles ». Elle en déduit « qu'il pouvait être amené à formuler, dans l'exercice de ses fonctions et du cercle restreint du comité directeur dont il était membre, des critiques, même vives, concernant la nouvelle organisation proposée par la direction ».

M. Pierre un cadre de haut niveau qui, engagé en qualité de chef comptable, avait été rapidement promu directeur administratif et financier. A la suite de la prise de contrôle de la société Sanijura par le groupe Kohler, son nouvel employeur avait proposé à M. Pierre un avenant à son contrat de travail aux termes duquel il devenait « responsable contrôle de gestion et comptabilité ».

Devant l'absence de réponse aux questions qu'il avait posées sur cette proposition de modification de son contrat de travail consécutive à la réorganisation de l'entreprise, M. Pierre remettait en mains propres à chacun des six membres du comité de direction un document dactylographié intitulé « Lettre pour la mémoire collective et l'avenir de la société Sanijura » critiquant les méthodes de gestion mises en place par la nouvelle direction. Par la suite, la société Sanijura notifia à M. Pierre son licenciement pour perte de confiance et manquement à l'obligation de réserve.

Par un arrêt infirmatif du 7 mars 1997, la Cour d'appel de Besançon décida que le licenciement de M. Pierre procédait d'une cause réelle et sérieuse : le document allait « au-delà du simple devoir d'expression critique d'un cadre dirigeant », et ce dernier aurait pu « retenir sa plume et modérer ses ardeurs ».

M. Pierre forma contre cette décision un pourvoi en cassation contestant toute forme d'exercice abusif de sa liberté d'expression. Au seul visa de l'article L 120-2, la Cour de cassation répond tout d'abord dans un attendu de principe que « le salarié jouit, sauf abus, de sa liberté d'expression dans l'entreprise et en dehors de celle-ci. Il ne peut y être apporté que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché ». L'intéressé cadre de haut niveau « pouvait être amené à formuler, dans l'exercice de ses fonctions et du *cercle restreint* du comité directeur dont il était membre, des critiques même vives (...), le document litigieux *ne comportant pas de termes injurieux, diffamatoires ou excessifs* ». Dans ces conditions, l'attitude du salarié ne pouvait constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. Par conséquent, celui-ci devait être considéré comme abusif.

Avec cette décision, la Cour de cassation définit avec précision, pour la première fois, ce qui fonde l'exercice légitime du droit de critique. Pour que ce droit ne dégénère pas en abus, elle nous indique qu'il doit respecter deux conditions :

- ✓ **Condition d'audience tout d'abord** : si les critiques, vives ou non, font partie du débat naturel au sein d'un comité de direction, les divulguer à d'autres niveaux de la hiérarchie, et a fortiori au dehors serait susceptible de déstabiliser l'ensemble de l'entreprise, en interne comme en externe. A supposer, comme dans cette affaire, que ces critiques aient été formulées par le cadre

<sup>59</sup> Ray J.-E., « Fidélité et exécution du contrat de travail », D.S., n°5 mai 1991, p. 383.

<sup>60</sup> Soc., 14 décembre 1999, D.S. n°2 Février 2000, p. 165.

<sup>61</sup> Toutefois, il convient de nuancer une fois de plus cette pseudo nouveauté jurisprudentielle. Déjà, dans une décision en date du 17 mars 1998 (C.A. Aix-en-Provence, 17 mars 1998, Rutledge c/ SA BEICIP Franlab), la Cour d'appel d'Aix avait décidé qu'« un cadre dirigeant qui continue à remplir sa mission avec toute la conscience et l'efficacité que l'employeur peut attendre de lui, est en droit de donner son opinion et d'émettre des critiques quant aux décisions prises par celui-ci dès lors qu'elles sont données avec mesure tant dans la forme que dans le fond, qu'elles sont constructives et sont émises dans le cercle restreint de l'entreprise et dans son seul intérêt, et que l'exercice de ce droit de critique ne nuit pas à sa bonne marche ».

en dehors des réunions du comité de direction et, en particulier, en présence des salariés appartenant aux catégories professionnelles employés et ouvriers, il ne serait pas exclu de caractériser, dans ce cas, l'abus de sa liberté d'expression<sup>62</sup>.

- ✓ **Condition de forme et de contenu ensuite** : afin de formuler sa critique, orale ou écrite, le cadre ne doit jamais céder à la tentation colérique d'insulter ses collègues ou supérieurs. Il va de soi que des termes injurieux ou diffamatoires, qui constituent par ailleurs des infractions pénales, ne sont pas acceptables. Il est dès lors absolument nécessaire pour le cadre de pouvoir canaliser ses ardeurs et de réaliser sa critique avec courtoisie sans jamais tomber dans l'excès.

Cet arrêt reconnaît que **« le pouvoir de dire non, dans l'intérêt bien compris de l'entreprise, est le propre d'un cadre supérieur responsable. Beaucoup de chefs d'entreprise, et c'est heureux, sont autodidactes ; mais ils ne sont pas omniscients, et il est logique que leurs cadres prennent position dans leur domaine d'expertise »**<sup>63</sup>. Non seulement la jurisprudence ne désapprouve plus un cadre supérieur qui « sortirait de son rôle », en alertant les responsables sur les difficultés de l'entreprise, mais elle lui reconnaît un **véritable droit de critique** sur « l'organisation proposée par la direction ». *« Avec cette solution, la Chambre sociale opte pour une responsabilisation du salarié qui allège fortement la subordination traditionnellement considérée comme le critère du contrat de travail. Cette responsabilisation va dans le sens des évolutions récentes qui infléchissent le contenu du salariat »*<sup>64</sup>.

Avec cette décision, la Cour de cassation a franchi un pas gigantesque dans la défense de droits fondamentaux, en l'occurrence ici la liberté d'expression ayant comme prolongement l'exercice du droit de critique, en favorisant *« le statut d'homme libre...sur la situation de contractant »*<sup>65</sup>.

### 3.3.2. Le droit d'alerte<sup>66</sup>

*« Nouveau rebondissement dans l'affaire Vivendi : deux responsables de la direction financière du groupe et un dirigeant de la Deutsche Bank sont mis en examen. De quoi attiser la brûlante question des limites de la responsabilité des cadres, dans l'exercice de leur fonction. Accusés d'avoir manipulé les cours de VU en rachetant massivement des titres du groupe à la veille de la présentation des résultats financiers de l'entreprise (ce que la loi française interdit) à l'autonome 2001, les trois optent pour la même ligne de défense : ils n'ont fait qu'obéir aux ordres de leur direction respective, à qui ils avaient pourtant signalé les problèmes posés par l'opération »*<sup>67</sup>.

Cet exemple illustre une fois de plus la complexité de la position des cadres au sein de leur entreprise, plus précisément, il touche la responsabilité (ici pénale) des cadres dans l'application d'une directive illégale.

