

# Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 787



*Publication  
bimensuelle*

*15 septembre  
2013*

*Les éditions des*  
**JOURNAUX OFFICIELS**



COUR DE CASSATION

internet

# Consultez

sur

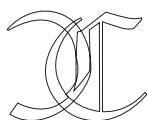
www.courdecassation.fr

*le site de la Cour de cassation*



En refondant son portail, la Cour de cassation a souhaité :

- se doter d'un site dynamique, lui permettant notamment de favoriser la remontée en page d'accueil d'informations de premier plan ;
- réorganiser les contenus, accessibles par un nombre limité de rubriques et améliorer l'ergonomie du site pour favoriser l'accès à la jurisprudence et aux colloques organisés par la Cour ;
- faciliter la navigation sur le site par la mise en place d'un moteur de recherche ;
- apporter des informations nouvelles : données statistiques, liens vers les sites de cours suprêmes de l'Union européenne et du reste du monde, en plus des contenus presque tous repris de l'ancien site.



COUR DE CASSATION

# Bulletin *d'information*

---

*Communications*

*Jurisprudence*

*Doctrine*



# Table des matières

RENCONTRES DE LA CHAMBRE SOCIALE 2013	Pages
<b>Table ronde n° 1 : Le rôle de la doctrine et de la jurisprudence en droit social</b> .....	<b>5</b>
- intervention de M. Lacabarats, président de la chambre sociale à la Cour de cassation.....	5
- intervention de M. Supiot, professeur au Collège de France.....	9
- débats : MM. Jeammaud, Lacabarats, Dutheillet de Lamothe, Couturier, Waquet, Mmes Pécaut-Rivolier, Masse-Dessen, MM. Dockès, Supiot, Géa.....	16
<b>Table ronde n° 2 : La technique de cassation</b> .....	<b>22</b>
- intervention de M. Frouin, conseiller à la Cour de cassation.....	22
- intervention de M. Wolmark, professeur à l'université Paris-Ouest - Nanterre, Irerp.....	29
- débats : MM. Boré, Lacabarats, Wolmark, Mme Farge et M. Supiot.....	36
<b>Table ronde n° 3 : Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT)</b> .....	<b>38</b>
- intervention de Mme Pécaut-Rivolier, conseiller référendaire à la Cour de cassation, et M. Lhernould, professeur à l'université de Poitiers.....	38
- débats : M. Véricel, Mme Pécaut-Rivolier, MM. Lhernould, Dutheillet de Lamothe, Linden, Struillou.....	50
<b>Table ronde n° 4 : Surveillance et cybersurveillance du salarié</b> .....	<b>52</b>
- intervention de M. Struillou, conseiller à la Cour de cassation.....	52
- intervention de M. Ray, professeur à l'école de droit Paris-I - Sorbonne.....	62
- débats : MM. Ballouhey, Ray, Mme Pécaut-Rivolier, MM. Dockès, Lacabarats, Wolmark, Struillou.....	69
Synthèse des rencontres par M. Béraud, conseiller à la Cour de cassation.....	73

*Les Rencontres de la chambre sociale se veulent un lieu privilégié d'échanges entre les magistrats, à l'origine de la jurisprudence, et les professeurs, à l'origine de la doctrine. Leur réussite est directement liée au sacrifice de leur temps que consentent ces magistrats, professeurs, conseillers d'État et avocats aux conseils qui veulent bien consacrer une journée à ces moments de réflexion en commun. Qu'ils en soient tous vivement remerciés.*

*Un remerciement particulier aux membres de la chambre sociale qui ont assuré l'organisation matérielle de la journée : Olivier Becuwe, Alexis Contamine, Catherine Corbel, Alexandre David, Sophie Depelley, Fanélie Ducloz, Gueric Henon, Philippe Florès, Sabine Mariette, Nathalie Sabotier, Françoise Salomon, Emmanuelle Wurtz ainsi qu'à Mme Mireille Dagnon.*

Laurence Pécaut-Rivolier

# La jurisprudence en droit social

Alain Lacabarats,

Président de chambre à la Cour de cassation

L'examen des ouvrages de droit du travail, dans leurs généralités consacrées aux principes fondamentaux du droit social, conduit à un constat : l'importance attachée à la jurisprudence parmi les sources de ce droit.

Contrastant avec la discrétion dont elle fait preuve sur son propre rôle, la doctrine souligne en revanche volontiers le rôle décisif de la jurisprudence dans l'élaboration des règles du droit du travail.

Les auteurs relèvent évidemment les caractéristiques propres à la jurisprudence, qui n'autorisent pas à la placer sur le même plan que les sources légales du droit :

- la jurisprudence est l'œuvre de juges divers, intervenant dans une sphère de compétence déterminée, et ne peut donc s'appuyer sur la force attachée à l'origine unique des sources légales (le Parlement, le règlement...);
- la jurisprudence se construit au fil des décisions, de sorte que la véritable portée de chaque règle peut n'apparaître qu'à l'issue d'une période de temps conséquente, bien différente de l'effet immédiat en principe attaché à la promulgation d'un texte législatif;
- la jurisprudence est évolutive et risque dès lors, par ses revirements, de provoquer une insécurité juridique et d'affecter les droits de justiciables ayant cru de bonne foi se conformer à ce qui paraissait être l'état du droit applicable.

Mais il ne saurait être envisagé un droit du travail sans juge.

Bien qu'il soit souhaitable de développer toutes les formes non juridictionnelles de règlement des litiges, il faut bien que le justiciable, s'il n'obtient pas satisfaction par ce biais, ait la possibilité de faire valoir son droit fondamental d'accès au juge et faire trancher le différend l'opposant à un tiers par un tribunal indépendant et impartial.

Il est donc nécessaire de s'interroger sur le rôle de la jurisprudence en droit du travail en examinant, d'une part, le pouvoir normatif de la jurisprudence (I), d'autre part, la question de son efficacité normative (II).

## I. - Le pouvoir normatif de la jurisprudence

« La loi se construit au fil des arrêts rendus » (A. Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, 2012, n° 85).

Une double idée se dégage de cette observation :

- celle selon laquelle la loi est en principe à l'origine des règles dont se prévaut le justiciable ;
- mais aussi le constat de l'inefficacité de la loi sans la médiation des tribunaux.

C'est en effet la jurisprudence qui « révèle la règle de droit applicable à telle ou telle situation » (J.-L. Aubert, *Introduction à l'étude du droit*, Armand Colin, 2000, n° 169) et qui en assure l'application.

Parfois cette application est évidente, le texte de la loi et la volonté du législateur étant suffisamment clairs pour déterminer de manière, en quelque sorte, « mécanique » la solution du litige (exemple : la nullité du licenciement pour absence ou insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, dans un licenciement économique collectif, qui ne peut être prononcée que dans les cas prévus par l'article L. 1235-10 du code du travail, ainsi que la chambre sociale l'a rappelé dans son arrêt *Viveo* du 3 mai 2012, pourvoi n° 11-20.741, *Bull.* 2012, V, n° 129).

Mais, dans la plupart des cas, l'application de la règle aux cas concrets impose une interprétation du texte, une définition des composantes concrètes de la règle, voire son adaptation aux évolutions de la société. Comme l'a écrit Guy Canivet (« De l'injuste au juste dans le jugement », *Actes du colloque des 27 et 28 janvier 1995*, Dalloz, *Thèmes et commentaires* 1997, page 105) : « C'est, en définitive, la démarche classique de la Cour de cassation de vérifier l'adéquation de la loi à l'ensemble des situations qu'elle entend gouverner, sa fonction créatrice est de donner une interprétation qui comble les lacunes de la règle, corrige ses incohérences, lève ses ambiguïtés ou l'adapte à l'évolution des mœurs, des techniques, de la vie sociale, de l'économie, des mentalités et des cultures. »

La jurisprudence sur l'égalité de traitement illustre parfaitement cette démarche d'interprétation et d'adaptation de la règle de droit : partant de textes particuliers, comme celui sur l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes (article L. 3221-2 du code du travail), ou de dispositions se référant, sous couvert du principe d'égalité de traitement, à des hypothèses de discriminations illicites (par exemple, l'article L. 2271-1 du code du travail), la Cour de cassation a dégagé un principe, tiré de l'évolution de la société et d'une aspiration à la réduction des différences de traitement injustifiées, ayant vocation à s'appliquer de manière générale, aussi bien aux accords collectifs qu'aux décisions unilatérales des employeurs.

Mais, au-delà de cet exemple, un constat s'impose : la force créatrice et le pouvoir normatif de la jurisprudence ne s'imposent pas de manière autonome, sans interaction avec l'intervention du législateur.

Il est vrai que, dans un nombre significatif de situations, la jurisprudence est à l'origine de la règle de droit. Si l'exemple le plus impressionnant demeure celui de la construction jurisprudentielle de la responsabilité civile du fait des choses, le droit du travail constitue l'un des domaines privilégiés de l'initiative jurisprudentielle, qui a permis, sur de nombreuses questions affectant les relations des employeurs et des salariés, la solution de litiges ne relevant d'aucune disposition légale particulière.

Il existe ainsi diverses situations où la règle, affirmée d'abord par la jurisprudence, a été consacrée par le législateur :

Par exemple, après que la Cour de cassation a jugé que les règles du licenciement n'étaient pas applicables à la rupture d'un contrat de travail pendant sa période d'essai (Soc., 2 juin 1981, pourvoi n° 79-40.346, *Bull.* 1981, V, n° 482), le législateur a entérinée cette solution en 1991, laquelle figure désormais à l'article L. 1231-1 du code du travail.

De même, c'est la Cour de cassation qui a déterminé le contenu et les contours de l'obligation de reclassement en matière de licenciement économique (par exemple : Soc., 1<sup>er</sup> avril 1992, pourvoi n° 89-43.494, *Bull.* 1992, V, n° 228 ; 8 avril 1992, pourvoi n° 89-41.548, *Bull.* 1992, V, n° 258 ; 25 juin 1992, pourvoi n° 90-41.244, *Bull.* 1992, V, n° 420 ; 7 juillet 1998, pourvoi n° 96-41.565, *Bull.* 1998, V, n° 370), obligation aujourd'hui prévue dans les conditions fixées par l'article L. 1233-4 du code du travail.

De même encore, la sanction de la nullité du licenciement, retenue par la jurisprudence comme conséquence de la nullité pour insuffisance du plan social (Soc., 13 février 1997, pourvois n° 96-41.874 et 96-41.875, *Bull.* 1997, V, n° 64), a été intégrée au code du travail (article L. 1235-11).

Le législateur, cependant, conserve toujours le pouvoir de contredire la jurisprudence et d'adopter les dispositions qu'il estime indispensables à la réalisation des objectifs qu'il poursuit.

Ainsi, alors que le régime du droit de grève a été très largement construit par la jurisprudence, le législateur s'est montré plus innovant sur la question de la sanction du licenciement du salarié fondé sur sa participation à une grève licite : la Cour de cassation considérait que la seule sanction possible était l'octroi de dommages-intérêts, le licenciement étant traité comme étant seulement abusif (Soc., 31 mars 1982, pourvois n° 81-40.309 et 81-11.107, *Bull.* 1982, V, n° 246). Le législateur est intervenu en 1985 et la sanction de la nullité « *de plein droit* » du licenciement d'un gréviste, en l'absence de faute lourde de sa part, est actuellement expressément édictée par l'article L. 2511-1 du code du travail.

