

La rupture du contrat de travail

La rupture du contrat de travail pour motifs personnels : les cas particuliers liés à la protection des droits fondamentaux

par Harold BRASNU, Juge au Tribunal administratif de Caen et
Agnès CERF-HOLLENDER, Maître de conférences à l'Université de Caen Normandie

PLAN

- I. La liberté syndicale : le licenciement des salariés protégés
 - A. Les spécificités des règles du licenciement des salariés protégés
 - B. Les spécificités des règles relatives à la charge et aux modes de preuve
- II. La liberté religieuse confrontée au licenciement motivé par le port du voile en entreprise : l'apport des arrêts de la CJUE du 14 mars 2017
- III. La liberté d'expression et de communication : la protection du salarié lanceur d'alerte par la loi du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite loi Sapin II)
- IV. La vie privée : la nouvelle cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif personnel introduite par la loi du 28 février 2017 dans le Code de la sécurité intérieure

Tout licenciement doit être motivé par une cause réelle et sérieuse. Le licenciement pour motif personnel se trouve parfois confronté aux droits et libertés fondamentaux du salarié. Si tel est le cas, il sera sans cause réelle et sérieuse, voire nul, avec toutes les conséquences que cela entraîne. Seront abordés la liberté syndicale (I), la liberté religieuse (II), la liberté d'expression (III) et le respect de la vie privée (IV).

I. La liberté syndicale : le licenciement des salariés protégés (1)

La protection de la liberté syndicale se manifeste, spécialement, à travers la protection des salariés protégés contre le licenciement. Il en résulte des spécificités non seulement pour les règles du licenciement des salariés protégés (A), mais aussi celles de la charge et des modes de preuve (B).

A. Les spécificités des règles du licenciement des salariés protégés

En matière de licenciement pour motif personnel pour les salariés du secteur privé, le juge administratif intervient seulement dans le contrôle des décisions de l'administration autorisant ou refusant le licenciement des salariés protégés. Néanmoins, le juge administratif est familier de ces questions, puisqu'il est amené à connaître de questions similaires en ce qui concerne les agents publics, notamment pour les contractuels de la fonction publique.

L'expression de « salariés protégés » est une simple formule d'usage, l'expression n'ayant jamais été consacrée par la jurisprudence. Cette expression fait référence à l'ensemble des salariés investis de mandats représentatifs et bénéficiant d'une protection à ce titre.

Il s'agit des délégués syndicaux, des délégués du personnel, des membres du comité d'entreprise (CE), des représentants du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), des

conseillers prud'homaux. Les salariés bénéficient de cette protection qu'ils soient en CDI ou CDD.

En France, cette protection a été instaurée pour la première fois en 1936, sous le Front populaire, sous une forme un peu différente que celle actuelle.

Cette protection fait souvent l'objet de nombreuses critiques. Ce statut de salarié protégé véhicule beaucoup de fantasmes, mais il faut rappeler que les salariés « protégés » sont avant tout des salariés « exposés » (1 bis). Et si quelques salariés peuvent

(1) Harold Brasnu.

(1bis) Jean-Maurice Verdier, « Les représentants des salariés : "protégés" ou exposés ? Liberté fondamentale et logique du

statut », dans *Analyse juridique et valeurs en droit social. Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 571-590.

parfois se porter candidat à des fonctions représentatives uniquement pour bénéficier de ce statut, nombreux sont les cas de salariés dont la carrière ou la rémunération a été freinée du fait de ce choix.

S'agissant de la protection en elle-même, il s'agit d'abord d'une protection procédurale. Le licenciement doit faire l'objet d'une consultation du comité d'entreprise. Surtout, une demande doit être adressée à l'inspection du travail. L'inspection du travail mène ensuite une enquête contradictoire. Cette enquête est prévue par les dispositions de l'article R.2421-11 du Code du travail. En matière de licenciement disciplinaire, la jurisprudence opère un contrôle approfondi de cette exigence (2).

Au-delà de ces garanties procédurales, l'essentiel de la protection réside dans le fait qu'intervient une décision de l'inspecteur du travail, pour autoriser ou refuser le licenciement. Un recours est possible devant le ministre du Travail. La spécificité du juge administratif, c'est donc qu'il n'examine pas directement la validité du licenciement. Il examine seulement la légalité de la décision d'autorisation ou de refus de licencier, lorsqu'elle est contestée par l'employeur ou le salarié.

Le contentieux des salariés protégés, licenciés pour un motif personnel, présente plusieurs spécificités, tant sur le plan juridique que factuel.

Sur le plan juridique, en matière de licenciement pour motif personnel, l'analyse faite par l'inspection du travail consiste à vérifier trois éléments (3). D'abord, l'inspecteur du travail doit vérifier que le salarié a commis une faute suffisamment grave pour justifier le licenciement. Ensuite, il doit s'assurer qu'il n'y a pas de lien entre le licenciement et le mandat exercé, autrement dit de discrimination syndicale. Enfin, il doit vérifier qu'aucun motif d'intérêt général ne peut être retenu pour refuser l'autorisation (4).

Les deux éléments principaux qui font l'objet du contrôle sont donc, d'une part, l'existence d'une faute suffisamment grave et, d'autre part, l'absence de discrimination syndicale.

S'agissant d'abord de l'examen portant sur la faute, l'inspecteur du travail, puis le juge, raisonne en deux temps. Il se demande d'abord si les faits reprochés ont un caractère fautif, et ensuite si la faute présente une gravité suffisante. Il faut noter que le juge administratif n'utilise pas la notion de cause réelle et sérieuse utilisée par le juge prud'homal. Il n'utilise pas non plus les notions d'insuffisance professionnelle directement, puisque la question est analysée également sous l'angle de la faute. Le fait de ne pas atteindre les objectifs fixés, par exemple, est analysé comme une faute, et elle doit donc être suffisamment grave pour justifier le licenciement (5).