<sup>62</sup> Ray J.-E., dans la note précitée, préconise d'ailleurs d'être prudent face à l'utilisation des nouvelles technologies : *« Dans l'avenir, la mode des e-mails, au style télégraphique et donc souvent abrupt, systématiquement envoyés en copie à 142 destinataires sur l'Intranet et a fortiori sur Internet risque en revanche de fournir un motif réel et sérieux »*.

<sup>63</sup> Ray J.-E., note précitée.

<sup>64</sup> Aubert – Monpeyssen Th., note précitée. (voir également Supiot A., « Le travail, liberté partagée », D.S. 1993, p. 715 ; « Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe », D.S. 1999, p. 432).

<sup>65</sup> Verdier J.-M., « Libertés et travail, Problématique des droits de l'homme et rôle du juge », D. 1988, p. 65.

<sup>66</sup> L'expression de « droit d'alerte » peut paraître incohérente au vu de la législation sociale actuelle. En effet, le droit social actuel consacre déjà deux formes « d'alerte ». Au niveau collectif, la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984, qui introduit l'obligation pour certaines entreprises d'établir et de communiquer des documents spécifiques, institue une procédure d'alerte interne qui permet au comité d'entreprise d'intervenir auprès des organes chargés de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise, auprès des associés, lorsque la situation économique de l'entreprise se révèle préoccupante ( article L 432-5 du Code du travail). Ensuite, sur le plan individuel, il existe également un « droit d'alerte », communément appelé « droit de retrait », mais dont l'utilisation est cantonnée à une situation précise. L'article L 231-8 du Code du travail prévoit ainsi que *« tout salarié est fondé à signaler immédiatement à son employeur ou à son représentant toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave pour sa vie ou sa santé, ainsi que toute déféctuosité qu'il constate dans les systèmes de protection »*. Ce droit est lié à l'existence d'un danger éminent au sein de l'entreprise pour l'intégrité personnelle du salarié. Cependant, pour évincer toute ambiguïté à ce sujet, l'expression de « droit d'alerte » qui est employée dans cette étude est à placer dans un contexte différent de ces deux notions. Elle est relative à l'ensemble des situations où un salarié, cadre ou non, reçoit un ordre contraire à la loi et à l'intérêt public, susceptible de mettre en jeu sa responsabilité personnelle, ou observe des comportements de sa hiérarchie, employeur ou non, également contraire à la loi et à l'intérêt public. Au risque de voir sa responsabilité engagée, à titre de complicité par exemple, il doit bénéficier d'un droit d'alerte. Les hypothèses sont nombreuses et la liste non exhaustive : manœuvres financières frauduleuses au sein l'entreprise, pollution de l'environnement. Si ce droit n'a pour le moment aucune reconnaissance législative, la jurisprudence a toutefois matérialisé son existence, sans le nommer précisément, n'employant jamais, pour éviter toute confusion avec les formes d'alerte précédemment citées, l'expression de « droit d'alerte ». Néanmoins, cette expression est celle que l'on utilisera dans cette étude, car elle correspond idéalement aux situations rencontrées.

<sup>67</sup> *Courrier Cadres*, n°1533-8 avril 2004, p. 11.

A la différence du droit de critique étudié précédemment (consistant le plus souvent à apporter des remarques constructives sur la politique générale menée par l'entreprise), le droit d'alerte ne se situe plus uniquement dans la sphère interne de l'entreprise. Il se localise également sur le terrain de l'ordre public.

Dans l'affaire *Vivendi* comme dans d'autres, les mêmes interrogations se succèdent : un cadre a-t-il la possibilité de s'opposer, voire de signaler les ordres contraires à la loi ? Un cadre est-il responsable des infractions commises ? Et dans l'affirmative, quel est son degré de responsabilité ?

La réponse dépend d'une analyse concrète des faits. Il ne faut jamais perdre de vue que si le cadre dispose de son libre arbitre, il reste au sein de l'entreprise un salarié. Cette qualité de salarié n'anéantit pas évidemment son discernement sur la légalité d'un ordre, mais elle le pousse à une réflexion. Ce qui caractérise le contrat de travail, c'est le lien de subordination. Par essence pour que ce contrat perdure (et qu'une carrière professionnelle suive un cours normal), le salarié se doit d'appliquer les directives données par sa hiérarchie. Dans le cas contraire, un refus peut aboutir à la rupture de ce contrat<sup>68</sup>.

Mais, la crainte du licenciement justifie-t-elle la passivité du cadre devant la mise en œuvre d'un ordre manifestement illégal ? Assurément non et en vaut pour preuve la présente affaire *Vivendi*. L'examen d'autres affaires concernant des cadres, montre bien qu'au nom même de leurs fonctions, ils peuvent être mis en cause devant des juridictions, pénales et civiles, pour des délits d'homicide ou de blessures involontaires par imprudence, négligence, manquement à une obligation de sécurité fixée par la loi, mise en danger délibéré de la vie d'autrui, mais aussi pour des délits financiers, pour des atteintes à l'administration et à la confiance publique, pour des atteintes à l'environnement, etc.

Le cadre se trouve alors dans une position encore plus inconfortable : d'une part, la peur du licenciement, de l'autre l'étau de la justice et le risque de voir engager sa responsabilité personnelle.

Est-il alors possible pour un salarié cadre de signaler à des tiers des ordres ou des comportements illicites de son supérieur hiérarchique ou de son employeur ? Dans quelles circonstances ? Et quelles en sont alors les conséquences ?

Il ne faut jamais perdre de vue que la loyauté à l'entreprise ne doit pas obliger le salarié à exécuter n'importe quel ordre et que la subordination du salarié cadre n'est pas soumission.

Si l'on observe rapidement la législation sociale relative au droit d'alerte des salariés, une fois de plus on est frappé par l'absence de textes juridiques de portée générale. Tout au plus, sur le plan individuel, ce droit existe sous le nom de droit de retrait. Reconnu tant par le droit du travail en matière de sécurité du travail (article L 231-8 et L 231-9 du Code du travail) que par les textes concernant les fonctions publiques, ce droit de retrait prévoit que tout salarié, sans encourir de sanction sous aucune forme, peut se retirer de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie et sa santé. La seule limite à ce droit de retrait serait que son exercice puisse créer pour autrui une nouvelle situation de danger grave et imminent.

Cependant ce droit existe au sein des fonctions publiques, sous certaines conditions : il s'agit du « droit de désobéissance ». Il est la contrepartie du devoir d'obéissance du fonctionnaire défini dans le Statut général des fonctionnaires. L'article 28 du titre I dispose que « tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public. Il n'est dégagé d'aucune des responsabilités qui lui incombent par la responsabilité propre de ses subordonnés ».

Le Code pénal mentionne également le devoir d'obéissance, mais de manière moins impérieuse. L'article 122-4 § 2 du Code pénal dispose ainsi que « n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ».