Le régime de la modification du contrat de travail, soumise par la jurisprudence à l'accord du salarié, constitue un domaine privilégié de cette interaction entre la loi et la jurisprudence : par exemple, après que la Cour de cassation a jugé que l'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail qui requiert l'accord exprès du salarié (Soc., 28 septembre 2010, pourvoi n° 08-43.161, *Bull.* 2010, V, n° 197), la loi dite Warsmann du 22 mars 2012 est venue contrer cette jurisprudence par une disposition insérée à l'article L. 3122-6 du code du travail, qui dispose que « *la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail* ». De même, la loi relative à la sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 tend, sur de nombreux points, notamment avec les accords de maintien dans l'emploi prévoyant des accords de réduction du temps de travail et de la rémunération des salariés, à modifier l'état du droit jurisprudentiel.

Parfois, le dialogue instauré entre le législateur et les juges se transforme en un affrontement, comme en témoigne la question des heures d'équivalence : la Cour de cassation avait jugé dans un premier temps qu'en principe, un horaire d'équivalence ne pouvait résulter que de certains types d'accord, notamment d'une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel étendu (Soc., 29 juin 1999, pourvoi n° 97-45.376, *Bull.* 1999, V, n° 307). Cette jurisprudence avait été remise en cause par un article 29 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 comportant validation de dispositifs ne répondant aux exigences jurisprudentielles, la seule réserve étant celle où seraient intervenues des décisions de justice passées en force de chose jugée.

Par un arrêt du 24 avril 2001 (pourvoi n° 00-44.148, *Bull.* 2001, V, n° 130), la chambre sociale a approuvé une cour d'appel d'avoir écarté l'application de cet article 29 par application de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les dispositions de ce texte s'opposant, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général non justifiés en l'espèce, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation a contredit la chambre sociale par deux arrêts du 24 janvier 2003 (pourvois n° 01-40.967 et 01-41.757, *Bull.* 2003, Ass. plén., n° 2 et 3) en retenant l'existence des motifs impérieux d'intérêt général justifiant la validation critiquée.

Alors que la chambre sociale s'était rangée à cette position en 2003, la Cour européenne des droits de l'homme (9 janvier 2007, n° 31501/03, *Aubert et autres c/ France* ; n° 2012/03, *Arnolin et autres c/ France*) a jugé, au contraire de l'assemblée plénière, que le législateur français ne justifiait pas d'une cause d'utilité publique pour porter atteinte au droit au respect des biens et d'impérieux motifs d'intérêt général propres à justifier l'adoption d'une disposition légale rétroactive.

La chambre sociale est dès lors revenue à sa position initiale, en visant le texte de l'article 6, § 1, tel qu'interprété par l'arrêt de la Cour européenne, pour écarter l'application de l'article 29 susvisé aux instances en cours antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi du 19 janvier 2000 (Soc., 13 juin 2007, pourvoi n° 06-40.826, *Bull.* 2007, V, n° 99).

On peut regretter la survenance de telles péripéties, qui nuisent à la prévisibilité du droit et à la sécurité juridique attendues des acteurs du monde du travail. Elles sont néanmoins la manifestation de la vitalité d'une matière au cœur des préoccupations quotidiennes des citoyens et des entreprises.

Si l'apport normatif de la jurisprudence est ainsi établi de manière incontestable, il reste à en mesurer l'efficacité.



## II. - L'efficacité normative de la jurisprudence

Placés sous l'autorité de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les travaux menés sous l'égide du Conseil de l'Europe rappellent avec constance que la crédibilité de l'action des juges et la confiance du public dans le fonctionnement des systèmes judiciaires impliquent la mise en place de mécanismes simples et accessibles de règlement des litiges.

À ce point de vue, le droit du travail ne répond pas à cette condition, d'une part en raison de l'éclatement des contentieux, d'autre part en raison des vices affectant le fonctionnement concret des juridictions judiciaires.

- La caractéristique du contentieux du travail est celle de la dispersion des compétences entre différentes juridictions, dont on peut donner quelques aperçus, sans prétendre à l'exhaustivité (L. Pécaut-Rivolier, « *Le paradoxe d'un contentieux éclaté* », treize paradoxes en droit du travail, collection Lamy Axe droit, 2012, pages 383 et suivantes) :

Au sein de l'ordre judiciaire, la compétence principale est celle des conseils de prud'hommes, habilités à statuer sur les litiges individuels du travail, mais les tribunaux de grande instance statuent sur les affaires affectant les relations collectives du travail et sur les actions en annulation ou interprétation des accords collectifs, les conseils de prud'hommes pouvant cependant se prononcer sur ces accords par voie d'exception. Les tribunaux de commerce peuvent aussi connaître de questions de droit du travail, à l'occasion des procédures de traitement des difficultés des entreprises.

Les tribunaux d'instance sont compétents pour se prononcer sur différentes questions de droit du travail, notamment pour les questions de désignation des représentants syndicaux et en matière d'élections professionnelles, étant toutefois remarqué que l'inspecteur du travail intervient aussi en ce domaine, puisqu'il dispose de prérogatives relatives à la détermination du cadre d'implantation de certaines institutions représentatives du personnel.

La place des juridictions pénales n'est pas non plus négligeable, de nombreuses règles de droit du travail étant, non seulement prévues par le code du travail, mais aussi assorties de sanctions pénales, ce qui suppose une harmonisation des interprétations sur des sujets relevant à la fois d'un droit civil de la réparation et du droit pénal (par exemple : les harcèlements, moral et sexuel).

Les juridictions administratives ne sont pas exclues du règlement des litiges individuels du travail, puisqu'elles interviennent notamment, non seulement dans l'hypothèse susvisée prévoyant une intervention administrative dans la phase préparatoire des élections professionnelles, mais aussi en cas de licenciement de salariés protégés, soumis à l'autorisation de l'inspecteur du travail. Il a en outre été déjà souligné (L. Pécaut-Rivolier, *op. cit.*, page 387) que le droit général du travail imprégnait de plus en plus les litiges visant les agents publics.

Une place nouvelle doit enfin être faite au Conseil constitutionnel, qui peut connaître du droit social à l'occasion du contentieux de la constitutionnalité des lois, renouvelé par les questions prioritaires de constitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel intervient ainsi dans le processus d'interaction entre le législateur et le juge, comme il l'a fait par exemple avec une décision n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012 : alors que la Cour de cassation avait, en vain, dans ses précédents rapports annuels, sollicité l'intervention du législateur pour voir préciser les conditions dans lesquelles un salarié protégé, pour une cause de protection extérieure à l'entreprise, pouvait faire valoir cette cause de protection auprès de l'employeur, le Conseil constitutionnel a dit dans sa décision que le salarié ne pouvait se prévaloir d'une telle protection lorsqu'il était établi qu'il n'en avait pas informé son employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement. La chambre sociale a tenu compte de cette réserve dès le 14 septembre 2012, avec deux arrêts étendant la solution à différentes causes de protection prévues par l'article L. 2411-1 du code du travail (Soc., 14 septembre 2012, pourvois n° 11-28.269, *Bull.* 2012, V, n° 229, et 11-21.307, *Bull.* 2012, V, n° 230).

Si, selon certains auteurs (F. Favennec-Hery et P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, LGDJ 2009, n° 19-2), la diversité des approches contentieuses permet « *un enrichissement permanent du droit du travail* », elle est surtout un facteur d'insécurité juridique et d'allongement des procédures, les conflits potentiels de compétence au sein de la juridiction judiciaire étant en l'occurrence aggravés par la nécessité de respecter le principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives, avec le mécanisme des questions préjudicielles, les hypothèses de sursis à statuer obligatoire qui en résultent et l'action régulatrice du Tribunal des conflits en cas d'incertitude sur la détermination de la juridiction compétente.

- Le fonctionnement des juridictions judiciaires est une autre cause d'inefficacité des procédures contentieuses.

Un article récent (*Semaine sociale Lamy*, 11 mars 2013) avait pour titre « *La juridiction prud'homale à bout de souffle* » et rappelait que le tribunal de grande instance de Paris avait, le 18 janvier 2012, prononcé une série de condamnations de l'État pour des manquements au devoir de rendre la justice dans un délai raisonnable, ce manquement étant d'ailleurs susceptible d'affecter aussi bien les procédures de première instance devant des juridictions prud'homales que les procédures engagées devant certaines cours d'appel dont les rôles sont particulièrement encombrés.

L'échec trop fréquent des phases de conciliation obligatoire devant les conseils de prud'hommes, le recours important au départage, qui provoque un allongement substantiel des délais de jugement, l'absence de véritable mise en état des affaires aussi bien en première instance qu'en appel et les multiples renvois d'audiences qui en résultent constituent autant de causes de déni de justice inacceptables dans un système fondé sur l'État de droit.

En outre, les mécanismes d'exception de connexité et de litispendance prévus par le code de procédure civile s'avèrent inadaptés, au regard des incohérences découlant des multiples saisines de juridictions également compétentes pour connaître des mêmes questions : ainsi, par exemple, en cas de licenciement économique collectif touchant des entreprises ayant plusieurs établissements, il est fréquent que des juridictions différentes,

celles correspondant aux établissements dont les salariés sont visés par l'opération de licenciement, soient saisies de ce qui constitue en réalité un seul et même litige, relatif à l'appréciation de l'existence d'une cause économique justificative, chacune pouvant porter sur cette question des appréciations différentes, en fonction des éléments d'information fournis localement. Ce n'est plus alors l'incertitude de compétence qui fait débat, mais le brouillage du message jurisprudentiel attendu, résultant en quelque sorte d'un « trop-plein » de compétences, brouillage qui subsistera jusqu'à une éventuelle unification d'interprétation donnée par la Cour de cassation, à condition que celle-ci ne soit pas confrontée à des questions de pur fait (voir Soc., 14 décembre 2011, arrêts rendus sur les pourvois n° 10-11.042, *Bull.* 2011, V, n° 295, 10-13.922, *Bull.* 2011, V, n° 296, 10-23.753, 09-42.395, 10-23.198 et 10-14.525).

Ces vices procéduraux fondamentaux justifient d'envisager une réforme complète du mécanisme de règlement des litiges en droit du travail.

Dès 1953, Pierre Laroque préconisait, dans une étude publiée par le Conseil d'État, la création d'une juridiction sociale (« Contentieux social et juridiction sociale », *Droit social* 1954, pages 271 et suivantes) doublement novatrice :

- par la création d'un ordre juridictionnel autonome transcendant les ordres juridictionnels judiciaire et administratif et comportant des tribunaux locaux, des cours régionales ainsi qu'une cour suprême particulière ;
- par l'instauration d'une magistrature professionnelle à formation sociale.

Il est vrai que le professeur Supiot a montré les difficultés de l'entreprise (« L'impossible réforme des juridictions sociales », *Revue française des affaires sociales*, 1992, pages 97 et suivantes), mais il a présenté aussi diverses suggestions d'amélioration du fonctionnement des juridictions du travail, notamment quant au rôle des magistrats professionnels et à la formation des juges élus.

Malgré ces difficultés, il apparaît indispensable, alors qu'une réforme substantielle du droit du travail est en cours, de compléter celle-ci par un engagement fort en faveur de la justice du travail. Indépendamment des propositions ci-dessus évoquées, il convient de s'orienter vers une spécialisation des juridictions et un regroupement des contentieux, l'instauration d'une mise en état des affaires avec des pouvoirs de sanction accordés au juge en cas de non-respect par les parties des délais d'échanges des écritures et pièces justificatives, l'abandon de l'oralité de la procédure d'appel, incompatible aujourd'hui avec les préoccupations de loyauté et d'efficacité des actions en justice.