De la même façon, c'est également sous l'angle de la faute qu'est analysé le refus de modifications de conditions de travail, qui est à distinguer du refus d'une modification du contrat de travail, qui lui ne peut justifier un licenciement (6).

Le licenciement pour motif personnel des salariés protégés présente également des spécificités sur le plan factuel. Ce contentieux du licenciement pour motif personnel, qu'il s'agisse ou non de salariés protégés, implique déjà un contexte « émotionnel », puisque, comme son nom l'indique, il est pris en considération de la personne du salarié. Et lorsque s'ajoute à cela la question de l'exercice du droit syndical, la situation peut devenir encore plus problématique.

En la matière, deux caricatures se font face. D'un côté, vous avez la vision de l'employeur, qui n'apprécie pas les freins et les contraintes qu'induit l'activité syndicale dans l'entreprise, et qui cherche à se « débarrasser » du syndicaliste gênant. En face, l'autre caricature est celle du syndicaliste fainéant, « inamovible », qui profite de ses heures de délégations pour faire du sport, et qui se réfugie derrière la protection instaurée.

Dans la réalité, il est rare que les dossiers entrent dans l'un ou l'autre de ces clichés. Et le rôle du juge administratif est justement de démêler les reproches formulés, pour se faire une idée de la situation. Pour ce faire, il procède par la méthode du faisceau d'indices (7). Il utilise cette méthode à la fois

(2) CE 15 décembre 2010, n°325.838, *Société Fournier, B.* et Conseil d'État, *M. Gabriel*, du 22 février 2012, B.

(3) La formule consacrée par la jurisprudence est la suivante : « Lorsque le licenciement d'un salarié légalement investi de fonctions représentatives est envisagé, celui-ci ne doit pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées ou avec son appartenance syndicale. Dans le cas où la demande de licenciement est motivée par un comportement fautif, il appartient à l'inspecteur du travail saisi et, le cas échéant, au ministre compétent, de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les faits reprochés au salarié sont d'une gravité suffisante pour justifier le licenciement, compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail

de l'intéressé et des exigences propres à l'exécution normale du mandat dont il est investi » (par exemple CE, *Goncalves*, 27 mars 2015, n°368.855, B.).

(4) Cela est assez rare. Cela concerne soit le souci de maintenir une certaine représentation du personnel dans l'entreprise, soit celui de préserver la paix sociale et d'éviter des troubles à l'ordre public. Voir CE 8 janvier 1997, n°163.071.

(5) CE 23 octobre 1987, *Régie nationale des usines Renault*, n°5806, B.

(6) CE 10 mars 1997, *M. Vincent*, n°170.114, p.76.

(7) En ce sens, les conclusions du commissaire du Gouvernement Dondoux sous la décision du CE du 18 février 1977, *Abellan*, n°95.354, publiée, reproduites au Dr. Ouv. 1977 p.216.

s'agissant de la question de la faute, mais également lorsqu'il examine la question de la discrimination syndicale.

S'agissant plus précisément de cette question de la discrimination syndicale, le Code du travail prévoit, à l'article L. 2421-16, que le licenciement ne doit pas être en lien avec les mandats exercés par le salarié. Pour apprécier l'existence de ce lien, le juge peut tenir compte de l'activité syndicale de l'intéressé. Il est aussi amené à se poser plusieurs questions, afin de savoir si le salarié protégé était actif, s'il avait des raisons d'être perçu comme « gênant ». Le juge peut s'appuyer, par exemple, sur l'existence de différends avec la direction du fait de l'exercice de ces mandats. Le cas échéant, de la gravité de ses différends.

Le juge administratif peut également prendre en compte la concomitance entre le licenciement et ces différends. Le juge pourra ainsi déceler un contexte conflictuel qui existait avant l'élection par exemple du représentant, ou, au contraire, qui s'est manifesté juste après une élection, par exemple.

En résumé, il nous semble utile de rappeler quelques grandes idées concernant le licenciement des salariés protégés pour motif personnel. Il importe, en premier lieu, de rappeler que la protection instaurée pour les salariés investis d'un mandat a un sens et une utilité. Cette protection n'est pas, comme il est dit parfois, absolue. Cette protection est seulement soumise à un contrôle approfondi. Il n'est pas rare qu'un inspecteur du travail autorise un licenciement, ou que le juge administratif annule un refus de licencier.

En second lieu, il nous semble également utile d'indiquer qu'il existe au sein de l'entreprise un « principe de symbiose » : l'entreprise est généralement utile au syndicat, et le syndicat est généralement utile à l'entreprise. Les dossiers montrent malheureusement que ce principe est trop souvent oublié, à la fois par l'employeur et par le salarié protégé. C'est ce qu'Antoine Mazeaud, dans son ouvrage de droit du travail, appelle un « *conflit des logiques* » (8). Or, notamment en cas de crise sociale grave, il y a une nécessité de dialogue, et le salarié protégé peut être un interlocuteur indispensable.

En dernier lieu, il nous semble utile de rappeler que le « salarié protégé » est aussi un « salarié qui

protège ». Il protège, en effet, les autres salariés des risques dans l'entreprise, de toutes les formes de pressions éventuelles exercées par la hiérarchie sur les droits de salariés, sur le temps de travail, sur la productivité, sur les conditions de travail.

Les spécificités des règles relatives à la charge et aux modes de preuve

Le contentieux spécifique des salariés protégés devant le juge administratif implique trois acteurs : l'employeur, le salarié et l'inspection du travail. Il y a donc, en termes de charge de la preuve, des mécanismes particuliers, du fait du contrôle exercé par l'inspection du travail, puis éventuellement par le ministre.