Ce devoir de désobéissance va de pair avec l'indépendance reconnue au fonctionnaire qui a toute latitude pour faire connaître à sa hiérarchie son opinion sur la décision prise, pour attirer son attention sur les conséquences néfastes qu'elle risquerait d'entraîner, pour se faire préciser l'ordre reçu, voir se le faire confirmer par écrit. Les composantes du pouvoir hiérarchique ne privent pas le fonctionnaire de son devoir de critique et d'alerte. Il est clair cependant que la réalité de la mise en œuvre de ces textes n'est ni facile ni évidente.

<sup>68</sup> «Le chômage des cadres et le traumatisme qui l'accompagne. En un peu plus d'une décennie, de 1986 à 1997, il a plus que doublé, passant de 60 000 à 160 000... Après avoir été épargnés, les cadres se découvrent, à leur tour, soumis à la contrainte économique... Ils avaient le sentiment d'être aimés à la mesure de leur dévouement pour l'entreprise, ils se découvrent utilisés avec cynisme et traités avec la pire des ingratitude, réduits au sort d'un objet jetable après usage intensif et quasi-destructuration... ». Le Goff J. « Vers un devoir de critique ? Formes et limites du droit d'expression », *Cadres CFDT* n°401-402, novembre 2002, p. 85.

En la matière nous constatons un quasi vide juridique pour les salariés du secteur privé, que la jurisprudence est venue combler progressivement. A l'occasion de différentes décisions, celle-ci est venue préciser qu'un salarié peut refuser de s'associer à une pratique illicite et d'exécuter un ordre illégal. Lorsque les actes illicites sont le fait d'un supérieur hiérarchique et visent à réaliser des opérations frauduleuses au détriment de l'employeur, il appartient au salarié de refuser d'exécuter les ordres reçus et il commet une faute grave en ne le faisant pas<sup>69</sup>. Si les actes frauduleux sont l'œuvre de l'employeur, le refus d'accomplir les actes illicites risque d'entraîner la rupture du contrat de travail, mais cette rupture sera imputable à l'employeur et présentera un caractère abusif<sup>70</sup>.

Par ailleurs, la Cour de cassation a progressivement délimité le droit reconnu aux salariés de signaler certains faits ou circonstances. Elle a posé le principe<sup>71</sup> que le fait pour un salarié de porter à la connaissance d'un tiers des faits anormaux concernant l'entreprise, qu'ils soient ou non susceptibles de qualification pénale, n'est pas en soi fautif à condition que ces accusations ne soient pas mensongères et que le salarié ait agi de bonne foi, sans vouloir volontairement porter atteinte à son employeur. Dans tous les cas, il convient donc d'opérer une distinction entre l'alerte légitime protégée par la liberté d'expression et la dénonciation interdite, analysée comme une faute de son auteur.

Pour illustrer ce principe, il convient de revenir sur la décision<sup>72</sup> du 4 février 1997, déjà étudiée plus haut. Des salariées avaient informé l'association *Act up* de ce que la technique de diagnostic sérologique de recherche du virus du sida utilisé par leur employeur, le laboratoire d'Artois, n'était pas fiable et était dangereuse en ce qu'elle risquerait d'induire en erreurs les patients (risques de « faux négatifs »). Dans un article du quotidien *Le Parisien* (antérieur au licenciement), les salariées expliquaient que le regroupement de tests permettait au laboratoire de gagner du temps et de l'argent. Les salariées avaient donc publiquement imputé à leur employeur l'utilisation consciente de tests de sida non fiables et, ce, dans un but lucratif. Les propos n'avaient en réalité été tenus que dans le but de nuire à l'employeur, l'abus fut caractérisé.

Cet arrêt est intéressant à étudier à la lumière du droit d'alerte. En effet, si les faits signalés avaient été exacts, en dépit du dommage causé à l'entreprise, les salariées auraient fait un exercice non abusif de leur liberté d'expression dans la mesure où elles auraient agi dans un intérêt supérieur à celui de l'entreprise, celui de la santé publique. Mais en réalité, comme la technique de tests utilisée par l'employeur n'avait pas été interdite, sa dénonciation publique ne pouvait se justifier par la défense d'un intérêt supérieur à celui de l'entreprise.

Si dans cette affaire, les salariées s'étaient limitées à saisir les autorités publiques compétentes des pratiques de leur laboratoire qu'elles estimaient dangereuses pour la santé publique, il eut été difficile de leur reprocher une faute (principe de précaution). De plus, si les pratiques s'étaient avérées réellement dangereuses, c'est leur silence qui aurait constitué une complicité des pratiques illicites. Mais en s'adressant, pour exprimer leur contestation de ces pratiques, à des tiers qui n'avaient pas la qualité ni la compétence pour les sanctionner, elles avaient manqué à leurs obligations contractuelles de réserve et de fidélité envers leur employeur.

A l'inverse, dans une affaire<sup>73</sup> en date du 18 décembre 2002, « le fait pour une psychologue affectée à une pouponnière de porter à la connaissance d'une association, confiant des enfants en attente d'adoption à cette même pouponnière, les dysfonctionnements de celle-ci pouvant porter atteinte à la santé physique et mentale des enfants confiés n'est pas en soi fautif. Une Cour d'appel ayant relevé, d'une part, que les faits dénoncés par la salariée étaient exacts, d'autre part, qu'elle en avait averti sa supérieure hiérarchique depuis longtemps et à plusieurs reprises, sans résultat, et qu'aucune concertation n'était plus possible avec l'équipe soignante, a pu décider que le licenciement ne reposait ni sur une faute grave ni sur une cause réelle et sérieuse ». Dans cette affaire, les observations du juge établissent que les conditions de l'exercice normal du droit d'alerte sont remplies, à savoir : accusations non mensongères et l'intéressé n'ayant pas agi avec légèreté ou mauvaise foi. Cette alerte se justifiait par un intérêt supérieur à celui de la pouponnière : la santé physique et mentale des enfants confiés.

Dans une autre affaire<sup>74</sup>, en date du 22 novembre 2002, la Cour d'appel de Versailles a pu décider que « n'excède pas le droit d'expression et de critique reconnu aux salariés, et ne justifie donc pas le licenciement, la participation de l'un d'entre eux à l'envoi d'un courrier adressé au président du conseil général et aux différentes autorités concernées par le fonctionnement de l'association employeur, attirant

<sup>69</sup> Crim., 8 janv. 1991, RJS 3/91, n°321.

<sup>70</sup> Paris, 25 juin 1995, RJS 8-9/95, n°870.

<sup>71</sup> Soc., 14 mars 2000 n°1285 P : RJS 4/00 n°388, Bull. Civ. V n°104.

<sup>72</sup> Soc., 4 fév. 1997, Mmes Besnard et Baudet c/ SCP Tombeck-Gascon, D.S. avril 1997, p. 413

<sup>73</sup> Soc., 18 déc. 2002, Cramif c/ Barokas. RJS 3/03 n°326, p221.

<sup>74</sup> CA Versailles, 22 nov. 2002, Checco c/ Assoc. Insertion et Solidarité, RJS 6/03 n°836.

l'attention des destinataires sur les dysfonctionnements internes à celle-ci, et retraçant la chronologie du conflit opposant les travailleurs sociaux au directeur, alors que, compte tenu de l'extrême tension existant au sein de l'association, les salariés ont voulu donner leur opinion sur le conflit aux autorités desquelles dépendait le financement, et donc la pérennité, de la structure où ils travaillaient ».