La portée normative des décisions de justice perd une grande partie de son intérêt lorsque le législateur n'intervient pas pour améliorer les conditions d'obtention de ces décisions et garantir leur utilité pour les justiciables. La doctrine, par son regard critique sur la jurisprudence et par une analyse des imperfections de tous ordres qu'elle relève, joue déjà un rôle essentiel dans la construction d'un droit vivant, conforme aux attentes de la société.

Comme l'a écrit Jean-Luc Aubert (*op. cit.*, n° 182), l'une des missions de la doctrine est en effet de « *guider juges et praticiens vers une pratique du droit plus sûre* ». Ce rôle de veille, on pourrait aussi imaginer que la doctrine l'exerce à l'égard des pouvoirs publics pour que le droit d'accès à la justice et à l'obtention d'un jugement dans un délai raisonnable soit concrètement assuré.

C'est l'intérêt de telles rencontres d'instaurer un débat sur ces questions.

# Le rôle de la doctrine en droit social

Alain Supiot,

Professeur au Collège de France

C'est au XII<sup>e</sup> siècle qu'on peut faire remonter la naissance de ce que nous appelons aujourd'hui la doctrine, avec la fondation et l'essor des premières universités, en charge de l'étude et de l'enseignement du droit romain et du droit canonique. Aux époques antérieures, le droit relevait de la compétence de clercs, appartenant à l'entourage des princes. D'une sphère politico-judiciaire donc, et non pas érudite ou scientifique. Ainsi que le rapporte Ernst Kantorowicz, la croissance du nombre et de l'importance des docteurs en droit conduisit ces savants juristes à exiger d'être appelés, non plus docteurs ou maîtres, mais *domini* ou seigneurs, à l'instar des nobles et des prélats<sup>1</sup>. Ils obtinrent ainsi de former une troisième chevalerie, la *militia legum*, à côté de la *militia armata* des chevaliers et de la *militia celestis* des clercs. Et c'est ce titre de *dominus* qu'on peut lire encore aujourd'hui à Bologne sur les tombes des grands juristes, suivi du nom du défunt.

Vainement chercherait-on la trace d'une telle affirmation souveraine de leur importance et de leur autorité dans les écrits des universitaires spécialisés en droit social. Ce ne sont pas eux, mais plutôt leurs collègues civilistes, qui demeurent aujourd'hui les meilleurs défenseurs de la *militia legum*, toujours prête à se mobiliser pour défendre le titre d'agrégé ou la leçon de vingt-quatre heures - équivalent moderne de la veillée d'armes précédant l'adoubement des chevaliers. Et tandis que les traités et manuels de droit civil rangent toujours la doctrine parmi les sources du droit - après la loi, la coutume et la jurisprudence, ceux de droit social n'en soufflent mot, se contentant le plus souvent de l'enfourer en bas de page dans des bibliographies générales.

Tout au plus se souviendra-t-on, mais cela remonte à quarante ans, d'une manifestation de mauvaise humeur des professeurs de droit du travail, se plaignant publiquement de n'avoir pas été consultés par les auteurs des lois Auroux. Sursaut d'une autorité méprisée, qui ne s'est pas reproduit depuis, bien que les gouvernements de toute obédience aient pris l'habitude de se tourner plutôt vers leurs conseillers économiques pour concevoir leurs projets de réforme du droit du travail. Prenant ainsi le risque de naufrages juridico-politiques grandioses, du type de celui du contrat première embauche.

Mais cet effacement des juristes au profit des économistes n'est-il pas logique, dès lors que le gouvernement ne vise plus tant à réformer le *droit* du travail que le *marché* du travail ? Et que cette réduction du droit au marché semble largement admise par les professionnels du droit, ainsi qu'en témoigne par exemple cette forte résolution de l'ordre des avocats de Paris : « *Il nous faut mettre le marché du droit au centre de notre stratégie* », car « *les règles régissant le fonctionnement de la société [...] finissent toujours par se traduire en termes économiques* »<sup>2</sup>. Si le droit n'est que la courroie de transmission de réformes économiques et le Parlement, la courroie de transmission du « dialogue social », alors en effet l'idée même de doctrine juridique devient superflue. Tout juste fera-t-on appel à elle pour s'assurer qu'aucun vice technique n'expose les nouvelles dispositions législatives à la censure du Conseil constitutionnel, de la Cour européenne des droits de l'homme ou de l'Organisation internationale du travail. On ne voit pas qu'il y ait besoin d'une « doctrine » pour s'acquitter honnêtement de cette besogne.

Ce sentiment d'inutilité de la doctrine juridique en droit social est encore plus grand si l'on se tourne vers la sécurité sociale. Car ce sont alors les facultés de droit elles-mêmes qui semblent avoir privé cette branche du droit de toute dignité doctrinale. Choisir de consacrer sa thèse au droit du travail n'est pas le meilleur moyen pour un jeune chercheur de maximiser ses chances de réussite au concours d'agrégation. Mais choisir la sécurité sociale, ce ne serait plus le signe d'une erreur de calcul, mais d'une pulsion quasi suicidaire, comparable à celle d'un jeune économiste qui n'inscrirait pas sa thèse dans le *mainstream*. Sauf erreur, aucun juriste n'a été reçu à l'agrégation externe depuis un demi-siècle sur la base d'une recherche en ce domaine. La sécurité sociale constitue pourtant le dispositif institutionnel le plus innovant qu'ait inventé le *xx<sup>e</sup>* siècle. Elle a profondément modifié les conditions juridiques de la vie en société, elle touche tous les aspects de la vie humaine, sa complexité technique est redoutable et son budget est supérieur à celui de l'État. Grâce à quelques auteurs aussi rares que brillants, son analyse juridique n'est pas complètement délaissée à l'Université, notamment par les publicistes, mais elle est massivement le fait de praticiens.

Vous noircissez le tableau me direz-vous. Côté droit du travail, peut-on nier l'existence d'une doctrine bien vivante, riche de revues et de controverses, en dialogue permanent avec les juridictions judiciaires et administratives, souvent plus ouvertes, et depuis plus longtemps que d'autres disciplines, au contexte historique et socio-économique du droit ainsi qu'au droit comparé ? Et côté sécurité sociale, pourquoi ériger les pratiques de recrutement universitaire en critère de vitalité intellectuelle ? N'est-ce pas exclure arbitrairement du champ doctrinal les analyses de praticiens aussi instruits et désintéressés que sont présumés l'être les professeurs de droit ? De façon plus générale, n'est-il pas réducteur d'identifier ainsi la doctrine en droit social à l'étude d'une ou plusieurs branches du droit, alors que l'une de ses fonctions est de penser le droit du travail ou celui de la sécurité

<sup>\*</sup> Communication aux Rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation (Paris, 4 avril 2013).

<sup>1</sup> Ernst H. Kantorowicz, "Kingship under the Impact of Scientific Jurisprudence", in Claggett (M.), Post (G.), Reynolds (R.), eds, *Twelfth-century Europe and the Foundations of Modern Society*, Madison, University of Wisconsin Press, 1961, traduction française : « La royauté médiévale sous l'impact d'une conception scientifique du droit », *Politix*, vol. 8, n° 32. Quatrième trimestre 1995, p. 5-22.

<sup>2</sup> Ordre des avocats de Paris, *Avocats, l'avenir d'une profession*, Paris, Descartes & Cie, 2005, cité par Louis Assier-Andrieu, *Les avocats. Identité, culture et devenir*, Paris, Gazette du Palais-Lextenso, 2011, p. 106.

sociale non pas isolément, mais comme participant de l'évolution de l'ordre juridique dans son ensemble ? N'est-il donc pas téméraire d'isoler la doctrine en droit social, alors qu'elle participe de la doctrine juridique dans son ensemble et que nombre des questions qu'elle soulève n'ont rien de spécifique ?

Ces objections sont certainement fondées et sérieuses. Il est vrai que les questions soulevées par la doctrine en droit social ne diffèrent pas fondamentalement de celles qui se posent à la doctrine juridique dans son ensemble. C'est donc en partant de ces questions générales que l'on peut faire ressortir le rôle de la doctrine en droit social et les problèmes qui se posent à elle.

Ayant déjà écrit sur ce sujet<sup>3</sup>, je souhaiterais éviter le rabâchage et m'en tiendrai donc ici à deux questions : la première, de nature ontologique : que faut-il entendre par « doctrine juridique » ; la seconde, de nature déontologique : qu'est-ce qu'implique pour les juristes le principe d'indépendance de la recherche universitaire ?

## I. - Ontologie de la doctrine

Cette première question a donné lieu à une littérature assez abondante, ce qui va me simplifier la tâche, même si les laboristes n'y ont que peu contribué. Je laisserai de côté son versant sociologique et ne reprendrai pas ici les critiques qui peuvent être adressées à l'analyse qu'en a faite Pierre Bourdieu<sup>4</sup> ainsi qu'aux juristes qui ont repris cette analyse à leur compte, comme MM. Bernard et Poimeur<sup>5</sup> ou, plus récemment, MM. Jestaz et Jamin<sup>6</sup>. Disons simplement qu'il est difficile de se contenter de la formule expéditive de Bourdieu, selon laquelle la doctrine juridique ne serait qu'une « *forme subtile de division du travail de domination symbolique dans laquelle les adversaires, objectivement complices, se servent mutuellement* »<sup>7</sup>. Plutôt que de passer ainsi la doctrine à la moulinette des « champs » ou du « marché du droit », il serait plus instructif de disposer d'études sociologiques réellement informées et précises des profondes transformations qui ont affecté le monde des juristes en général et des universitaires en particulier. On aimerait savoir par exemple s'il est exact que les femmes sont plus nombreuses à se tourner vers les questions sociales (le droit du travail, mais aussi le droit de la famille ou le droit pénal) et les hommes, vers les questions économiques (le droit des affaires, le droit des biens), et pour quelles raisons et avec quels effets. Ou, encore mieux, connaître les liens qui se tissent entre les universitaires, d'une part, et le monde judiciaire, politique, économique ou syndical, d'autre part.

Sous l'angle juridique qui nous intéresse ici, définir la doctrine revient à s'interroger sur la place qu'elle occupe dans ce qu'on appelle de façon compréhensive le Droit avec un grand D. Première question : est-elle dedans ou dehors ? Fait-elle partie du système juridique ou bien occupe-t-elle une position en surplomb, d'où elle observerait ce système, comme le physicien observe des particules dans un champ magnétique ou le zoologue des colonies d'insectes ? J'emploie ces analogies à dessein, car elles ont été utilisées par de grands maîtres des sciences sociales pour définir par exemple le métier de sociologue ou celui d'anthropologue. La réponse généralement donnée à cette question est que ces deux positions sont bien différentes et doivent être soigneusement distinguées, car l'une relèverait de la dogmatique et l'autre, de la science<sup>8</sup>.

Il y aurait d'un côté une étude du droit qui se ferait « de l'intérieur » ; et c'est cela qui serait la doctrine juridique. Elle serait l'épouse au foyer, chargée de mettre chaque jour en ordre les normes que le législateur et le juge ne cesseraient d'empiler ou de laisser traîner dans la maison du Droit. Où, si vous préférez une métaphore directement inspirée du *Digeste*, un paisible ruminant, occupé à digérer les herbes folles de la casuistique et de la législation pour les transformer en un lait comestible. Cela demande de la patience et de la méthode, méthode dite de « dogmatique juridique », consistant à classer les règles en un tout ordonné, et cela suppose de ne pas paraphraser les textes, mais d'essayer d'en interpréter la lettre et l'esprit. Une telle tâche ne diffère pas fondamentalement de celles du législateur, du juge ou de l'avocat, qui sont bien obligés eux aussi à une certaine cohérence lorsqu'ils disent le droit. Le propre de la doctrine serait d'être l'organe spécialisé de cette mise en cohérence d'un système juridique donné. C'est à ce titre que la doctrine pourrait légitimement revendiquer une certaine autorité, au sens juridique du terme. Sa fonction ordonnatrice suppose enfin un minimum de perspective historique, mais d'une histoire qui contemple elle aussi le droit de l'intérieur et est séparée de l'histoire générale.