Concernant la question de la faute, c'est à l'employeur d'établir la matérialité des faits. À défaut, l'inspecteur du travail ne peut pas autoriser le licenciement (9). Par ailleurs, ce sont les motifs invoqués par l'employeur à l'appui de sa demande d'autorisation de licenciement qui déterminent le cadre dans lequel s'exerce le contrôle de l'inspection du travail. Celle-ci ne saurait requalifier les motifs invoqués par l'employeur et accorder l'autorisation sollicitée sur la base d'autres motifs. L'employeur doit également démontrer que les faits sont personnellement imputables au salarié, et il n'appartient pas au salarié mis en cause de prouver qu'il n'en est pas l'auteur (10). Enfin, le doute profite au salarié. C'est le Code du travail qui le prévoit, et ce principe joue tant sur la réalité des faits que sur l'imputabilité.

Par ailleurs, il faut bien sûr rappeler que les moyens de preuve utilisés par l'employeur doivent être licites. Une circulaire spécifique aux salariés protégés, la circulaire du 30 juillet 2012, décrit les moyens de preuve admissibles et l'encadrement dont ils font l'objet (11).

Lorsque l'employeur a utilisé de moyens illicites pour établir la matérialité des faits, le licenciement ne saurait donc être autorisé par l'inspection du travail. C'est le cas, par exemple, pour les fouilles irrégulières (12).

L'employeur a néanmoins le droit de surveiller l'activité des salariés protégés pendant le temps de travail. Ainsi, seul l'emploi de procédés clandestins de surveillance est illicite. Le recours à un huissier

(8) *Droit du travail*, A. Mazeaud, LGDJ, 9^{ème} édition.

(9) CE 21 décembre 1994, n° 127.898, *Société lyonnaise de banque*, B.

(10) CE 3 octobre 2008, n° 308.046, *ANRS*.

(11) Circulaire DGT 07/2012, 30 juillet 2012, fiche 6, § 2.2. La circulaire évoque le cas des filatures, des ouvertures des sacs et armoires personnelles des salariés, de l'accès aux fichiers informatiques,

de la correspondance électronique, des connexions internet, de l'enregistrement d'images et de paroles, de la géolocalisation, du contrôle des communications téléphoniques, des tests d'alcoolémie ou de consommation de drogues.

(12) TA Caen 23 novembre 2004, n° 0301.162 : pour la fouille d'un sac personnel effectué à l'insu de la personne.

de justice est donc admis (13). Mais la jurisprudence est nuancée, puisqu'un tel procédé serait illicite, en revanche, si l'employeur fait appel à un détective privé.

Par ailleurs, il a été admis que l'employeur pouvait mettre un caissier à l'épreuve pour apprécier sa probité en ajoutant de l'argent à la recette de la veille, dès lors que le salarié savait qu'il pouvait faire l'objet de contrôles de la direction de l'entreprise à son insu (14).

En pratique, et de manière assez paradoxale, ce n'est pourtant pas la question de la matérialité de la faute qui pose le plus de problèmes devant le juge administratif. Il arrive effectivement que les faits ne soient pas véritablement établis, et que le juge applique donc le principe selon lequel le doute profite au salarié.

Mais, bien souvent, les dossiers sont assez volumineux, et le juge est en mesure de connaître l'historique et le contexte du dossier. En revanche, la question délicate qui se pose le plus souvent est celle de l'appréciation de la gravité de la faute. En effet, cette question est intimement liée à une autre question, qui consiste à savoir ce qu'un employeur est en droit d'attendre d'un salarié, notamment en matière de performance. Et la situation devient encore plus complexe lorsque le litige concerne des cadres, des ingénieurs, par exemple dans des sociétés de nouvelles technologies, avec des modes de management particuliers.

L'autre question délicate consiste à savoir si l'employeur en attend autant du salarié protégé que des autres salariés. Des comparaisons peuvent parfois permettre d'y voir plus clair. Mais, bien souvent, c'est par ce prisme que peut aussi être décelée une discrimination syndicale.

En matière de discrimination syndicale, cette discrimination n'a pas à être prouvée par le salarié, du moins au regard de la jurisprudence, car certains ouvrages font mention de ce principe. En réalité, c'est à l'inspection du travail qu'il appartient d'examiner si la mesure de licenciement envisagée est en lien avec le mandat détenu. Cela peut notamment apparaître lors de l'enquête contradictoire.

En revanche, si l'inspecteur du travail a conclu à l'absence de lien entre le licenciement et le mandat, alors il appartient au salarié qui conteste la décision d'apporter un commencement de preuve. Il appar-

tient alors à l'autre partie d'apporter des éléments de preuve en sens contraire (15).

En résumé, si la discrimination syndicale n'est pas constatée par l'inspection du travail, le salarié doit apporter des présomptions sérieuses. Il appartient ensuite à l'employeur de remettre en cause ces présomptions.

La discrimination syndicale peut se manifester par un contrôle plus sévère exercé sur l'activité du représentant du personnel, par une sévérité plus grande des sanctions infligées. Cela peut être aussi le retard dans l'évolution de la carrière du salarié protégé par rapport à celle des autres salariés.

Le juge administratif peut aussi prendre en compte d'autres éléments de contexte, comme les difficultés de fonctionnement d'institutions représentatives ou l'attitude de l'employeur à l'égard d'un syndicat. Là encore, c'est un ensemble d'éléments qui forge la conviction du juge administratif.

En pratique, la question de la preuve de la discrimination syndicale est également une question délicate. Nous l'avons dit, le licenciement pour motif personnel s'inscrit, bien souvent, dans un contexte difficile. Et le fait de savoir si l'appartenance syndicale a pesé dans la balance, puisque cela suffit à caractériser une discrimination syndicale, n'est pas facile à déterminer. Le salarié protégé considère, le plus souvent, que cela a joué, mais ce n'est pas nécessairement le cas. Il s'agit véritablement d'opérer une analyse au cas par cas, et l'enquête réalisée par l'inspection du travail, qui se déplace en général sur les lieux, peut s'avérer très utile.