De façon similaire à l'affaire précédente, il est possible de caractériser l'exercice normal du droit d'alerte : les propos ne sont pas mensongers et l'intéressé n'a pas agi avec légèreté ou mauvaise foi. Cette alerte, destinée à donner l'opinion des salariés sur le conflit aux autorités desquelles dépendait le financement de l'association, était guidée par la nécessité d'assurer pour l'avenir la pérennité de l'entreprise et donc des emplois.

Le droit d'alerte, s'il n'a pas aujourd'hui d'existence légale sur le plan individuel, est malgré tout un droit jurisprudentiel bien circonscrit. Toutefois, et c'est probablement la principale limite pour le salarié, il ne conduit jamais, après licenciement, à sa réintégration au sein de l'entreprise. L'acte courageux n'est pas récompensé à sa juste valeur. Il serait légitime que le salarié qui signale des dysfonctionnements graves, violant très souvent des dispositions d'ordre public, voire dans certaines situations la dignité de la personne humaine, puisse avoir le choix entre la prononciation de son licenciement abusif ou sa réintégration au sein de l'entreprise. Aujourd'hui, si ce salarié est indemnisé, il n'en demeure pas moins qu'il est privé d'emploi.

L'exercice du droit d'alerte, pour être possible, devrait donc s'accompagner d'une protection réelle, par la loi, même si, on le sait bien, le salarié ayant mis en œuvre le droit d'alerte reste souvent « marqué » au sein de son entreprise, sa carrière ayant souvent à en souffrir ultérieurement.

## 4. Des moyens préventifs possibles

« Droit d'expression : si c'était cela aussi la transformation d'une société ? <sup>75</sup> » écrivait, il y a plus de vingt ans, Jean-Paul Jacquier dans la revue *Droit Social*. Les lois Auroux ont fait naître, sur le terrain de la liberté d'expression, de nouvelles espérances. Rapidement, il faudra cependant se rendre à l'évidence : trop formel dans son application et trop restrictif, l'article L 461-1 du Code du travail s'ajustait mal au vif désir d'expression individuelle du salarié <sup>76</sup>.

Pour autant, ce dispositif n'aura pas été vain, puisqu'il a servi de tremplin aux pratiques d'expression dans l'entreprise, en particulier pour les cadres. Ce texte a le mérite d'avoir suscité la curiosité des juges qui se sont efforcés d'éclaircir une notion pour le moins ambiguë. Mais aujourd'hui, toute la question est de savoir si cette conception prétorienne de l'expression des salariés est connue et pratiquée par les cadres. Quel est l'état des comportements ?

Il ressort d'une enquête <sup>77</sup> récente de la CFDT que trois quarts des cadres interrogés ont déjà ressenti le besoin de s'opposer à une consigne de leurs supérieurs. Ils sont 80% à avoir exprimé des divergences de vue avec leur hiérarchie qui, dans 49% des cas, a tenu compte leur avis. Il n'empêche que dans nombre de situations, les cadres se taisent par crainte de sanctions.

Par ailleurs, près d'un salarié sur deux (47%) considère qu'il court un risque de se faire mal voir en prenant la parole dans son entreprise (37% des cadres) <sup>78</sup>. Seule une courte majorité de salariés (52%) estime que « face à un problème au travail », il est préférable de s'exprimer parce que « cela est utile ». Ce qui veut dire, à l'inverse, que l'autre moitié ne se fait aucune illusion quant à sa prise de parole dans l'entreprise lorsqu'un problème survient.

Au vu de ces chiffres, la perplexité est de mise, un constat s'impose : l'usage de la parole (la critique et l'opposition) dans l'entreprise reste un exercice difficile.

Il n'est donc pas surprenant d'observer que 72% des cadres, interrogés dans l'enquête citée, souhaitent l'instauration d'un droit d'initiative et d'opposition au nom de leur responsabilité professionnelle et des risques qu'ils prennent (42% souhaiteraient que les organisations syndicales le négocient et en surveillent l'application, 30% préféreraient une loi).

Malgré une position jurisprudentielle qui s'est affinée au fil du temps, le cadre reste quant à lui dans le flou. Pour en sortir, il est en attente de techniques juridiques capables de donner crédit à sa parole.

Initiative, critique, opposition, alerte : c'est ainsi que l'on peut classer par ordre ces différents termes. Ils n'ont pas la même intensité et ils ne s'inscrivent pas dans les mêmes situations. Les outils garant de leur légitimation doivent eux aussi suivre cette échelle de valeur.

Pour l'initiative et la critique, il faut un outil permettant une prise de conscience collective, un outil souple puisque l'initiative et la critique sont les actes normaux d'un cadre, les signes évidents d'une qualité d'expert. fixant les règles internes de déontologie, une charte éthique ou un code de « bonnes conduites », peuvent être des outils juridiques de régulations intéressants car permettant d'explicitier les règles du jeu internes.

Par contre, il en va différemment pour l'opposition et l'alerte. Il s'agit là pour le cadre d'une prise de position forte. Si elle est avant tout professionnelle, cette prise de position est souvent guidée par la nécessité de respecter la loi et l'intérêt général. Un outil juridique fort semble être une solution efficace pour protéger au mieux l'intégrité du cadre. Il peut dès lors s'agir d'une loi, une disposition législative énonçant directement la protection du cadre dans l'hypothèse d'une opposition ou d'une alerte. Cela devrait être complété par une disposition législative incitant ou obligeant les entreprises à élaborer des démarches déontologiques et des codes de déontologie, ainsi que des procédures de contrôle *ad hoc*.

### 4.1. Initiative et critique

Il appartient à chaque cadre dans l'exercice de ses fonctions d'avoir un esprit d'initiative et de savoir formuler des critiques constructives pour la bonne marche de l'entreprise, c'est ce qui fondamentalement

<sup>75</sup> Jacquier J.-P., « Droit d'expression : si c'était cela aussi la transformation d'une société ? », D.S., septembre 1983, p.561.

<sup>76</sup> Le Goff J., « Les lois Auroux, vingt ans après », D.S., juillet 2003.

<sup>77</sup> Enquête *Travail en questions Cadres* menée de février à juin 2002 auprès de 6700 cadres (CFDT Cadres).

<sup>78</sup> Sondage réalisé par l'*Observatoire du travail L'Express-Bernard Brunhes Consultants-BVA*, l'Express 01/03/2004.

le différencie du salarié *lambda*. C'est sa fonction de responsabilité ou d'expertise qui rend plus flexible le lien de subordination à l'employeur. Il lui procure plus de latitude, plus d'autonomie. Comme on l'a étudié dans l'examen de la jurisprudence sur le droit de critique, le cadre est en droit de donner son opinion et d'émettre des critiques quant aux décisions prises par l'employeur dès lors qu'elles sont formulées avec mesure, qu'elles sont constructives et émises dans le cercle restreint de l'entreprise et dans son seul intérêt, et que l'exercice de ce droit de critique ne nuit pas à sa bonne marche.