D'un autre côté, ou plus exactement en surplomb de la doctrine ainsi définie, se trouveraient les « *disciplines de connaissance du juridique qui contemplent le droit en vigueur de l'extérieur* », pour employer la formule de mon ami Antoine Jeammaud<sup>9</sup>. Ce sont eux qui constitueraient vraiment la science juridique. Sur ce registre scientifique, on pourrait distinguer encore deux positions possibles, et passablement antagonistes : celle qui étudie le droit avec les catégories et l'outillage des sciences sociales (essentiellement ceux de la sociologie et de l'économie). Cela donne les variétés de *Law and...*, qui continuent d'occuper beaucoup de chercheurs : *Law and Society*, *Law and Economics*, etc. Et - seconde position - celle d'une « science pure du droit » de type kelsenien, qui s'interdit au contraire toute interprétation des normes juridiques pour n'en retenir que la rationalité formelle. La

<sup>3</sup> « Grandeur et petitesse des professeurs de droit », Actes du premier colloque international des juristes francophones, Québec, *Les Cahiers du Droit*, vol. 42, n° 3, septembre 2001, p. 595-614.

<sup>4</sup> P. Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales* 1986, n° 64, p. 5-19. Add. A. Bancaud, « L'idéal juridique réalisé : les colloques de droit social », *Droit Social*, 1986, 711.

<sup>5</sup> A. Bernard et Y. Poimeur, « Doctrine civiliste et production normative », in Y. Poimeur et autres, *La doctrine juridique*, ouv. coll. Paris, PUF, CURAPP, 1993, p. 127-180.

<sup>6</sup> Ph. Jestaz et Chr. Jamin, « L'entité doctrinale française », *Recueil Dalloz* 1997, 167 ; et, des mêmes auteurs, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, 304 p. ; Add. la réplique de L. Aynès, P.-Y. Gauthier et F. Terré, « Antithèse de l'"entité" (à propos d'une opinion sur la doctrine) », *Recueil Dalloz* 1997, 229.

<sup>7</sup> P. Bourdieu, *op. cit.*, p. 6.

<sup>8</sup> Pour une présentation générale de cette dichotomie, voy. S. Leader, V° Perspective interne/externe, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1988, v° Interne/Externe, p. 197 et s.

<sup>9</sup> A. Jeammaud, « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *Jurisprudence - Revue Critique*, t. 1, 2010, p. 181-205, cité p. 192.

première cherche à dissoudre le texte dans le contexte, à le ramener à une raison d'ordre supérieur et immanent : la domination symbolique, l'allocation optimale de ressources rares, etc. ; la seconde cherche au contraire à isoler le texte de son contexte, à éliminer toute considération de la *ratio legis* pour saisir sa pure rationalité formelle.

Force est de reconnaître que cette dichotomie arrange tout le monde. Elle convient aux membres de la doctrine, ainsi confortés dans leur identification du droit à la technique juridique. Elle les insère pleinement dans la communauté des juristes et leur permet en revanche d'en exclure tous ceux qui prétendent mettre le droit en perspective au lieu de se borner à le mettre en ordre. Et elle convient aux théoriciens du droit de toutes obédiences, qui peuvent espérer se hisser au rang de vrais chercheurs sans avoir à se confronter aux incertitudes de l'herméneutique.

Mais, bien qu'elle soit commode, cette dichotomie est largement illusoire. Cette illusion est à vrai dire le lot de toutes les sciences sociales, dès lors qu'elles postulent l'existence d'une position en surplomb, d'où les hommes pourraient être observés de l'extérieur, comme des objets, comme des particules électromagnétiques ou des insectes. Comme ce n'est pas le lieu de vous infliger une critique épistémologique des sciences sociales en général, je me bornerai à dire que les différentes théories qui ont prétendu ou prétendent encore expliquer l'ordre juridique de l'extérieur font toujours en réalité partie de cet ordre. Les théories jusnaturalistes des hommes des Lumières ont participé de l'entreprise de codification. L'École sociologique du droit a participé à l'invention de l'État social. La théorie kelsenienne a fait partie intégrante de la vision pyramidale de l'ordre juridique qui inspirait l'organisation des États ou des entreprises industrielles de son temps. La théorie marxiste du droit et sa critique du formalisme juridique ont participé de l'édification du communisme comme réalité. La critique foucauldienne des rapports de domination véhiculés par le Droit et son appel à « *la parfaite souveraineté de soi sur soi* »<sup>10</sup> participe de ce que Carbonnier appelait à la même époque la « *pulvérisation du Droit en droits subjectifs* »<sup>11</sup>. La doctrine *Law and Economics* est explicitement normative et vise à accorder, avec l'efficacité politique que l'on sait, les lois positives à l'ordre spontané du Marché. Il me semble donc que l'on doive souscrire à l'observation du grand historien du droit américain Harold Berman, selon laquelle les théories du droit ne peuvent en aucun cas *expliquer* le Droit, car elles en sont partie intégrante. « *L'histoire de la tradition juridique occidentale - écrit-il - est pour partie le récit de l'émergence et des heurts de ces différentes écoles de philosophie du droit. Elles n'expliquent pas l'histoire, car c'est l'histoire qui les explique, pourquoi elles apparurent et pourquoi diverses écoles ont prédominé en tel ou tel endroit, à telle ou telle époque* »<sup>12</sup>.

C'est est la raison pour laquelle la position des juristes universitaires qui prétendent pouvoir se dédoubler - et s'exprimer tantôt en membres de la doctrine, tantôt en purs scientifiques - est intenable. On voit ainsi les mêmes auteurs qui, un jour, n'hésitent pas à critiquer en leur qualité d'universitaire des arrêts ayant méconnu leur théorie féministe du droit<sup>13</sup>, et, le lendemain, enjoignent de se taire à ceux de leur collègues qui critiquent en leur qualité d'universitaire un projet de loi en cours de discussion parlementaire<sup>14</sup>. Enjoindre de se taire à ceux qui ne pensent pas comme vous n'est pas une méthode très prometteuse du point de vue heuristique. Plutôt que de *disqualifier* leurs arguments, ne doit-on pas plutôt s'efforcer d'y répondre ? La science juridique n'est-elle pas en réalité un art, un art de la controverse, dont la première règle - *Audi alteram partem* - consiste non seulement à permettre, mais à encourager le libre déploiement de toutes les argumentations inspirées par une recherche sincère de la position juste ? Faudrait-il - pour prendre un exemple d'actualité - que les juristes du travail s'interdisent de critiquer ou d'approuver l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 ainsi que sa transposition législative, au motif « *qu'être professeur de droit n'autorise pas pour autant à "parler au nom du droit" et à s'opposer, par principe, aux bouleversements du droit positif* » ?<sup>15</sup> Va-t-on intimer le silence aux 535 « juristes spécialisés en droit du travail et en droit social » de toutes nationalités qui viennent de publier un « Manifeste appelant l'Union européenne à respecter et à promouvoir les droits sociaux fondamentaux, en particulier dans le cadre des mesures liées à la crise »<sup>16</sup> ?

Cette fonction critique, nous dit-on, on ne pourrait l'exercer qu'en tant que citoyens et non pas en tant que juristes, car se prononcer sur le fond du droit relèverait « *des convictions politiques et morales de chacun* »<sup>17</sup>. Et ce ne sont pas seulement les juristes qui ne devraient pas avoir voix au chapitre, mais aussi les anthropologues et les psychanalystes, toute parole savante devant être chassée du débat public pour laisser libre cours à la foire aux opinions privées.

Une telle position se situe, consciemment ou non, dans le droit fil de l'analyse économique du droit. Elle substitue en effet un « marché des idées »<sup>18</sup>, seul apte à juger de la valeur de ces dernières, à ce qui, depuis les Lumières, s'était affirmé comme un « espace public » de discussion rationnelle<sup>19</sup>. L'avantage, si l'on peut dire, est qu'on se trouve délié, sur ce marché, de la nécessité d'avoir à démontrer ce qu'on avance, puisque c'est l'efficacité de la parole, et non plus sa vérité, qui fait son prix. Dès lors, la liberté d'expression est conçue par certains juristes

<sup>10</sup> M. Foucault, *Histoire de la sexualité. 2. L'usage des plaisirs*, Paris, Gallimard, 1984, p. 38.

<sup>11</sup> J. Carbonnier *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, 1996, p. 121 sq.

<sup>12</sup> Harold Berman, *Law and Revolution : The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard Univ. Press, 1983, traduction française par R. Audouin, *Droit et révolution*, Lib. de l'université d'Aix-en-Provence, 2002, p.28.

<sup>13</sup> Stéphanie Hénette-Vauchez, « *Vademecum à l'usage de la Cour européenne des droits de l'homme. La théorie féministe du droit au secours d'une juridiction menacée de splendide isolement* », *Recueil Dalloz* 2011, p. 1360

<sup>14</sup> Éric Millard, Pierre Brunet, Stéphanie Hénette-Vauchez, Véronique Champeil-Desplats, « *Mariage pour tous : juristes taisons-nous !* » 20 mars 2013, <[www.raisonpublique.fr/article601.html](http://www.raisonpublique.fr/article601.html)>.

<sup>15</sup> Éric Millard, Pierre Brunet, Stéphanie Hénette-Vauchez, Véronique Champeil-Desplats, *article cité*.

<sup>16</sup> « *Manifesto urging the EU to respect and promote fundamental social rights in respect of all crisis-related measures* » <[www.etui.org/Networks/The-Transnational-Trade-Union-Rights-Experts-Network-TTUR](http://www.etui.org/Networks/The-Transnational-Trade-Union-Rights-Experts-Network-TTUR)>. Principe de transparence oblige : j'avoue être l'un de ces 535 signataires.

<sup>17</sup> Éric Millard, Pierre Brunet, Stéphanie Hénette-Vauchez, Véronique Champeil-Desplats, *article cité*.

<sup>18</sup> R.H. Coase, « *The market for goods and the market for ideas* », *The American Economic Review*, 64 (1974), pp. 384-391. Sur l'application de ce concept aux religions, v. L. Mayali [dir.], *La façonnage juridique du marché des religions aux États-Unis*, Mille et une nuits, 2002.

<sup>19</sup> Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Hermann Luchterhand Verlag, 1962, trad. fr. *L'espace public*, Paris, Payot, 1978, 324 p.

« comme une sorte de droit inaliénable à la folie »<sup>20</sup>, d'où découle logiquement le droit de dire et d'écrire n'importe quoi au nom de ses convictions et d'imputer à ses adversaires supposés des choses qu'ils n'ont jamais écrites pour les disqualifier plus aisément aux yeux des lecteurs<sup>21</sup>.

On peut douter que de tels errements aient beaucoup d'avenir. Ainsi que l'observe Mme Lauréline Fontaine dans le petit livre qu'elle vient de consacrer au qualificatif de « grands juristes », le trait commun de ces derniers a toujours été de s'être attelé à « la recherche de la compréhension du droit comme phénomène social, comme mode d'agir social, comme mode de réalisation d'ambitions philosophiques »<sup>22</sup>. Aussi s'interroge-t-elle sur l'utilité d'une doctrine qui renoncerait à une telle recherche : « Dès lors, écrit-elle, que les professeurs de droit ne prétendent ni porter de jugements, ni faire autre chose que de donner d'un ensemble disparate d'énoncés une représentation cohérente, l'apport pour les autres juristes est évidemment assez faible, qui préféreront l'utilité des répertoires de jurisprudence, ordonnée et plus ou moins commentée »<sup>23</sup>.