(13) CE 7 juin 2000, *SA Roulle*, n° 19.182, RJS 2000, n° 971.

(14) CE 31 janvier 1997, n° 165.553, RJS 1997, n° 438.

(15) CE 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, n° 298.348.

II. La liberté religieuse confrontée au licenciement motivé par le port du voile en entreprise : l'apport des arrêts de la CJUE du 14 mars 2017 (16)

La problématique du licenciement motivé par le port du voile islamique a été largement médiatisée par la célèbre affaire *Baby Loup*. À l'issue d'une procédure mouvementée, l'Assemblée plénière (16 bis) avait approuvé sa régularité, en raison d'une clause du règlement intérieur imposant le respect du principe de neutralité, clause jugée suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches à accomplir et proportionnée au but recherché, conditions établies *in concreto*. Souhaitant consacrer cette jurisprudence, la loi « Travail » du 8 août 2016 a inscrit, à l'article L.1321-2-1 du Code du travail, la faculté pour l'employeur d'insérer dans le règlement intérieur « des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés, si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché ». Commentant cette disposition, un auteur avait mis en doute sa conventionnalité au regard de la liberté religieuse garantie par l'article 9 de la CESDH (17). En effet, après l'arrêt *Baby Loup*, restait en suspend la question de la conformité de la position du juge et du législateur français, pour qui tout repose sur le règlement intérieur, avec le droit européen.

Du côté du Conseil de l'Europe, la jurisprudence de la Cour européenne est contrastée. La problématique est appréciée *in concreto*, au regard des conditions conventionnelles de l'ingérence dans la liberté religieuse : elle doit être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et proportionnée à ce but. La Cour de Strasbourg a ainsi jugé l'interdiction du port d'une croix chrétienne par une infirmière justifiée par un objectif de protection de la santé et de la sécurité des patients (18), et le refus de renouvellement du contrat à durée déterminée d'une assistante sociale, agent contractuel du service public hospitalier, en raison du port du foulard islamique, justifié par la

protection des droits d'autrui, à savoir le respect des croyances religieuses et l'égalité de traitement des usagers du service public (19). En revanche, l'objectif de l'employeur de véhiculer une certaine image auprès de la clientèle n'a pas été jugé suffisant pour permettre d'interdire le port de bijoux religieux sur le lieu de travail (20). Aucune importance particulière n'est donc donnée au règlement intérieur.

Du côté de l'Union européenne, la CJUE, par deux arrêts du 14 mars 2017, rendus sur questions préjudicielles des Cours de cassation belge (21) et française (22), a arrêté les lignes directrices de la conformité du licenciement d'une salariée, en raison du port de vêtements religieux, avec la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 établissant un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée, notamment, sur la religion ou les convictions, dans le cadre du travail (23). Dans l'affaire belge, une réceptionniste voilée avait été licenciée pour n'avoir pas respecté une clause du règlement intérieur interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail. La question préjudicielle posée était de savoir si une telle clause constituait une discrimination directe prohibée au sens de l'article 2 § 2, a), de la directive 2000/78. Dans l'affaire française, une ingénieure d'études avait été licenciée pour répondre au souhait d'un client de ne pas voir la prestation assurée par une salariée voilée. La question préjudicielle était ici de savoir si un tel souhait constituait, au sens de l'article 4 § 1 de la même directive, une « exigence professionnelle essentielle et déterminante » justifiant une différence de traitement.

Il ressort de la combinaison des deux arrêts que la CJUE distingue selon qu'existe ou non, dans le règlement intérieur de l'entreprise, une clause de neutralité interdisant le port de signes visibles de convictions religieuses, politiques ou philosophiques.

(16) Agnès Cerf-Hollender.

(16 bis) Ass. plén. 25 juin 2014, n° 13-28.369, JCP G 2014. 902, avis J.-Cl. Marin ; 903, n. D. Corrignan-Carsin ; JCP S 2014, 1287, n. B. Bossu ; Dr. Ouv. 2014, 835, n. C. Wolmark.

(17) Jean Mouly, « Le principe de neutralité dans l'entreprise », D. 2016.1992.

(18) CEDH, 15 janvier 2013, n° 59842/10, n° 59842/10, *Eweida et autres c/Royaume-Uni*.

(19) *Ebrahimiyan c/ France*, 26 novembre 2015, n° 64846/11, D. 2015. 2506, obs. M.-C. de Montecler ; AJDA 2015. 2292, et 2016. 528, étude J. Andriantsimbazovina ; AJFP 2016. 32, Comm. A. Zarca ;

AJCT 2016. 227, obs. F. de la Morena ; RDT 2016. 345, obs. L. Willock.

(20) CEDH, *Eweida et autres c/ Royaume-Uni*, préc.

(21) CJUE, 14 mars 2017, aff. C-157/15, *Achbita c/G4S Secure Solutions*.

(22) CJUE, 14 mars 2017, aff. C-188/15, *Bougnaoui et ADDH c/ Micropole SA*, D. 2017. 947, n. J. Mouly. Sur ces deux arrêts v. C. Wolmark, « Neutralité dans l'entreprise ou neutralisation des travailleurs ? », Dr. Ouv. 2017, p. 226, spec. p. 230.

(23) Transposée en France par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

1^{ère} situation : une clause du règlement intérieur interdit le port de signes visibles de convictions religieuses, philosophiques ou politiques.