Paradoxalement, cette position n'est pas partagée par tous les employeurs ou directions d'entreprise. Leur vision est-elle incohérente ? Cette situation trouve son explication dans la confiance absolue et la disponibilité qu'un directeur souhaite avoir avec ses cadres. Ainsi, il semble plus normal, aux yeux de dirigeants, de voir un salarié, positionné en bas de l'échelle, contredire une politique générale d'entreprise, plutôt qu'un cadre, principal confident et dépositaire de toutes les informations relatives à l'entreprise. Alors que pour certains, un cadre se devrait d'être en accord « de pensée et de foi » avec son employeur, une critique sera par conséquent plus rapidement perçue comme excessive dans la bouche d'un cadre parce qu'elle est la vision d'un expert, et entraînera alors une sanction, très souvent un licenciement.

Pour autant, est-il nécessaire de créer un outil juridique fort (tel une loi) pour protéger le cadre ? La réponse n'est pas si simple car les situations sont variées.

En premier lieu, les acteurs ne sont jamais les mêmes. A ce sujet, quatre grandes catégories se profilent : celle des cadres « politiques », des cadres de direction, des cadres gestionnaires, des cadres techniques.

*« A chacune d'elles correspond un degré spécifique d'implication, d'identification et par voie de conséquence d'obligation vis-à-vis de la direction. Sur la première, symétrique de la catégorie des hauts fonctionnaires (membres de cabinets et directeurs d'administration centrale) révocable ad nutum, pèse une obligation de loyalisme interdisant toute forme d'expression publique autonome sur la vie de l'entreprise. La seconde, recouvrant les directeurs d'unité ou chefs de très grands services, est astreinte à la loyauté autorisant une part de débat et de mise en cause critique des mesures de gestions mais dans une forte coïncidence néanmoins avec le choix de l'entreprise. La troisième (cadres intermédiaires, responsables de services ou de petites unités) ne supporte qu'un devoir de réserve n'impliquant un même degré d'adhésion, de connivence avec la politique menée par la direction. (S'agissant des autres cadres, ne pèse sur eux qu'une « simple » obligation de réserve, c'est-à-dire de prudence dans l'expression des opinions, spécialement à l'extérieur, qui impose un devoir de relative neutralité). Quant aux derniers, enfin, on pourrait parler d'une obligation de simple discrétion, toute la difficulté étant de déterminer le rattachement à telle ou telle catégorie »<sup>79</sup>.*

La seconde raison tient aux engagements contractuels de l'intéressé. Il peut paraître antinomique de concevoir qu'une loi autorise de façon formelle un droit de critique (dans et hors entreprise) alors que dans le même temps le salarié y renonce en intégrant en son contrat de travail une clause de discrétion ou de confidentialité.

Enfin, l'exercice du droit de critique est le prolongement direct de la liberté d'expression. Cette liberté inhérente à la qualité de citoyen n'est pas absolue. Il est toujours possible en effet de lui apporter des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et justifiées par le but recherché (article L 120-2 du Code du travail). De plus, la critique varie d'intensité. Dans tous les cas, seule l'appréciation *in concreto* du juge peut déterminer si un abus est caractérisé ou non.

Toutefois, l'outil juridique semble nécessaire. Il permettrait ainsi de faire prendre conscience aux dirigeants que l'exercice du droit de critique est conforme à une conduite consciencieuse du travail par le cadre, dans l'intérêt de la pérennité de l'entreprise. Il montrerait ainsi que critiquer n'est pas faire acte d'insubordination.

Cet instrument juridique peut prendre la forme d'une charte de bonnes pratiques. Pour éviter les litiges, syndicats et employeur pourraient fixer dans un document les règles internes, relatives notamment aux rapports entre les cadres et leur employeur ainsi qu'à la déontologie propre à l'entreprise. Chaque entreprise aurait la liberté d'adopter ou non un tel document. Il pourrait être annexé au contrat de travail ou prendre la forme d'une note de service.

<sup>79</sup> Le Goff J., « Vers un devoir de critique ? Formes et limites du droit d'expression », *Cadres CFDT* n°401-402, novembre 2002, p. 83.

## 4.2. Opposition et alerte

A ce sujet, il convient d'avoir une position différente, mais également mesurée. En effet, de prime abord, s'opposer et ensuite signaler à une tierce personne des actes illicites est un acte grave et ses conséquences peuvent être fâcheuses s'il s'agit en réalité d'un abus.

Mais il existe des situations où le cadre ne désire pas cautionner des manœuvres illégales. Dans ce type de situation, il se retrouve dans une impasse. En se démarquant de telles pratiques, il sait que ses jours au sein de l'entreprise sont comptés, il risque en effet de se voir licencier. D'un autre côté, s'il continue à travailler, sans mot dire, il se rend complice des infractions. L'état de la justice plane alors au-dessus de lui. Que fera-t-il alors valoir devant les juges (au pénal s'il s'agit d'une infraction caractérisée) ? Il se défendra en expliquant qu'il n'a fait qu'agir sur ordre.

Une argumentation qui risque d'avoir du mal à convaincre surtout si le cadre a accepté une délégation de pouvoir<sup>80</sup>. Le principe est clair : si par action ou omission, un cadre se trouve impliqué dans des pratiques illégales de son entreprise, il devra rendre des comptes à la justice. La Cour de cassation a délimité le droit reconnu aux salariés d'alerter sur certains faits ou circonstances.

Le droit d'alerte reconnu sur le plan jurisprudentiel a également une existence légale, mais uniquement pour certains cadres.

Ainsi, l'article 40 alinéa 2 du Code de procédure pénale dispose que « toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès verbaux et actes qui y sont relatifs ». Il ne s'agit donc que des cadres des fonctions publiques, les cadres du secteur privé n'étant pas concernés.

Mais, l'idée d'élargir ce droit à l'ensemble des cadres, tous secteurs confondus, est intéressante.

Deux questions surgissent. La première : une disposition comparable à l'article 40 du Code de procédure pénale est-elle pour autant protectrice ?

Oui, car elle rend légitime l'exercice de l'alerte. Mais, il est nécessaire qu'une telle disposition prévoie expressément la protection du cadre. A l'inverse, le mutisme du texte, à ce sujet, n'assure pas au cadre l'impossibilité d'être sanctionné ou licencié.

L'autre question tient à la teneur d'une telle disposition : S'agit-il d'une obligation absolue ou d'une simple possibilité de signaler l'acte illicite ? S'il s'agit d'une possibilité simple de dénoncer l'acte illégal, il faut alors se référer ici à la conscience personnelle du cadre (c'est l'éthique de chacun). Par contre, s'il s'agit d'une obligation absolue de dénoncer, le juge se montrera sévère à l'égard du cadre qui n'aura pas répondu aux prescriptions légales.