Il n'est en réalité pas d'analyse juridique sérieuse qui puisse ignorer les faits qui sous-tendent le droit ni les valeurs qui l'animent. L'analyse juridique ne doit certainement pas viser à dissoudre le texte dans son contexte, comme tend à le faire le sociologisme ou l'économisme. Mais elle ne doit pas davantage couper le texte de son contexte historique, philosophique, anthropologique ou socio-économique. C'est à cette double condition qu'une analyse juridique sérieuse peut contribuer à l'intelligibilité de phénomènes dont aucune science ne peut prétendre détenir toutes les clés. Et tout travail qui satisfait à cette condition peut être dit doctrinal, peu important qu'il soit ou non le fait d'un universitaire.

La tâche propre de la recherche juridique ainsi entendue n'est donc pas d'appréhender directement le monde des faits, celui de l'être, mais celui du *devoir être* : autrement dit, son objet premier porte sur des systèmes de pensée normative. Il ne s'agit pas de négliger la dynamique qui relie ces deux univers de l'être et du devoir être (auquel il faudrait du reste ajouter celui du pur imaginaire), mais bien au contraire de dire qu'on ne peut saisir cette dynamique sans identifier les systèmes de représentations qui irriguent le droit dans une société donnée. Beaucoup de choses se jouent en effet dans l'écart entre ces représentations formelles et l'état réel du monde. Si cet écart est trop grand ou s'élargit, la réalité disqualifie l'ordre normatif et sape sa crédibilité. Mais, inversement, un système normatif peut faire advenir au moins partiellement dans les faits la représentation du monde qu'il promeut.

Une telle conception de la doctrine me semble devoir s'imposer tout particulièrement dans le cas du droit social. Aux yeux des juristes dits de l'École de Nancy, qui fondèrent la revue *Droit social* en 1938, le propre de cette nouvelle branche du droit était précisément de ne pas se réduire à l'application mécanique de règles de droit déjà existantes, mais de comporter des mécanismes permettant de les contester. La justice de la règle n'y est pas affirmée dogmatiquement, comme un *a priori* du raisonnement juridique que le juriste pourrait prendre pour acquis, mais bien au contraire comme un *objectif* vers lequel on doit tendre, en tenant compte des conditions socio-économiques concrètes des employeurs et des salariés et grâce à des mécanismes permettant de convertir des rapports de force en rapports de droit. C'est pourquoi ils ouvrirent les colonnes de *Droit social* à des contributions venues de l'économie, la sociologie, la démographie ou la psychologie, et plaidèrent - ainsi que vient de le rappeler M. le président Lacabarats - pour que les juristes de droit social soient formés à ces disciplines<sup>24</sup>. Plaidoyer qui, faute d'avoir été entendu par les facultés de droit, conduisit à transférer à *Science po* la formation de la haute fonction publique chargée d'administrer l'État social.

Bien qu'ainsi amputée de ce pan considérable que sont les services publics, le droit social étudié et enseigné dans les facultés de droit est demeuré un ferment de leur ouverture aux savoirs du dehors. Les traités de Paul Durand, de Jean-Jacques Dupeyroux, de G.H. Camerlynck ou de Gérard Lyon-Caen sont parmi les plus remarquables témoins de cette tradition intellectuelle, qui ne sépare jamais la discussion technique de ses enjeux économiques et sociaux. Et cette tradition demeure bien vivante si l'on en juge aux analyses doctrinales de la plus grande actualité, comme celles de l'accord sur l'emploi de janvier 2013 ou de l'arrêt *Baby Loup*. Sur ces deux exemples, il serait facile de montrer, si j'en avais le temps, la manière dont l'analyse doctrinale combine des niveaux d'analyse différents : celle de la littéralité des textes commentés ; celle de leur inscription dans le système des sources professionnelles, nationales et internationales ; celle des enjeux économiques, sociaux et culturels de ces textes ; celle enfin des mouvements de fond de l'ordre juridique, dont ils sont les révélateurs. La doctrine en droit du travail est donc bien vivante et s'acquitte bien de ses fonctions. N'étant pas située au pincel des hiérarchies universitaires, elle ne court pas le risque de l'autosuffisance et demeure ainsi attentive aux évolutions du droit dans son ensemble.

S'il y avait un regret à exprimer la concernant, ce serait celui de l'époque où tous ses membres publiaient dans la même revue et confrontaient dans les mêmes colloques des opinions diamétralement opposées. La revue *Droit social*, et les colloques qu'elle organisait, ne sont plus les carrefours obligés de toutes les opinions doctrinales. Le milieu s'est fragmenté par groupes d'affinité. On colloque, on publie, on collabore de plus en plus souvent « entre soi » : entre auteurs appartenant aux mêmes institutions ou partageant les mêmes idées, et c'est bien dommage. Car le plus précieux que l'Université puisse apporter à l'intelligence du droit, c'est d'instituer un

<sup>20</sup> Olivier Cayla et Yann Thomas, *Du droit de ne pas naître*, Paris, Gallimard, 2002, p. 65 et s.

<sup>21</sup> J'en ai fait l'amusante expérience lors de la célèbre affaire Perruche. Dans un article tout entier consacré à dénoncer les « antiperruchistes » (qui étaient pourtant fort nombreux), un collègue concentra ses critiques sur deux auteurs (Pierre Legendre et moi-même) qui n'avaient pas écrit une ligne sur cette affaire et sur une troisième qui, non seulement n'avait pas critiqué l'arrêt Perruche, mais l'avait défendu ! (Denys de Bechillon, « Porter atteinte aux catégories juridiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *Revue trimestrielle de droit civil* 2002, p. 47-69). Où l'on voit que, sur le marché des idées, tous les coups sont permis et qu'il ne suffit pas de se taire pour échapper aux foudres de ceux qui traquent le délit d'opinion juridique.

<sup>22</sup> Lauréline Fontaine, *Qu'est-ce qu'un « grand juriste »*. *Essai sur les juristes et la pensée juridique moderne*, Paris, Lextenso, 2012, p. 174.

<sup>23</sup> L. Fontaine, *op. cit.*, p. 151.

<sup>24</sup> Cf. Pierre Laroque, « Contentieux social et juridiction sociale », *Droit social* 1954, p. 271 et s.

débat permanent entre des juristes qui ont le temps de penser et qui pensent différemment. Mais je laisse ces considérations pour la discussion et en viens à mon second point. Non plus l'ontologie, mais la déontologie de la doctrine.

## II. - Déontologie de la doctrine

De manière récurrente depuis une vingtaine d'années, le doute s'est fait jour sur la probité de certains écrits doctrinaux, soupçonnés de mettre l'autorité qui est en principe la leur au service d'intérêts sonnants et rébuchants. Déjà en 1985, M. Jean-Denis Bredin s'inquiétait dans les *Mélanges offerts à Pierre Hébraud* de ce qu'il dénonçait comme une « prostitution de la pensée juridique par quoi elle se discrédite durablement »<sup>25</sup>. Dix ans plus tard, Mme Michelle Gobert a donné à cette inquiétude la forme d'un avertissement des plus explicites :

« Lorsque la toute petite minorité tend à devenir la majorité, lorsque l'agrégation n'a plus pour seule vertu que d'avoir un titre à monnayer, lorsque l'universitaire brade ainsi son indépendance, lorsque le temps libre n'est plus consacré qu'aux clients, alors on est en droit de s'inquiéter de l'avenir de ce que l'on a l'habitude d'appeler la doctrine »<sup>26</sup>.

La doctrine en droit social n'a pas échappé à ce type de critiques. En 1999, en sa double qualité d'ancien bâtonnier du barreau de Versailles et de directeur de l'Institut supérieur des sciences du travail de l'université Panthéon-Sorbonne, M. Tiennot Grumbach dénonçait en ces termes les pratiques dont il était le témoin :

« Il est de moins en moins rare de voir des jurisconsultes faire publier dans les revues les plus autorisées, en particulier Droit Social, profitant ainsi de l'autorité scientifique et morale de la revue, des articles qui, en réalité, sont issus de commande passées et "honorées" par des protagonistes sociaux [...] »

Que devient la déontologie universitaire quand les consultations demandées par les princes qui gouvernent les entreprises sont présentées dans les revues comme si elles n'étaient pas assorties d'épices en espèces<sup>27</sup> ? »

Tout récemment, le magazine *Liaisons sociales* a franchi une étape dans ce lancement d'alerte, en publiant, dans un article intitulé « La double vie des profs de droit social », la liste détaillée et nominative de ceux - fort nombreux - qui cumulent, conformément à la réglementation en vigueur, leur fonctions universitaires avec des activités rémunérées de consultant ou d'avocat<sup>28</sup>. Sans verser dans la dénonciation caricaturale de ces activités parfaitement licites, l'auteur de cet article soulignait que cet engagement conduisait certains à négliger leurs obligations pédagogiques et administratives. Et surtout, il relayait le malaise dont lui aurait fait part certains avocats et magistrats, concernant l'incidence de ces pratiques sur l'autorité de la doctrine.

« À trop vendre leur expertise, les profs fragilisent leur stature de "sachants" neutres, porteurs d'une vision du droit vierge de tout conflit d'intérêts [...] Le mélange des genres rend malaisée la lecture des revues doctrinales. Les professeurs ne faisant qu'exceptionnellement état de leurs activités annexes, leurs écrits sont entachés d'un doute sur les causes qu'ils y défendent »<sup>29</sup>.

Face à ces mises en garde, les réponses de la doctrine se sont développées sur un triple registre qui n'est pas sans évoquer la défense de celui qui commence par nier avoir reçu un objet en dépôt, avant de prétendre qu'il était cassé et de porter l'estoc en affirmant l'avoir déjà restitué à son propriétaire. Cela donne la ligne argumentaire suivante :

- a) Les pratiques dénoncées sont quasiment inexistantes ;
- b) Elles n'ont rien de choquant car la doctrine n'est jamais neutre et indépendante ;
- c) La seule façon efficace de lutter contre elles est de rendre publics les conflits d'intérêts.

Premier argument : de tels errements sont imaginaires ou à tout le moins si exceptionnels qu'on peut légitimement les ignorer. C'est par exemple ce qu'avancent MM. Jestaz et Jamin dans les trois pages qu'ils consacrent au sujet dans leur ouvrage consacré à la doctrine<sup>30</sup>. Ils admettent cependant qu'un professeur avocat ne devrait pas publier sous forme d'article des consultations déguisées.

« Le reproche est grave, écrivent-ils, mais faut-il prendre le cas marginal pour le cas général ? [...] Les cas réels de consultation publiée ou d'écrit influencé par une consultation ne doivent pas être si nombreux. Le procédé est on ne peut plus reconnaissable [...] pour les initiés, c'est-à-dire les autres membres de la doctrine ! Or il n'apparaît pas que les initiés aient si souvent l'occasion de l'identifier, de sorte que la pratique dénoncée ne doit pas être en voie de généralisation »<sup>31</sup>.

Deuxième argument : la doctrine n'étant jamais impartiale, il faudrait être bien naïf pour ériger l'indépendance en obligation déontologique. Ainsi, selon MM. Jestaz et Jamin, l'idée d'un devoir d'impartialité est issue d'un dogme qu'il faut contester : « ce dogme, apparu il y a environ un siècle, selon lequel la doctrine exerce un magistère »<sup>32</sup>.