Dans ce cas, la CJUE affirme sans ambiguïté qu'une telle clause ne constitue pas, en soi, une discrimination directe prohibée par l'art. 2, § 2, a), de la directive, dès lors qu'elle vise, de manière générale et indifférenciée, la manifestation de toutes convictions politiques, philosophiques ou religieuses, et s'applique de manière identique à tous les salariés. Cette affirmation peut paraître un peu brutale, car elle ne nuance pas. C'est pourquoi la CJUE la tempère en allant au-delà de la question préjudicielle posée, confiant au juge national la mission de vérifier s'il ne peut pas y avoir, malgré tout, une discrimination indirecte prohibée au sens de l'article 2 § 2 b) de la directive, à savoir une disposition en apparence neutre qui aboutit, en fait, à un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou des convictions données. Or, il semble assez évident qu'une clause interdisant le port d'un vêtement religieux peut constituer une telle discrimination à l'égard des salariées de confession musulmane. Cela étant, la CJUE poursuit en expliquant qu'une différence de traitement ne constitue pas, selon la directive (art. 2 § 2, b), i)) une discrimination indirecte si elle poursuit un objectif légitime et si les moyens mis en œuvre pour atteindre ce but sont appropriés et nécessaires, conditions que le juge national doit vérifier en cas de litige. Pour autant, elle ne lui laisse pas de grande marge de manœuvre. D'une part, elle affirme que « *la volonté d'afficher, dans les relations avec les clients, une politique de neutralité politique, philosophique ou religieuse doit être considérée comme légitime* », se fondant sur la liberté d'entreprendre reconnue par l'article 16 de la Charte. D'autre part, elle considère que l'interdiction de port visible de vêtement à connotation religieuse est bien un moyen approprié à la mise en œuvre d'une politique de neutralité, dès lors que cette dernière est « *véritablement poursuivie de manière cohérente et systématique* » (24) et que ce moyen est bien nécessaire, dès lors que l'interdiction vise uniquement les salariés en contact visuel avec les clients. Toutefois, elle pose à l'égard de l'employeur une obligation de reclassement : plutôt que de procéder au licenciement, il doit chercher à proposer un poste de travail n'impli-

quant pas de contact visuel avec la clientèle. Cette obligation de reclassement n'est que de moyen et, au final, peu contraignante : le juge doit l'apprécier en tenant compte « *des contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire* ». Rien n'est exigé relativement à la rémunération, la qualification, la localisation du poste proposé, ni à l'accord du salarié, pourtant indispensable, selon la Chambre sociale, lorsqu'il s'agit de modifier le contrat de travail (25).

Il ressort de tout cela que le licenciement d'une salariée au motif du port d'un vêtement religieux est régulier, et non discriminatoire, si plusieurs conditions sont réunies : une clause du règlement intérieur, invoquant un principe de neutralité, interdit le port de vêtements à connotation religieuse de manière générale et indifférenciée, la salariée concernée est en contact visuel avec la clientèle et l'employeur n'a pas pu lui proposer un autre poste sans que cela constitue une charge supplémentaire ou si, ayant proposé un autre poste, la salariée l'a refusé.

2^{ème} situation : en l'absence de clause du règlement intérieur interdisant le port de signes visibles de convictions religieuses, philosophiques ou politiques.

La situation doit ici être examinée au regard de l'article 4, § 1, de la directive 2000/78, qui autorise les États membres à prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à un motif prohibé ne constitue pas une discrimination lorsque, « *en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif est légitime et que l'exigence est proportionnée* ». (26). En France, cette faculté a été insérée à l'article L. 1133-1 du Code du travail et, plus limitativement, à l'article 225-3 du Code pénal en tant que fait justificatif du délit de discrimination (27). Par exemple, la CJUE estime de façon constante que la possession de capacités physiques particulières est une caractéristique liée à l'âge pouvant justifier un âge limite au recrutement ou à l'exercice des fonctions (28). Pour le cas d'espèce, le port d'un voile est bien une caractéristique liée à la religion de la salariée. Cette caractéristique ne peut constituer une exigence essentielle et

(24) La CJUE renvoie aux arrêts *Hartlauer*, du 10 mars 2009, C-169/07, et *Petersen* du 12 janvier 2010, C-341/08.

(25) Cass. Soc. 8 octobre 1987, Bull. civ. V, n° 541 ; Dr. Soc. 1988. 141, n. J. Savatier ; D. 1988. 57, n. Y. Saint-Jours ; Dr. Ouv. 1988. 259, n. P. Tillie.

(26) K. Berthou « Différences de traitement : esquisse des « exigences professionnelles essentielles » après la loi du 27 mai 2008 », Dr. Soc. 2009 p. 410.

(27) Cet article vise seulement « *les discriminations fondées, en matière d'embauche, sur le sexe, l'âge ou l'apparence physique* ».

(28) CJUE 12 janvier 2010, aff. C-229/08, *Wolf* ; CJUE 15 novembre 2016, aff. C-258/15, *Salaberria Sorondo*.

déterminante exclusive d'une discrimination qu'« en raison de la nature de l'activité professionnelle ou des conditions de son exercice », qui doit être appréciée de manière objective. Or, tel n'est pas le cas de la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits de la clientèle, cette considération étant purement subjective. Le licenciement est alors discriminatoire, donc nul, avec toutes les conséquences que cela entraîne. La solution est sans surprise : elle avait déjà été affirmée, notamment, à propos de l'origine ethnique (29).

Ces arrêts de la CJUE confortent l'importance donnée aux clauses de neutralité par la jurispru-

dence *Baby-Loup* et la loi « Travail ». Les lignes directrices données sont de nature à simplifier le contentieux, en limitant la marge d'appréciation des juges nationaux, contentieux qui se déplacera sans doute sur l'obligation de reclassement du salarié porteur de signe religieux en contact avec la clientèle. Du côté de l'employeur, il devient, par le biais du règlement intérieur, libre d'instaurer une politique de neutralité dans l'entreprise. Du côté des salariés, en présence d'une clause de neutralité, seuls ceux qui ne sont pas en contact avec la clientèle peuvent désormais manifester ostensiblement leurs convictions religieuses sans risquer un licenciement.