La question se pose également de savoir par quel moyen juridique il sera possible de consacrer le droit d'alerte du cadre. Quels sont alors le ou les outils juridiques adéquats ?

Nombreux sont ceux qui souhaitent l'adoption d'une loi, mais c'est sans compter déjà sur l'existence de l'article L 120-2 du Code du travail dont la vocation est de prendre à sa charge la défense de l'ensemble des droits et libertés fondamentales.

L'alerte étant déjà prévue pour les fonctionnaires, il serait possible de prévoir parallèlement la mise en place d'un tel droit à l'ensemble des salariés du secteur privé.

Dans le cas contraire, au niveau conventionnel, il semble alors urgent de prévoir la possibilité pour le cadre d'exercer un droit d'alerte, ou comme certains le souhaitent d'obliger par le biais d'un accord collectif la nécessité d'intégrer au contrat de travail du cadre une clause de conscience<sup>81</sup>.

Comment ce dispositif doit-il se réaliser ?

Le droit d'alerte pourrait d'abord être mis en place par la loi. Cela permettrait de faire prendre conscience à l'ensemble des dirigeants, comités de direction et employeurs que le droit d'alerte est une prérogative attachée à chaque cadre, à chaque salarié. A l'image du dispositif prévu à l'article L 461-1 alinéa 2, il est

<sup>80</sup> Soc., 14 déc. 2001 : Pour avoir établi sciemment de faux contrats de qualification au seul bénéfice de son employeur, sans n'avoir tiré aucun profit de la manœuvre, le comptable d'un hypermarché a écopé d'une amende de 1500 € pour faux, usage de faux et escroquerie. Il a également dû, au civil, verser des dommages et intérêts à l'Urssaf, sur ses propres deniers.

<sup>81</sup> Cette solution est notamment proposée par l'Association nationale des directeurs financiers et de contrôle de gestion. Ainsi, Jean-François Bosquet, Président de l'ANDFCG, expliquait que « contrairement au commissaire aux comptes, qui peut émettre des réserves publiques sur la sincérité d'une présentation comptable, le directeur financier ne dispose d'aucune arme statutaire pour résister aux pressions de sa hiérarchie ».

important aussi que ce droit d'alerte prévoie, quand son exercice est justifié, l'impossibilité de sanctionner ou de licencier.

En second lieu, ce droit d'alerte pourrait faire l'objet d'une disposition contractuelle à l'intérieur du contrat de travail. En effet, c'est au plus profond de sa conscience personnelle que le cadre peut décider de ce qu'il doit faire. Sous quelle forme ?

A l'instar de la clause de conscience des journalistes (article L 761-7 du Code du travail<sup>82</sup>) ou de celle des médecins, beaucoup militent actuellement pour l'instauration d'une clause de conscience dans le contrat de travail du cadre. Certains cadres ont pu faire inclure dans leur contrat de travail une clause leur permettant, dans des situations précises (modification de leur ligne hiérarchique, restructuration de la direction), de quitter l'entreprise en imputant la rupture à l'employeur. La Cour de cassation se montre très compréhensive lorsqu'il s'agit d'appliquer ces dispositions contractuelles<sup>83</sup>.

Avec l'intégration d'une telle clause de conscience et face à des situations frauduleuses au sein de l'entreprise, le cadre pourrait alors poser sa démission en bénéficiant des mêmes droits qu'en cas de licenciement. La limite d'un tel système tient à un retour au point zéro. Le cadre quitte l'entreprise, il est certes indemnisé, mais il ne retrouve pas son emploi.

La mise en œuvre de ce mécanisme doit toujours être l'ultime alternative, car il est incohérent d'observer que c'est le cadre, honnête et intègre, qui quitte l'entreprise. Il faut bien admettre aussi que pour le cadre, aujourd'hui « *réduit au sort d'un objet jetable après usage intensif et quasi-déstructuration*<sup>84</sup> », la négociation d'une telle clause contractuelle semble être une tâche ardue, à la différence de celle des journalistes qui est quant à elle entrée, pour des raisons historiques, dans les mœurs.

A l'évidence, la solution la plus efficace pour intégrer une telle clause dans un contrat de travail réside dans la négociation d'accords collectifs. Cet accord pourrait étendre et rendre obligatoire l'insertion de clause de conscience dans le contrat de travail du cadre. Tout l'intérêt, pour un cadre démissionnaire, de mettre en jeu la clause de conscience est de pouvoir ainsi bénéficier de l'indemnité de licenciement, calculée selon les mêmes modalités qu'en cas de licenciement. Il appartiendra alors aux partenaires sociaux de négocier les motifs d'invocation de cette clause par le cadre. Cette nouvelle disposition collective n'imposant aucun délai aux cadres pour mettre en œuvre la « clause de conscience », il suffit, pour que les dispositions de cet article puissent être invoquées, que la résiliation du contrat de travail ait été motivée par l'une des circonstances énumérées.

Toutefois, avant la mise en œuvre de la clause de conscience, il serait envisageable de créer une étape intermédiaire, une étape fondée sur l'analyse objective des circonstances et des faits qui opposent le cadre à sa hiérarchie, organisant une procédure d'alerte.

Aux Etats-Unis et dans d'autres pays<sup>85</sup>, cet usage a un nom : le *whistleblowing*, littéralement appelé en français « le coup de sifflet ». Adoptée en 2002 en réponse préventive aux affaires *Enron* et autres, la loi *Sarbanes-Oxley* impose aux sociétés américaines et étrangères, cotées en Bourse à New-York, d'instaurer des procédures internes permettant aux salariés de signaler les fraudes dont ils sont témoins ou complices.

Il est difficile de trouver une traduction française idéale du terme « *whistleblowing* ». Littéralement, il s'agit d'un « coup de sifflet ». En ce sens, c'est la faculté que possède une personne de déclencher la sonnette d'alarme devant une situation qu'elle juge légitimement inacceptable. Ainsi, ce terme a été défini de différentes manières en français et il n'y a pas de choix définitivement certain. Il n'est pas rare de lire les termes français « dénonciation » et « dénonciateur » pour traduire les termes « *whistleblowing* » et « *whistleblower* ». Ces termes sont souvent utilisés lors de la traduction de documents rédigés en anglais qui traitent de ce sujet (notamment au Canada). Cependant, cette traduction française n'est pas la plus adéquate. Ce terme, proche du terme de délation, est difficilement acceptable. Dénoncer c'est rompre un engagement, détruire un climat de confiance, et en ce sens dire qu'un salarié dénonce, c'est le rendre coupable de lâcheté envers ceux qui lui portait de la confiance. Le terme de « dénonciation » n'est pas le terme idéal, il rend le salarié socialement coupable d'un geste hypocrite. Il convient donc de parler plus exactement « d'alerte éthique » ou, comme pour les travailleurs sociaux, de « signalement ». Ces termes

<sup>82</sup> Il prévoit ainsi que le journaliste peut quitter l'entreprise en imputant la rupture à l'employeur dès lors qu'il y a un « changement notable dans le caractère ou l'orientation du journal ou périodique si ce changement crée, pour la personne employée, une situation de nature à porter atteinte à son honneur, à sa réputation ou, d'une manière générale, à ses intérêts moraux ».