Faisant un pas de plus dans cette direction, M. Molfessis considère qu'il est faux de penser que « la doctrine devrait toujours être désintéressée », si bien qu'il n'y aurait pas lieu de distinguer entre les auteurs animés par l'argent ou par des convictions.

<sup>25</sup> J.-D. Bredin, « Remarques sur la doctrine », *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, PU Toulouse, 1985, p. 116, n° 6.

<sup>26</sup> M. Gobert : « Le temps de penser de la doctrine », *Droits*, n° 20 : *Doctrine et recherche en droit*, 1994, p. 97 s.

<sup>27</sup> T. Grumbach, « Doctrine et déontologie », *Droit social* 1999, cité, p. 324

<sup>28</sup> Stéphane Béchaux, « La double vie des profs de droit social », *Liaisons sociales Magazine*, n° 135, du 3 octobre 2012.

<sup>29</sup> S. Béchaux, article cité.

<sup>30</sup> Ph. Jestaz et Chr. Jamin, *La doctrine*, op. cit., p. 180-183.

<sup>31</sup> Ph. Jestaz et Chr. Jamin, op. cit., p. 182-183.

<sup>32</sup> Ph. Jestaz et Chr. Jamin, op. cit., p. 182. En fait, ce dogme, si dogme il y a, remonte à la naissance de la tradition juridique occidentale (cf. E. Kantorowicz, « La royauté médiévale sous l'impact d'une conception scientifique du droit », article précité).

« Le "désintéret" visé pourrait bien, au demeurant, dépasser le contexte des seules préoccupations financières et matérielles : la doctrine devrait toujours être désintéressée. Si une telle conclusion devait s'imposer, on pourrait évidemment craindre pour l'avenir de la doctrine. Les controverses [...] reposent souvent sur des implications personnelles, plus ou moins légitimes, plus ou moins évidentes [...] des auteurs proches de tel ou tel intérêt catégoriel ou corporatiste (doctrine des magistrats contre celle des avocats ; doctrines des assureurs, des banques, des consommateurs). Et que faudrait-il penser de la croyance en certaines valeurs : auteur exprimant des croyances personnelles (doctrine catholique ou protestante, etc.) ou des engagements politiques ou sociaux (conservateurs contre progressistes...) ? **Faudrait-il distinguer intérêts personnels et attachement à des valeurs ? Pourtant, l'une comme l'autre ne méconnaissent-elles pas, par hypothèse, l'exigence de neutralité<sup>33</sup> ? »**

Une telle opinion est dans l'air du temps doctrinal si je puis dire, puisqu'on y retrouve les ingrédients de l'analyse *Law and Economics*, selon laquelle il n'existe pas de principe hétéronome intangible, tous les droits et les devoirs individuels étant commensurables et pouvant être mis en balance avec d'autres droits et devoirs. La généralisation du calcul « coûts/avantages » permet de placer sur la même balance les grands principes et les grands profits. Sur des sujets plus graves, cela a conduit cette doctrine à relativiser ainsi la dignité humaine, l'interdiction de la torture ou la valeur de la parole donnée. Pour ce qui nous occupe, cela permet de relativiser l'idée d'indépendance de la recherche et de faire à la doctrine sa place au soleil sur le « marché du droit ». Le seul principe à observer pour qu'un tel marché du droit fonctionne harmonieusement consisterait à éviter les dissymétries d'informations et donc à obliger les intéressés à révéler leurs liens d'intérêt.

Nous en arrivons ainsi au troisième argument, qui peut se résumer ainsi : il y a bien un problème, mais il suffirait d'imposer la transparence pour le régler.

« La nécessité de la transparence, écrit ainsi M. Molfessis, est la contrepartie de la liberté d'expression et de l'engagement de celui qui s'exprime [...] à défaut de pouvoir détacher leur démonstration des circonstances de sa production, c'est-à-dire de données contingentes, ses participants ne sauraient masquer leur implication dans l'objet de leur étude. Aussi si celui qui est impliqué n'est pas privé de parole, c'est à la condition fondamentale de révéler sa position<sup>34</sup>. »

Une telle obligation n'est pas à vrai dire ignorée de la jurisprudence et l'on peut rapprocher de cet appel à la transparence de M. Molfessis un arrêt récent de la première chambre civile de la Cour de cassation qui impose cette transparence aux professeurs de droit pratiquant l'arbitrage.

La Cour d'appel avait estimé dans cette affaire « que s'il avait été découvert que M. Y... avait en réalité participé à trente-quatre arbitrages antérieurs, aucune circonstance liée à la position personnelle de l'arbitre, professeur à l'université et avocat, ne laissait entrevoir qu'il se soit trouvé exposé à un risque de sujétion ou de subordination que les demandeurs n'auraient pu soupçonner en se référant seulement à l'idée d'une pluralité d'arbitrages précédents ».

Sa décision est cassée au motif que « le caractère systématique de la désignation d'une personne donnée par les sociétés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une longue période, dans des contrats comparables, ont créé les conditions d'un courant d'affaires entre cette personne et les sociétés du groupe parties à la procédure, de sorte que l'arbitre était tenu de révéler l'intégralité de cette situation à l'autre partie à l'effet de la mettre en mesure d'exercer son droit de récusation »<sup>35</sup>.

Certaines revues ont récemment procédé à des rappels à l'ordre qui vont dans le même sens. Ainsi *La Semaine juridique* a récemment informé ses lecteurs qu'un professeur dont elle venait de publier un article ne l'avait pas informé être « intervenu en qualité de consultant d'un cabinet d'avocats chargé d'un contentieux en cours portant notamment sur la question traitée »<sup>36</sup>.

Si les facultés et écoles de droit et les revues juridiques entendaient vraiment s'engager dans cette voie de la transparence, elles pourraient utilement s'inspirer de certaines initiatives de leurs homologues des sciences économiques. L'implosion des marchés financiers en 2008 a révélé au grand public l'ampleur des liens de dépendance économique entre certains des chercheurs les plus en vue de cette discipline et les milieux d'affaires<sup>37</sup>. Ceci a conduit l'École d'économie de Paris à adopter une charte définissant les « *Principes de transparence et d'intégrité professionnelle* » imposés à ses membres<sup>38</sup>. Cette charte leur impose, d'une part, d'informer confidentiellement la direction de l'école de leurs rémunérations et responsabilités extérieures (y compris dans les associations, partis politiques ou églises) et, d'autre part, de faire apparaître dans leurs publications scientifiques les quatre types d'informations suivantes :

- a) les sources de financement, hors employeur principal et fondation, de la recherche correspondante ;
- b) l'identité des organismes ayant versé une rémunération en espèces ou en nature (supérieure à 10 000 € sur les trois années précédentes) au chercheur associé, ou l'un de ses coauteurs, et ayant un intérêt quelconque (financier, idéologique ou politique) en rapport avec les questions traitées dans la publication ;
- c) les fonctions éventuellement occupées dans des organismes et associations à but non lucratif dont l'objet est en rapport avec le document de travail ou la publication ;

<sup>33</sup> Nicolas Molfessis, « La controverse doctrinale et l'exigence de transparence de la doctrine », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003/1, cité p. 165.

<sup>34</sup> N. Molfessis, article cité, *loc. cit.*

<sup>35</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 20 octobre 2010, pourvoi n° 09-68.131, *Bull.* 2010, I, 204.

<sup>36</sup> *La Semaine juridique*, n° 13, du 26 mars 2012.

<sup>37</sup> Cf. notamment, concernant les États-Unis, le documentaire *Inside Job* [2010], produit, écrit et réalisé par Charles H. Ferguson, qui analyse les causes de la crise financière mondiale et a remporté l'Oscar du meilleur film documentaire en 2011. Concernant la France, voyez le livre du journaliste Laurent Mauduit, *Les imposteurs de l'économie*, Paris, Pocket, 2012, 264 p., qui s'appuie notamment sur le rapport de la Cour des comptes relatif à la gestion de l'école d'économie de Toulouse.

<sup>38</sup> *Principes de transparence et d'intégrité professionnelle à PSE-École d'économie de Paris*. Le texte est disponible à l'URL <[www.parisschoolofeconomics.eu/fr/presentation/principes-de-transparence](http://www.parisschoolofeconomics.eu/fr/presentation/principes-de-transparence)>.



d) l'existence éventuelle d'une autorisation de diffusion de la publication de la part d'un pourvoyeur de financement ou de données.

On voit bien l'intérêt d'une telle obligation de transparence et l'on aimerait que l'exemple de l'École d'économie de Paris soit suivi par d'autres institutions de recherche. En économie, mais aussi en droit, où les facultés et écoles pourraient prendre des initiatives semblables. Mais l'on ne peut, d'un autre côté, se cacher les faiblesses de ce type de dispositifs.

La première est la faiblesse de sa base juridique. Si l'on convient que la révélation de possibles conflits d'intérêts participe de la déontologie d'une profession donnée, on imagine mal que sa mise en œuvre puisse dépendre de la plus ou moins grande diligence des institutions concernées à les mettre en œuvre. Et, dans l'hypothèse même où ce type de chartes viendrait à se généraliser, la question demeurerait de leur force normative. Dans une intervention récente, le vice-président du Conseil d'État en appelait ainsi « à une assise textuelle solide pour prévenir et traiter les conflits d'intérêts », soulignant à juste titre l'insuffisance des démarches préventives laissées à l'initiative des intéressés<sup>39</sup>. M. Sauvé a, on le sait, présidé la « commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique », dont le rapport remis au Président de la République en 2011 recommandait déjà l'adoption de règles déontologiques applicables à tous les agents publics et la création d'une autorité de déontologie de la vie publique, dont la compétence s'étendrait à l'ensemble du secteur public<sup>40</sup>. L'on sait aussi que le projet de loi issu de ces recommandations a finalement été abandonné par la précédente majorité présidentielle<sup>41</sup>. Mais l'actuel Président de la République vient d'annoncer son intention de remettre cet ouvrage sur le métier législatif. Si tel est le cas, la recherche publique sera très probablement concernée par cette législation, dans le prolongement du texte spécial déjà adopté dans le domaine de la recherche médicale<sup>42</sup>.

La seconde faiblesse de ce dispositif, qui intéresse tout particulièrement la doctrine en droit social, est de semer une certaine confusion en mettant dans le même sac étiqueté « conflit d'intérêts » la dépendance économique d'un chercheur vis-à-vis d'un donneur d'ordres et son libre engagement dans la défense d'une thèse aussi défendue par telle ou telle organisation politique, syndicale ou religieuse. Critiquer, par exemple, une décision de la Cour de cassation parce que l'on estime sincèrement qu'elle porte atteinte à la liberté d'entreprendre, ce n'est pas la même chose que d'être payé pour le faire. La défense de certaines positions doctrinales n'est nullement incompatible avec un engagement bénévole dans des organismes à but non lucratif ayant les mêmes positions, qu'il s'agisse de la Société du Mont Pèlerin ou d'ATD Quart Monde. Qu'un universitaire qui publie un article sur le revenu de solidarité active informe les lecteurs de son appartenance à cette dernière association peut être utile. Qu'il l'informe si il a été payé pour l'écrire est nécessaire. Le critère de distinction à employer ici est bien connu de la doctrine en droit social : c'est celui de la dépendance économique. Celle-ci est incompatible avec le principe d'indépendance de la recherche publique, au contraire de l'exercice de la liberté d'opinion, qui est un principe à valeur constitutionnelle. Les confondre relève du pur sophisme.