III. La liberté d'expression et de communication : la protection du salarié lanceur d'alerte par la loi du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite loi *Sapin II*) (30)

Depuis l'arrêt *Clavaud* (30 bis), la Cour de cassation considère que le salarié jouit, dans et hors de l'entreprise, de la liberté d'expression et que le licenciement motivé par l'exercice de cette liberté est nul, sauf abus de la liberté d'expression. La problématique a pris un jour nouveau avec la montée en puissance d'un concept venu d'outre-Atlantique (31) : le lanceur d'alerte, à savoir le salarié ou agent public qui dénonce des infractions ou des risques dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Sa protection est indispensable, car il s'expose à deux risques. Le premier est disciplinaire : la révélation peut être analysée comme un manquement à son obligation professionnelle de loyauté, accessoire du contrat de travail, passible donc de sanction, notamment de licenciement. Le second est d'ordre pénal : la révélation est susceptible de constituer une infraction, telle la diffamation, la dénonciation calomnieuse, la violation du secret professionnel.

En France, des lois sectorielles se sont succédé pour reconnaître et protéger la faculté de dénoncer certains faits (32). En particulier, la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 a instauré, à l'article L. 1132-3-3 du Code du travail, une protection propre au risque

disciplinaire, en interdisant toute mesure ou sanction motivée par la révélation, faite de bonne foi, d'un crime ou d'un délit dont le salarié aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions (sans autre condition). Le mécanisme est inspiré de celui qui existe en matière de discrimination, le lancement d'alerte devenant ainsi un motif spécifique de discrimination prohibé. Ainsi, la sanction (notamment le licenciement) prise du fait de la révélation est nulle (33) et s'il y a contentieux, le régime de la preuve est aménagé au profit du salarié demandeur, qui doit seulement établir des éléments permettant de présumer que la mesure ou sanction est motivée par l'alerte, et si ces éléments sont apportés, il appartient à l'employeur d'établir que la mesure est sans lien avec l'alerte. Mais rien n'était expressément prévu contre le risque pénal.

Du côté du droit européen, la CEDH considère que l'alerte est une variante de la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention européenne, qui inclut le droit de communiquer des informations. L'arrêt fondateur, *Guja c/ Moldavie*, résume ainsi les conditions de la protection du lanceur d'alerte : « Il importe donc d'établir si la personne concernée, en

(29) CJUE aff. C-54/07, *Feryn*, 10 juillet 2008.

(30) Agnès Cerf-Hollender.

(30 bis) Cass. Soc. 28 avril 1988, Dr. Ouv. 1988. 250 ; Dr. Soc. 1988. 428.

(31) *Whistleblower* : consacrée, dès le XIX^{ème} siècle, au profit de ceux qui dénonçaient les fraudes contre l'État fédéral (*False Claims Act* de 1863). P. Adam, « Le retour des sycophantes ? (à propos du whistleblowing) », Dr. Ouv. 2006. 281.

(32) V. not. loi n°92-1179 du 2 novembre 1992 (harcèlement sexuel), loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 (discriminations et

mauvais traitements dans les établissements médicaux), loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 (harcèlement moral), loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007 (corruption), loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 (risques en matière de produits de santé), loi n°2013-316 du 16 avril 2013 (santé publique et environnement), loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 (conflits d'intérêts).

(33) C. trav., art. L. 1132-4, L. 1161-1 en matière de corruption. Pour une illustration, avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 décembre 2013 : V. Cass. Soc., 30 juin 2016, n°15-10.557 : JCP G 2016. act. 858, N. Deddesus-Le-Moustier et 989, n. F. Duquesne.

procédant à la divulgation, a agi de bonne foi et avec la conviction que l'information était authentique, si la divulgation servait l'intérêt général et si l'auteur disposait ou non de moyens plus discrets pour dénoncer les agissements en question » (34).

C'est dans ce contexte déjà protecteur qu'a été votée la loi du 9 décembre 2016 (35). Cette loi donne une définition générale du lanceur d'alerte, organise la procédure l'alerte et prévoit une double protection, disciplinaire et pénale.

Il ressort de la définition du lanceur d'alerte posée par l'article 6 de la loi plusieurs conditions pour accéder au statut protecteur. Quant au lanceur d'alerte, il ne peut être qu'une personne physique, salarié ou collaborateur occasionnel de l'entreprise (36), il doit être désintéressé, ce qui exclut toute rémunération ou avantage en échange des informations, et avoir agi de bonne foi, ce qui suppose, si on se réfère à la jurisprudence de la Cour européenne, la croyance dans la véracité des informations et le désir de servir l'intérêt général. Il doit aussi avoir eu personnellement connaissance des informations, ce qui exclut les intermédiaires, tels les journalistes. Mais la question se pose de savoir ce qu'il en sera du délégué syndical, du représentant du personnel ou de l'inspecteur du travail auquel un salarié se serait confié. Pour les premiers, leur qualité de salariés protégés les met, en principe, à l'abri de sanctions disciplinaires. Pour les seconds, leur qualité de fonctionnaires leur impose de révéler les infractions au procureur de la République. Quant à l'objet de l'alerte, il est particulièrement large : crimes et délits, mais aussi toute violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, ce qui devra être apprécié *in concreto* par le juge en cas de litige. Cependant, l'alinéa 2 de l'article 6 exclut expressément du champ de l'alerte protégée les faits, informations ou documents couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client. Ainsi, le domaine privilégié de l'alerte sera le monde des affaires, ce qui s'explique compte tenu de l'objet général de la loi, relative à la transparence de la vie économique et à la lutte contre la corruption.