<sup>83</sup> Soc., 27 nov. 1986. Ainsi, un an après la modification de la structure hiérarchique, une directrice administrative s'était prévalu d'une telle clause.

<sup>84</sup> Le Goff J., « Vers un devoir de critique ? Formes et limites du droit d'expression », *Cadres CFDT* n°401-402, novembre 2002, p. 83.

<sup>85</sup> Notamment en Grande-Bretagne, en Nouvelle-Zélande, en Afrique du Sud ou encore Aux Pays-Bas.

sont symboliquement plus neutres et socialement plus acceptables. C'est la raison pour laquelle le terme utilisé dans cette étude sera celui « d'alerte éthique ».

L'origine du terme *whistleblowing* est pour le moins incertaine. Il semble que ce terme fut utilisé la première fois dans les années soixante-dix au cours d'une conférence organisée par le défenseur des consommateurs américains, Ralph Nader. La définition donnée était « *le fait, pour un homme ou une femme qui croit que l'intérêt public l'emporte sur l'intérêt de l'organisation qui retient ses services, de signaler l'activité dérogatoire, illégale, frauduleuse ou dommageable de celle-ci* »<sup>86</sup>.

D'autres définitions du *whistleblowing* ont également été proposées. Ainsi, dans leur ouvrage intitulé « *Blowing the Whistle* » paru en 1992, Maria Miceli et Janet Near, les deux figures de proue aux Etats-Unis en ce qui concerne la question de l'alerte éthique, définissent le terme comme suit : « *Nous ignorons l'origine du terme whistleblowing, mais il évoque la faculté qu'a l'arbitre d'un match de football, par exemple, de mettre fin au jeu. L'emploi courant du terme reflète probablement tout autant l'incertitude qui entoure son origine.../... Nous définissons le whistleblowing comme le fait, pour un membre d'une organisation (ancien ou actuel), de révéler l'existence de pratiques illégales, immorales ou illégitimes dont l'employeur a la maîtrise, à une personne ou un organisme susceptible de remédier à la situation. Le lanceur d'alerte n'a pas le pouvoir voulu et doit donc s'en remettre à une instance supérieure* ». L'auteur britannique Gerald Vinten définit le *whistleblowing* comme « *la communication non autorisée de renseignements qui, selon la croyance raisonnable d'un employé, prouvent la contravention à une loi, à une règle ou à un règlement, à un Code de bonne pratique ou à des normes professionnelles, ou encore, qui établissent la mauvaise gestion, la fraude, l'abus de pouvoir ou le risque auquel sont exposées la santé et la sécurité du public ou des travailleurs* »<sup>87</sup>.

D'autres auteurs définissent le *whistleblowing* avec plus de simplicité comme « *la mise au jour par un employé des activités malhonnêtes de son employeur* »<sup>88</sup>.

Il reste que l'alerte éthique se situe au carrefour de divers intérêts conflictuels.

D'une part, chaque cadre a une obligation de loyauté et de respect de la confidentialité vis-à-vis de l'employeur, obligation reposant sur la confiance réciproque qui lie les deux parties au contrat de travail. D'autre part, l'intérêt public et son éthique personnelle peuvent inciter ce cadre, au plus profond de sa conscience personnelle, à communiquer des renseignements sur les activités illégales de son employeur ou sur tout autre acte fautif grave de ce dernier. Mais tout le problème est alors de savoir qui doit être le destinataire des informations que possède le salarié.

Si l'on observe le modèle législatif américain du *whistleblowing*, le Congrès américain a adopté des dispositions visant à protéger les dénonciateurs, il a établi les mesures de protection de celui-ci, mais il a laissé le soin aux États fédéraux de prévoir les domaines dans lesquels ces dispositions protectrices jouent, ainsi que leurs interlocuteurs privilégiés. En conséquence, on observe des différences importantes, dans les divers États fédéraux, relatives notamment aux domaines où l'utilisation de la dénonciation est légitime, et aux procédures et destinataires.

Le salarié peut, suivant l'État où il réside, alerter les médias, la police ou l'organisme de réglementation compétent, ou tout simplement son supérieur immédiat au sein de l'entreprise dans laquelle il travaille<sup>89</sup>.

Concernant le bien fondé de cette alerte éthique, le salarié doit avoir un motif raisonnable de croire que l'acte fautif qu'il signale a été commis. En effet, accorder une protection au lanceur d'alerte vise à encourager l'initiative personnelle en matière d'application des lois et d'intégrité des entreprises. « *Il contribue au respect des lois et de l'ordre public ; il est possible que la seule existence d'une protection accordée au dénonciateur incite les employeurs à se conformer aux lois, aux règles et autres normes de conduite. Il est plus probable qu'un employé prenne l'initiative de dénoncer un acte ou une pratique si le risque de représailles est limité. En même temps, il est essentiel d'établir un mécanisme fiable qui*

<sup>86</sup> Cité dans Myers M. et Matthew Lemieux V.J « Whistleblowing Employee Loyalty and the Right to Criticize – The Employee's Perspective », dans Kaplan W., Stack J. et Gunderson M., éd., *Labour Arbitration Yearbook* (1991) 211, p. 212.

<sup>87</sup> Vinten G., « Whistle Blowing : Corporate Help or Hindrance? », 1992, 30 *Management Decision* 44.

<sup>88</sup> Myers M. et Matthew Lemieux V.J., supra, p.211

<sup>89</sup> A cet égard, les observations de Dworkin et Near, supra, à la p. 243, sont pertinentes : « *Il existe une certaine controverse quant au destinataire de la plainte. On peut soutenir que cette personne physique ou morale doit être étrangère à l'organisation (p.ex. un journaliste). Cependant, rien ne justifie qu'une distinction soit établie entre le dénonciateur qui s'adresse à une personne au sein de l'entreprise et celui qui fait appel à une personne de l'extérieur. Des travaux de recherche approfondis sur le processus de la dénonciation montrent que le dénonciateur qui emprunte la voie interne ne se distingue pas substantiellement du dénonciateur qui s'adresse à une personne étrangère à l'entreprise. En fait, la plupart des dénonciateurs qui ont recours à la voie externe ont déjà porté l'acte fautif à la connaissance d'une personne au sein de l'entreprise. Ainsi, la théorie et la recherche ne permettent pas de définir la dénonciation seulement en fonction d'un destinataire externe de la plainte. Toutefois, l'entreprise à laquelle un acte fautif est reproché préfère évidemment que la dénonciation se déroule à l'interne.* »

*permette de départager les plaintes fondées et les plaintes injustifiées ou équivalentes à du harcèlement afin que le lanceur d'alerte responsable bénéficie de la protection à laquelle il a droit »<sup>90</sup>.*

Il semblerait que ce système puisse trouver aussi un écho favorable en France. Ainsi, certains proposent la création d'un « comité de déontologie » (bureau de recueil des signalements, interne à l'entreprise, voire instance d'enquête et de traitement des signalements). Avant toute saisine de la justice que la dénonciation soit justifiée ou abusive, ce comité pourrait avoir la possibilité de vérifier, en menant des investigations, la véracité des accusations. Son verdict ne laisserait pas évidemment le cadre suspicieux dans l'impasse, puisque celui-ci pourrait toujours saisir les tribunaux. Aussi, seules les personnes intéressées, à savoir le cadre, les collaborateurs et les dirigeants mis en question, seront informées des procédures. Si l'alerte s'avérait justifiée, le « comité de déontologie » se verrait dans l'obligation d'informer la hiérarchie des personnes suspectées<sup>91</sup>.