La troisième faiblesse consiste à penser qu'il suffirait d'imposer la transparence pour dissiper d'avance tout risque de conflits d'intérêts. Existerait ce que certains appellent un « effet Dracula », qui ferait disparaître les mauvais esprits par leur simple exposition à la lumière. On néglige alors le fait que ce que certains jugent mauvais est excellent aux yeux des autres. Nous avons vu que pour un certain nombre de membres de la doctrine, il n'est pas plus blâmable de défendre une analyse par intérêt financier que par conviction intellectuelle, que la neutralité ou l'indépendance sont des vieilles lunes dont il convient de se défaire et qu'en fin de compte, tout le monde défendant une cause ou une autre, la transparence sur « le marché des idées » a pour fonction d'éclairer le « consommateur » d'écrits doctrinaux, et nullement de défendre le dogme d'une recherche indépendante. La transparence serait alors un but en soi et nullement un moyen de défendre ce dogme, qui, comme tous les dogmes, devrait être aboli.

Je suis de ceux qui s'entêtent à défendre ce dogme et à considérer que la liberté de pensée ne doit pas être confondue avec la liberté du commerce. Oser se servir de son propre entendement, pour reprendre ici la célèbre formule de Kant, ce n'est pas la même chose que d'en user à but lucratif. Et pour la doctrine, comme pour la recherche scientifique dans son ensemble, ce n'est pas seulement une liberté, mais c'est aussi un devoir. Dogme privé me direz-vous peut-être, auquel chacun est libre de croire, mais que personne ne peut imposer arbitrairement aux autres ? Nullement, puisque l'indépendance des professeurs d'universités est un principe à valeur constitutionnelle<sup>43</sup>. Les professeurs de droit sont certes libres de critiquer ce principe, mais ils n'en sont pas moins tenus de le respecter. Ce principe est la source de droits et donne une base particulière au statut des enseignants-chercheurs en droit de la fonction publique. Mais il est aussi la source de devoirs pour tous ceux que la République rémunère pour s'adonner à une recherche libre. Devoirs qu'on ne saurait imposer de la même manière à des chercheurs salariés ou précaires, pris dans un rapport de subordination difficilement compatible avec une véritable indépendance. La question, soulevée par M. Sauvé, du manque d'une base juridique solide pour encadrer les régimes d'incompatibilités des hommes politiques et des hauts fonctionnaires ne se pose donc pas dans le cas de la doctrine, car cette base existe. Il ne reste qu'à en tirer toutes les conséquences.

<sup>39</sup> J.-M. Sauvé, « De la baie des Chaleurs au confluent de la Saône et du Rhône : voyage au(x) pays des conflits d'intérêts - conclusions », *Les conflits d'intérêts*, 25<sup>es</sup> entretiens Jacques Cartier, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Université Jean-Moulin - Lyon-III, mardi 20 novembre 2012.

<sup>40</sup> Cf. commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », rapport remis au Président de la République le 26 janvier 2011 (disponible sur le site de la commission < [www.conflits-interets.fr](http://www.conflits-interets.fr) >).

<sup>41</sup> Projet de loi relatif à la déontologie et à la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, n° 3704, déposé le 27 juillet 2011 : < [www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl3704.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl3704.asp) >. Son article premier prévoyait que « les personnes chargées d'une mission de service public exercent leurs fonctions avec probité et impartialité » et devaient donc veiller « à prévenir ou à faire cesser immédiatement les situations de conflit d'intérêts ».

<sup>42</sup> Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, complétée par le décret n° 2012-745 du 9 mai 2012 relatif à la déclaration publique d'intérêts et à la transparence en matière de santé publique et de sécurité sanitaire.

<sup>43</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 83-165 du 20 janvier 1984, *Rec.* p. 30. V. déjà sur ce point « Sur l'ouverture de l'université » in *Convergences, Études offertes à Marcel David*, Quimper, Calligrammes, 1991, p. 417 et s.

## *Débats autour de la première table ronde : le rôle de la doctrine et de la jurisprudence en droit social*

### **Intervenants :**

Antoine Jeammaud  
Alain Lacabarats  
Olivier Dutheillet de Lamothe  
Gérard Couturier  
Philippe Waquet  
Laurence Pécaut-Rivolier  
Hélène Masse-Dessen  
Emmanuel Dockès  
Alain Supiot  
Frédéric Géa

### **M. le professeur Jeammaud :**

À partir de l'intervention d'Alain Supiot, une petite précision : quand on parle de savoir prenant le droit pour objet, cela recouvre aussi évidemment le travail de dogmatique juridique, dans un sens non péjoratif, de prise de position sur les questions de droit, de travail proprement doctrinal, car toutes ces activités sont entièrement légitimes. En même temps, je souscris à l'idée de mon ami Alain Supiot lorsqu'il dit que, y compris les postures de théorie, les postures de sociologie juridique ont une incidence dans le fonctionnement du droit, dans la vie du droit, dans les controverses juridiques.

Précisément, je pense que la légitimité de l'activité dogmatique, ou dogmatico-doctrinale, est d'autant plus grande qu'elle joue un rôle dans la production de ce qu'on appelle en France la jurisprudence. La question n'est plus aujourd'hui effectivement de se demander si la jurisprudence est source de droit, mais de déterminer sa légitimité. C'est un problème de politique du droit, de philosophie politique si l'on veut. Nous sommes nombreux à penser, ou à avoir pensé, peut-être à tort, que jusqu'à une époque relativement récente, disons milieu des années quatre-vingt, ce qui était imputé comme production du droit, comme contribution à la formation du droit à la Cour de cassation, était en vérité assez largement imputable à ce que les commentateurs disaient, à ce que les auteurs de manuel, tentant de décrire systématiquement le droit, disaient de ce que la Cour avait dit. Autrement dit, la thèse était que ce qu'on appelait la jurisprudence, c'est l'œuvre des « professeurs de droit » et qu'il y a eu, dans le milieu des années quatre-vingt, un retournement et une reconquête du pouvoir par votre Cour.

Je me souviens que nous avons eu ce débat notamment avec le doyen Philippe Waquet. À partir du moment où les conseillers à la Cour de cassation s'expriment, commentent des décisions, font valoir des points de vue sur des questions de droit, inévitablement les professionnels du droit, pour ne parler que d'eux, accordent d'autant plus de crédit à ce que peuvent dire les magistrats qu'à ce que peuvent dire les universitaires.

Et, je crois qu'il s'agit là d'une question intéressante. À l'heure de détecter ce qu'est la jurisprudence, on peut aujourd'hui dresser le constat que c'est plus du côté des magistrats que de celui des écrits des universitaires qu'il faut se tourner.

Deuxième observation : en ce qui concerne la contribution de la jurisprudence, c'est-à-dire concrètement de la Cour de cassation dans le domaine qui nous intéresse, je pense que sa légitimité, sa discutabilité est variable selon la nature des contributions. Il y a des arrêts qui livrent une interprétation d'un énoncé légal dont le sens est discutable. Je doute qu'il existe un sens véritablement clair des textes, ce serait un mythe de le croire. Si bien que, finalement, la règle, c'est ce que dit la Cour de cassation de ce qu'est la règle, entendue comme signification du texte. Donc là, la Cour est dans son rôle. On peut presque affirmer qu'il n'y a pas finalement de règle de droit en dehors de ce que dit la Cour de cassation de la signification de tel ou de tel texte.

Parallèlement, le terrain est un peu plus audacieux, lorsque, par exemple, la Cour de cassation interprète (et je ne sais pas si l'on peut encore parler d'interprétation) le sens d'une série de dispositions. On en a un exemple formidable, avec la jurisprudence liée à l'arrêt Rogie de novembre 1990 sur la conséquence du défaut d'indication du motif de licenciement dans la lettre de licenciement. Ce n'est pas l'interprétation du texte, c'est la détermination de ce que l'on pense être le sens de l'ensemble de l'édifice du régime du licenciement. Donc, on est déjà un peu plus loin du travail d'interprétation compris comme extraction d'une signification.

Et puis, dans d'autres cas, la Cour de cassation produit des règles de droit en mettant en œuvre une disposition légale. Par exemple, pour en rester au domaine du droit du travail, avec l'article 1135 du code civil sur les effets des conventions, la chambre sociale de la Cour de cassation a consacré un certain nombre de règles, par exemple celle selon laquelle il incombe à l'employeur de rembourser au salarié les frais professionnels engagés par lui dans l'exécution de son contrat.

Et, enfin, il y a un quatrième type de contribution, qui est vraiment la consécration des règles juridiques, qui sont positives et qui sont suivies notamment par les tribunaux, alors même qu'elles sont contraires à une disposition, ou à la signification acquise d'une disposition légale applicable, et là, par exemple, c'est le cas de ce vieil acquis de votre jurisprudence qui subordonne la responsabilité contractuelle du salarié à la faute lourde et qui est clairement contraire à l'article 1147 du code civil.

En bref, je pense que la question de la légitimité de la contribution inévitable de la jurisprudence au droit positif se pose différemment pour ces différents types d'apports.

#### **M. le président Lacabarats :**

Vous avez évoqué d'excellentes questions. Moi, je me pose depuis toujours la question de ma propre légitimité comme juge à donner mon interprétation d'un texte, à créer des règles de droit. Des règles fondamentales peuvent justifier cette intervention du juge, la formation, l'impartialité nécessaire, la délibération collégiale, la nécessité pour le juge de prendre des éléments d'information partout où il se trouve. Vous avez relevé que l'on prêtait peut-être plus d'attention aux écrits des magistrats qu'aux commentaires de la doctrine depuis quelques années. Mais l'un ne va pas sans l'autre, nous ne pouvons pas travailler sans la doctrine. Nous avons besoin d'avoir des éléments d'information pour savoir où l'on va, et la grande difficulté du droit du travail, peut-être plus que dans d'autres matières, c'est d'apprécier la portée de ce qui nous est demandé, et c'est pour cela que la chambre a développé depuis pas mal d'années toute une série d'actions d'information. Nous avons des relations régulières avec le Conseil d'État, nous avons ces rencontres avec l'université, nous pratiquons des échanges multiples avec tous ceux qui nous apportent des éléments d'information, mais c'est un travail extraordinairement compliqué et je crois que tout juge doit constamment se poser la question de savoir ce qui fait qu'il a le droit de donner telle interprétation à la règle de droit, ou, pire, puisque l'article 4 du code civil nous y oblige, de créer la règle de droit dans le silence de la loi.

C'est un problème considérable et je n'ai toujours pas la réponse après trente-cinq années d'exercice.

#### **M. le président Dutheillet de Lamothe :**

Je voudrais simplement rebondir sur votre dernière intervention. D'abord, pour vous remercier comme le professeur Supiot de ces deux exposés à la fois très stimulants et tout à fait passionnants et dire qu'il me semble qu'un élément de réponse à la question fondamentale que vous avez posée, que se pose tout juge, qu'il soit d'ailleurs judiciaire ou administratif, est le dialogue que vous avez évoqué dans votre intervention, sans justement le stigmatiser en disant qu'il vous paraissait tout à fait légitime et normal, entre le juge et le législateur.

J'ai mis très longtemps à comprendre que c'est un des éléments de réponse fondamental, à la fois au problème de la légitimité du juge et à la difficulté de l'acte de juger, parce que, ce qui explique le rôle de la jurisprudence dans tous les domaines du droit, c'est l'acte de juger, qui est, comme l'avez rappelé, un acte d'alchimie extrêmement complexe dès lors qu'il s'agit de partir d'une norme générale et impersonnelle et de l'appliquer à une situation concrète.