La loi *Sapin II* instaure ensuite une procédure d'alerte (art. 8 de la loi). Deux situations sont distinguées. La première, la plus fréquente, s'applique aux hypothèses dans lesquelles il n'y a pas de danger grave et imminent ou de risques de dommages irréversibles, ce qui sous-entend qu'il n'y a pas d'urgence à diffuser l'information. Dans ce cas, une procédure graduée doit être respectée, inspirée de la Cour européenne. En premier lieu, le signalement doit être fait auprès du supérieur hiérarchique, de l'employeur ou d'un référent désigné par lui (37). Ensuite, si la personne ayant reçu le signalement n'a pas accompli les diligences nécessaires dans un « *délai raisonnable* », le salarié peut alors informer l'autorité judiciaire ou administrative, ou les ordres professionnels. Enfin, « *en dernier ressort* » précise le texte, si ces derniers n'ont pas traité l'alerte dans un délai de trois mois, elle peut être rendue publique, notamment par l'intermédiaire de la presse. La seconde situation est celle dans laquelle il y a un danger grave et imminent ou un risque de dommages irréversibles. On suppose un risque pour la santé publique, un risque sanitaire, une épidémie... Ici, l'urgence justifie qu'il n'y ait pas de passage obligé par le supérieur hiérarchique ou l'employeur : le signalement peut être porté directement à la connaissance des autorités judiciaires ou administratives, mais aussi être rendu public.

Il ressort de cette procédure que, mise à part l'hypothèse d'un danger grave et imminent pour la population, l'alerte doit avant tout être traitée en interne et qu'elle doit rester confidentielle. D'ailleurs, la loi (art. 9) instaure à cette fin un nouveau secret tout au long de la procédure d'alerte, portant sur l'identité de l'auteur du signalement, des personnes mises en cause et sur les informations révélées, sous peine de sanctions pénales (38). Cette confidentialité se veut protectrice du salarié lanceur d'alerte, des personnes impliquées (39), ainsi que des informations, en particulier celles relevant du secret des affaires ou de fabrique. Il n'en demeure pas moins que la lourdeur de la procédure est susceptible d'entraver le lanceur d'alerte et de générer un lourd contentieux. *Quid* lorsque les agissements dénoncés impliquent la personne à qui le signalement doit être adressé ? Que faut-il entendre par « *délai raisonnable* » à l'issue duquel l'alerte peut être adressée aux autorités ? Comment le lanceur d'alerte peut-il savoir si des suites ont été données dans le délai de trois mois ?

(34) CEDH (GC), *Guja c/ Moldavie*, 12 février 2008, n° 14277/04, spé. § 77. À l'inverse, si les conditions ne sont pas remplies, la sanction est justifiée : V. arrêt *Soarès c/ Portugal*, 21 juin 2016, n° 79972/12.

(35) V. E. Daoud et S. Sfoggia, *Lanceurs d'alerte et entreprises : les enjeux de la loi Sapin II*, AJ pénal 2017.71.

(36) En ce sens V. Cons. Constit. 8 décembre 2016, n° 2016-741 DC, AJDA 2016. 2404.

(37) La loi impose à toutes les personnes morales de droit privé ou public employant au moins 50 salariés la mise en place de procédures appropriées au recueil de l'alerte, et renvoie sur ce point à décret en Conseil d'État.

(38) Art. 9, II, de la loi : 2 ans d'emprisonnement et 30.000 € d'amende.

(39) On peut penser à une atteinte à la présomption d'innocence.

Quid s'il a rendu les informations publiques alors que, par ailleurs, une procédure a été engagée sans qu'il en soit informé ? Le juge sera amené à trancher ces questions, mais elles laissent planer des doutes sur l'effectivité et l'efficacité de la protection.

Quant à la protection disciplinaire du lanceur d'alerte, on a vu *supra* qu'elle avait déjà été prévue par la loi du 6 décembre 2013 à l'article L. 1132-3-3 du Code du travail. Le texte est maintenu par la loi *Sapin II*, qui, en outre, ajoute un alinéa destiné à assurer la même protection (40) à celui qui a « signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 ». Cela instaure une dualité de régime de protection du salarié lanceur d'alerte. Si le signalement concerne un crime ou un délit, il n'a pas besoin, à la lettre de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 1132-3-3 du Code du travail, de respecter la procédure d'alerte de la loi *Sapin II* : il peut dénoncer les faits directement au procureur de la République, voire à la presse. La seule condition, en effet, est que le salarié ait eu connaissance des faits dans l'exercice de ses fonctions. En revanche, dès lors que la dénonciation porte sur autre chose, il doit respecter la procédure de la loi *Sapin II* s'il veut bénéficier de la protection disciplinaire. Il est heureux que la révélation de crimes ou délits puisse encore se faire directement auprès du Parquet. On ne voit pas ce qui justifierait un passage obligé par l'employeur ou son référent dès lors qu'une atteinte à l'ordre public est en cause.

Quant à la protection pénale, la loi *Sapin II* insère, à l'article 122-9 du Code pénal, un nouveau fait justificatif : « *N'est pas pénalement responsable la personne*

qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 ». La démarche est louable, mais on ne peut que constater le champ très limité du fait justificatif et les questions que suscitent la rédaction du texte. Quelles sont exactement les infractions concernées ? La seule chose qui soit sûre est que la révélation doit porter sur « *un secret protégé par la loi* ». Est nécessairement concerné le délit de violation du secret professionnel de l'article 226-13 du Code pénal. Mais pas toujours, dès lors que l'article 6 de la loi *Sapin II* écarte du champ de l'alerte protégée le secret de la défense nationale, le secret médical et le secret des relations entre l'avocat et son client. Que reste-t-il au-delà, mis à part le secret des affaires ? Le risque pénal le plus important pour un salarié, à savoir la diffamation et la dénonciation calomnieuse, ne semble pas couvert. Cependant, les dispositions propres à ces deux délits suffisent déjà : la véracité des faits écarte la dénonciation calomnieuse, et la personne poursuivie en diffamation peut invoquer les faits justificatifs spéciaux de vérité ou de bonne foi (41). En outre, le salarié n'ayant pas respecté la procédure d'alerte n'est jamais couvert. On constate donc, s'il s'agit de la révélation d'un crime ou délit faite directement au Parquet, une différence de régime avec la protection disciplinaire dont on cherche vainement la justification.