Un tel comité de déontologie pourrait ainsi être une instance issue du comité d'entreprise. L'article L 434-7 du Code du travail prévoit la mise en place facultative ou obligatoire de certaines commissions. Il est possible pour le comité de créer facultativement des commissions pour l'examen de problèmes particuliers.

Aussi, l'article L 434-7 prévoit la mise en place obligatoire de commissions suivant le nombre de salariés d'une entreprise (Commission de la formation professionnelle et commission pour l'égalité professionnelle dans les entreprises d'au moins 200 salariés ; Commission d'information d'aide au logement dans les entreprises d'au moins 300 salariés ; Commission économique dans les entreprises d'au moins 1000 salariés).

Suivant ce modèle, le législateur pourrait envisager la création d'une « commission de déontologie » constituée de représentants de l'employeur et de membres représentants du personnel, désignés par le comité d'entreprise ou le comité central d'entreprise parmi les membres élus. Cette commission pourrait recevoir les signalements des salariés et cadres. Elle aurait la possibilité de réaliser des investigations, s'entretenir avec les personnes concernées, observer le bien-fondé de l'alerte, garantir la protection du salarié « lanceur d'alerte » en examinant dans le temps sa situation au sein de l'entreprise.

Cette dernière mission est absolument nécessaire. Des études internationales<sup>92</sup> démontrent l'ampleur de la discrimination à laquelle les lanceurs d'alerte sont soumis en raison de leurs actions. Ils sont accusés, insultés, considérés comme déloyaux, traités de délateurs, et au final licenciés<sup>93</sup>.

Outre les obligations découlant des lois américaines ou anglaises pour bon nombre d'entreprises françaises filiales de groupes anglo-saxons, la mise en place de telles démarches et structures par un dialogue social approfondi s'avère indispensable pour au moins trois autres raisons. En premier lieu, l'alerte est le seul moyen de découvrir des pratiques allant à l'encontre des règles déontologiques et éthiques. Ensuite, le lanceur d'alerte agit dans l'intérêt du grand public (par exemple lorsqu'il évoque la violation d'une règle de sécurité ou d'une norme protégeant l'environnement). Enfin, le lanceur d'alerte agit dans l'intérêt à long terme de l'entreprise. Celle-ci ne peut désormais plus se permettre d'ignorer les indications précieuses d'un lanceur d'alerte, les dommages en terme d'image pouvant s'avérer trop préjudiciables, souvent à très court terme<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> Howard J. L., « Current Developments in Whistleblower Protection », Février 1988, Labour Law Journal, vol. 39, n°2, p. 67.

<sup>91</sup> Le groupe Shell France a mis en place un tel système en France. Le salarié peut contacter le comité d'éthique paritaire composé de représentants des syndicats, de la direction et d'un médiateur externe. Il donne son identité, mais le comité garantit la confidentialité. Dans le même ordre d'idée, s'agissant de la prévention du harcèlement moral, la SAGEP, société des eaux de Paris, a mis en place une commission associant employeur et organisations syndicales. Dans ces deux entreprises, ces démarches et structures ont été créées dans le cadre du dialogue social.

<sup>92</sup> Rothschild and Miewthe 1999, Dempster 1997.

<sup>93</sup> En 1999, sur 223 cas de whistleblowing examinés aux États-unis, 90% d'entre eux ont perdu leur travail ou ont été rétrogradés dans la hiérarchie ; 27% ont subi des représailles au plan juridique ; 26% ont dû être observés par un médecin ou un psychiatre ; 25% ont connu des problèmes liés à l'alcool ; 17% ont perdu un logement ; 15% ont connu un divorce ; 10% ont tenté de se suicider et 8% ont vécu une situation de faillite. Rothschild and Miewthe 1999 ; Dempster 1997.

<sup>94</sup> Le cas d'Enron est un exemple significatif, démontrant que les indications d'un dénonciateur doivent être prises au sérieux. Des semaines avant la faillite, une collaboratrice avait fait remarquer sans succès les conséquences d'un effondrement de la société.

## 5. Conclusion

*« En 20 ans, on est passé, du point de vue des garanties juridiques, non « du silence à la parole » mais d'une parole médiatisée à une parole vive, directe, assurée de plénitude de légitimité dans les limites du compatible avec le fonctionnement de l'entreprise. Et sous ce rapport, il va de soi que la jurisprudence Clavaud constitue un véritable tournant dans la mesure où, avec la nullité, elle mène à son terme, et non sans audace argumentative, la logique institutive d'un droit fondamental, d'un droit désormais étendu aux cadres y compris dirigeants, un changement inconcevable il y a encore trente ans. »<sup>95</sup>*

Les évolutions en matière d'expression sont aujourd'hui notables. Pour autant, trop de cadres se taisent par crainte d'être sanctionnés, preuve que cette nouvelle culture d'entreprise n'est pas assimilée par tous. La raison de ce mal être tient essentiellement à l'absence de dispositions juridiques, fortes ou souples, protectrices en toute circonstance de la liberté d'expression des cadres. Si le mérite de l'article L 120-2 du Code du travail est d'avoir reconnu la préservation des libertés et droits fondamentaux du citoyen en sa qualité de salarié et l'impossibilité pour l'employeur de les méconnaître, le législateur n'a pas pour autant donné les axes de normalisation du dialogue entre cadres et employeurs. Il leur a laissé le soin d'organiser, de moderniser leurs rapports.

Mais quel terrible constat que d'observer la faillite de ce système. Le droit à la parole libre n'est pas, et n'a jamais été, un droit acquis d'avance. En ce sens, il est inconcevable de penser qu'un cadre, seul, puisse négocier et définir l'étendue de ses possibilités d'expression (le rapport de force étant déséquilibré).

Qu'il s'agisse d'initiative, de critique, d'opposition et d'alerte, la mise en place d'instruments normalisant l'expression des cadres nécessite des démarches négociées avec les partenaires sociaux. C'est en suivant la voie du dialogue social que sera rendue effective la liberté d'expression des cadres dans l'entreprise.

---

<sup>95</sup> Le Goff J., « Les lois Auroux, 20 ans après », D.S., n° 7/8 Juillet-Août 2003, p. 703.