IV. La vie privée : la nouvelle cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif personnel introduite par la loi du 28 février 2017 dans le Code de la sécurité intérieure (42)

Le Code du travail réglemente, dans sa partie 7, certaines professions et activités (journalistes, VRP...). Mais certaines professions sont réglementées par le Code de la sécurité intérieure, notamment les activités privées de sécurité (surveillance, gardiennage, transports de fonds, protection physique des personnes, protection des navires). La loi n°2016-339 du 22 mars 2016 relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique

et contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs a introduit, dans le Code de la sécurité intérieure, un nouvel art. L. 114-2 en vertu duquel, pour certains emplois en lien direct avec la sécurité des personnes et des biens au sein d'une entreprise de transport public de personnes ou d'une entreprise de transport de marchandises dangereuses (42 bis), il est possible à l'employeur de faire procéder à une enquête administrative non seulement

(40) Nullité de toute mesure prise en considération de l'alerte donnée et aménagement du régime probatoire.

(41) En outre, l'art. 13, II, de la loi *Sapin II* prévoit que lorsqu'une juridiction d'instruction est saisie d'une plainte pour diffamation contre un lanceur d'alerte, le montant de l'amende civile qui peut être prononcée est porté à 30.000 €.

(42) Agnès Cerf-Hollender.

(42 bis) La liste exacte de ces emplois, issue du décret n°2017-757 du 3 mai 2017, est dressée par l'article R. 114-7, CSI. On y trouve notamment, par exemple, les conducteurs de véhicule de transport public collectif de personnes par voie ferrée, guidée ou routière, les membres d'équipage des bateaux de transport par voie de navigation intérieure...

préalablement au recrutement, mais aussi à l'égard d'une personne déjà employée, si « *son comportement laisse apparaître des doutes sur la compatibilité avec l'exercice des missions pour lesquelles elle a été recrutée ou affectée* ». L'article précise que cette enquête peut donner lieu à la consultation du bulletin n°2 du casier judiciaire et des traitements automatisés de données à caractère personnel relevant de l'article 26 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, à l'exception des fichiers d'identification (43).

La loi n°2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique a complété le dispositif en précisant les suites de cette enquête dans le cas où elle a fait apparaître que le comportement du salarié est incompatible avec l'exercice de sa mission, sans pour autant que la loi n'explique exactement en quoi consiste cette incompatibilité. D'une part, l'employeur ne peut maintenir le salarié sur le poste en question : il doit lui proposer un emploi autre, correspondant à ses qualifications. D'autre part, en cas d'impossibilité d'un tel reclassement, ou en cas de refus du salarié, l'employeur engage une procédure de licenciement. L'article L.114-2 du CSI précise que l'incompatibilité des fonctions « *constitue la cause réelle et sérieuse du licenciement, qui est prononcé dans les conditions prévues par les dispositions du Code du travail relatives à la rupture du contrat de travail pour motif personnel* ». On retrouve ici une nouvelle méthode déjà utilisée par la loi « Travail » du 8 août 2016 à propos du licenciement pour motif économique, par laquelle, bridant par avance toute faculté d'appréciation du juge en cas de litige, est affirmée l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement (44).

Cette loi du 28 février 2017 n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel avant son entrée en vigueur, mais elle a fait l'objet d'un avis du Défenseur des droits du 17 février 2017 et d'un avis de la Commission nationale consultative des Droits de l'Homme du 23 février 2017 (45). Ces deux autorités sont particulièrement critiques à son égard en ce qui concerne cette cause réelle et sérieuse de licenciement. Citons un passage de l'avis du 23 février 2017 (point 39) : « *La CNCDH partage les inquiétudes du Défenseur des droits dans son avis 17-02, quant au « risque pour l'employeur de faire droit à des allégations qui pourraient ne pas être fondées », tout comme à l'insuffisance en la matière des garanties accordées à l'intéressé en termes de procédure contradictoire. La CNCDH s'alarme des risques que l'élargissement de l'utilisation de la notion imprécise de « comportement » fait peser sur le principe de la présomption d'innocence, sur la protection de la vie privée et sur les interdictions de discrimination à raison de la religion, mais aussi à raison de l'activité syndicale ou politique. Ceci est d'autant plus flagrant que l'article 114-2 dispose que « l'enquête peut donner lieu à la consultation du bulletin n°2 du casier judiciaire et de traitements automatisés de données à caractère personnel » sans préciser quelles informations seront transmises à l'employeur [...]. Concrètement, il est à craindre que des individus de confession musulmane ne soient stigmatisés, et même licenciés à cause de leur pratique religieuse, voire que des entreprises n'usent de cette procédure pour écarter des militants syndicaux. [...] ».* Des questions prioritaires de constitutionnalité sont à prévoir.

**Harold Brasnu et
Agnès Cerf-Hollender**

(43) L'enquête est demandée au ministre de l'Intérieur : pour le détail, V. art R. 114-8 et s., CSI.

(44) C. trav., art. L.2254-2, II, à propos des accords de préservation ou de développement de l'emploi.

(45) Consultables sur les sites respectifs du Défenseur des droits et de la CNCDH.

**ASSOCIATION FRANÇAISE DE DROIT DU TRAVAIL
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE (AFDT)**

www.afdt-asso.fr