Alors, sans aller jusqu'aux excès de la théorie du relativisme de Michel Tropper, que j'aime beaucoup, mais que je trouve très excessif quand il affirme que la norme n'a pas d'existence en elle-même et que c'est le juge qui la crée en l'appliquant à une situation, il reste que c'est le juge qui donne vie à la norme en l'appliquant à des situations concrètes, ce qui lui donne un pouvoir très intéressant. Le président Canivet, que vous avez cité, continue à réfléchir sur ce sujet et, dans des colloques postérieurs, a continué à s'exprimer sur cette alchimie de l'acte de juger. Je crois que ce qui est très important dans cette approche positive du dialogue entre la jurisprudence et le législateur, c'est que, de ce fait, on respecte le rôle des deux.

Et je trouve que tout a été dit sur ce sujet dans le discours préliminaire du code civil où Portalis explique qu'il faut qu'il y ait une jurisprudence, car le législateur ne doit pas chercher par avance à régler tous les cas parce qu'il n'y arrivera pas et que, en plus, la norme va vivre dans le temps, mais qu'à la fois, le rôle du législateur est de surveiller cette jurisprudence et de la corriger le cas échéant. Il ne faut pas du tout vivre, à mon avis, de façon conflictuelle les dialogues entre la jurisprudence et la loi, par exemple, et pour en prendre un en dehors du droit du travail sur un sujet éthique où les deux institutions étaient dans leur rôle, c'est l'affaire Perruche, c'est un choix de société, un choix éthique absolument fondamental, et je pense personnellement tout à fait légitime, quel que soit le jugement que l'on porte sur l'une ou l'autre thèse, que le législateur ait souhaité intervenir, prendre parti sur un point qui ne l'était pas et que le juge avait bien dû trancher dans le silence de la loi. Dans le dialogue entre la jurisprudence et le législateur, il y a un élément de réponse à la contradiction fondamentale que la loi ne peut pas tout régler et doit laisser sa place à la jurisprudence et que le juge ne peut pas non plus se substituer au législateur.

#### **M. le professeur Couturier :**

Je voudrais revenir sur quelques aspects de la manifestation de la doctrine un peu en dehors de ce dont parlait Alain Supiot avec sa hauteur de vue coutumière. Il y a deux manifestations de la doctrine qui sont tout à fait en voie d'être dépassées, je fais volontiers mon deuil de l'une, mais je regrette profondément l'autre.

L'une, c'est la doctrine en tant qu'autorité : il y eut un temps où parler de la doctrine était parler d'une autorité. On disait volontiers que, parmi les sources du droit, il y avait des autorités - dont la jurisprudence faisait partie. On identifiait la doctrine à ceci : que celui qui s'exprime en doctrine a une autorité. La doctrine vaut pour la signature, on fait une consultation et, au fond, ce qui compte, c'est que quelqu'un, qui compte justement, se prononce dans un certain sens. Ceci me paraît tout à fait dépassé. Il n'y a pas, aujourd'hui, d'autorité qui se manifeste comme cela dans la vie du droit et je trouve ça très bien.

En revanche, dans la vie du droit, on a besoin de ces savoirs de base qui se situent dans les bibliothèques, dans les collections de traités ou de manuels. Il y a un savoir de base auquel il faut toujours pouvoir se référer. Comme je disais quand j'enseignais, il faut apprendre la leçon avant d'essayer de faire le devoir. On ne peut pas faire l'exercice convenablement si on ne connaît pas la leçon. Alors, qu'il s'agisse d'écrire, de consulter ou de

rédigé des décisions de justice, il faut avoir la référence au savoir de base, or je crains qu'il n'y ait plus aujourd'hui l'usage des bibliothèques, je me demande qui lit encore dans son activité de juriste de droit du travail. Tout le monde lit une documentation généralement sur écran, extrêmement riche et informative, on a un accès à des informations très nombreuses et diverses, mais le retour au concept et au raisonnement en est rendu beaucoup plus exceptionnel et ce retour au concept et au raisonnement, moi je trouve que c'est cela aussi la fonction de la doctrine qui consiste à donner le mieux possible le moyen de cela et, par conséquent, j'ai la nostalgie d'un droit où l'on lisait davantage, de telle sorte qu'on lisait vraiment la doctrine.

Quant aux observations critiques qu'Alain Supiot a développées dans sa seconde partie, je répondrai en un mot qu'il me semble que, dans la vie des juristes, pas seulement les professionnels du droit, il y a des moments différents, il y a des moments où l'on peut bien pratiquer une activité de juriste professionnel normalement rémunérée à ce titre et il y a des moments où l'on exprime le résultat de son étude, c'est d'ailleurs, me semble-t-il, le cas des magistrats aussi qui, à un certain moment, contribuent à rendre la justice, et on rappelait tout à l'heure qu'il y a d'autres moments où les mêmes magistrats enseignent le droit ou commentent les règles de droit et participent, par conséquent, à la doctrine.

### **M. le doyen Waquet :**

J'aimerais répondre sur deux points à M. Couturier et à M. Jeammaud.

D'abord à M. Couturier, pour lui dire que je partage entièrement son point de vue et que, même actuellement encore, je consulte très régulièrement le traité de Jean Savatier, de Gérard Couturier, de Gérard Lyon-Caen et de Jean Pélissier, tous ces bouquins que je garde dans ma bibliothèque, je les consulte très fréquemment pour regarder ce qu'ils disent, quelle orientation, quelle pensée ils ont, donc je ne crois pas que si, par le passé, il y a eu quelques fois des heurts, et d'ailleurs pour ma part je n'en ai pas eus, entre la doctrine et la jurisprudence, ces heurts n'existent pas profondément puisque nous sommes liés intimement, et d'ailleurs ces liens ont été créés, je le rappelle ici, par le président Cochard, qui, dès l'inauguration de sa présidence, a créé ces rencontres dans lesquelles nous sommes encore aujourd'hui avec des professeurs, des journées entières de travaux ont été faits aussi, parfois étendus aux avocats ou aux praticiens, mais tout ça dans un esprit de recherche, de contact, de dialogue, les juges n'ont jamais pensé qu'ils avaient la vérité incarnée et ils ont toujours cherché non seulement à éclairer ce qu'ils disaient, mais également à écouter les autres.

Je me souviens, je tiens à le dire, souvent des délibérés, l'opinion des professeurs était émise. Les professeurs ne sont pas les mal-aimés de la Cour de cassation en tout cas.

Ensuite, mon ami Jeammaud met en cause le fameux arrêt dont j'étais rapporteur, l'arrêt Rogie. Cet arrêt, je tiens à le dire, a été confirmé par l'assemblée plénière, j'y avais participé également, et, pour ne pas violer le secret du délibéré, il me semble bien que c'était une quasi-unanimité, les autres chambres en auraient presque rajouté.

Pourquoi l'arrêt Rogie ? Parce que, malgré tout, c'est vrai, la loi dit une chose fondamentale et nouvelle, essentielle : un employeur, lorsqu'il licencie, doit indiquer le motif de ce licenciement, mais n'oublions pas que cette règle s'intégrait dans un ensemble beaucoup plus large, législatif, c'était l'époque où l'administration a été obligée de motiver ses décisions alors qu'avant on refusait un permis de construire sans dire pourquoi, désormais il fallait dire : on refuse pour telle raison ; c'était évidemment une avancée de la démocratie puisque, quand on se voit infliger soit un refus de quelque chose, soit une sanction comme le licenciement, en tout cas une mesure telle qu'un licenciement, qui n'est pas forcément disciplinaire, on a tout de même le droit de savoir pourquoi. Donc, je crois qu'il s'agissait d'une démarche très importante du législateur et ce n'est pas le juge qui l'a inspirée, ça sort vraiment de la loi elle-même. Alors, pour l'application de la loi, que fallait-il faire ?

Puisque le législateur ne disait pas à peine de nullité ou à peine de je ne sais pas quoi, nous avons été obligés, en vertu de l'article 4 du code civil, de donner une solution, et comment faire une autre solution que rigoureuse, c'est-à-dire que, puisque l'on doit indiquer le motif de la rupture, si on ne l'indique pas, c'est qu'il n'y a pas de motif. Evidemment, cela a un côté un peu primaire, un peu simplifié, c'est vrai, mais c'est efficace en même temps, car il s'agit tout de même de faire rentrer dans les mœurs une règle fondamentale, à savoir qu'un salarié a le droit à notre époque de savoir pourquoi il perd son emploi. Donc ce choix a été fait par la chambre sociale sans difficulté, l'ensemble des collègues trouvait que cette solution était bonne, et, ensuite, l'assemblée plénière.

Il y a eu une résistance effroyable, je crois qu'il y a eu une saisine de la Cour européenne des droits de l'homme de cette question, puis tout cela s'est effondré, ces résistances de mauvaise foi ont été des échecs pour ceux qui les menaient et je crois que cet arrêt a été une bonne chose pour le droit du travail.

### **M. le professeur Jeammaud :**

Je ne conteste pas du tout ce point de vue, j'ai commenté l'arrêt avant-coureur en 1976, l'arrêt Janousek, et je suis tout à fait d'accord avec la solution. Je pense qu'effectivement, il y a une audace parce que, *a priori*, le défaut d'indication du motif dans la lettre de licenciement, c'est une irrégularité procédurale, simplement il y a un choix qui a été fait de dire que c'est plus grave, la solution me semble pertinente, simplement, par rapport au texte, la distance est plus grande que lorsque l'on dit tel énoncé signifie telle substance normative. Donc, je pense qu'il y a des gradations dans ce qu'apporte la Cour de cassation, mais très légitimement par ailleurs.

### **Mme la conseillère référendaire Pécaut-Rivolier :**

Je voudrais rebondir aussi sur ce qu'a dit le professeur Jeammaud. Pour moi, il y a un double rôle de la doctrine. Le premier rôle est effectivement celui de décryptage de la jurisprudence, il s'adresse finalement à l'extérieur, il reste extrêmement important, et il n'est pas rare qu'en lisant ces décryptages, on se rende compte que ce qui est dit de l'arrêt n'était pas forcément ce que nous avons entendu éventuellement y faire figurer. Mais, finalement, cela va transformer notre propre jurisprudence, parce qu'on va intégrer ce qui en a été dit dans notre jurisprudence ultérieure et en tenir compte.

Et puis il y a un rôle extrêmement important pour nous, qui est en amont et qui, avant que les décisions jurisprudentielles ne soient rendues, nous permet de savoir quelles seraient éventuellement les lignes qui pourraient se dégager pour que nous puissions prendre une bonne décision. Comme l'a dit le doyen Waquet, c'est quelque chose qui est d'autant plus important que, dans nos délibérés, on se réfère constamment à la doctrine. Cet apport-là de la doctrine reste évidemment fondamental, mais il est vrai, comme l'a dit le professeur Supiot, que, parfois, des questionnements peuvent naître, sur l'origine d'une prise de position, lorsque l'on pense que l'auteur a pu, à un titre ou un autre, connaître de la question en tant que conseil ou avocat. Par conséquent, il est souhaitable que des règles de transparence puissent s'imposer pour rassurer.

Ceci dit, il ne faut pas non plus éviter le sujet qui vient d'être ouvert sur l'intervention des magistrats pour écrire sur la jurisprudence. On peut indéniablement se demander s'il rentre dans le rôle du magistrat de commenter sa propre jurisprudence. Là aussi, il importe de conserver une déontologie. Le magistrat peut expliquer un arrêt, pour aider à sa compréhension et à sa lisibilité. Il ne doit pas se substituer à la doctrine en émettant des appréciations ou points de vue personnels.

#### **M<sup>e</sup> Masse-Dessen, avocat aux Conseils :**

Entre la doctrine et la jurisprudence, il y a également ce que les parties demandent au juge.

Nous avons été un peu frappés, mes confrères et moi-même, en écoutant ce qui s'était dit ce matin, de l'absence des parties. Or le juge statue sur les demandes dont il est saisi. Et les parties, lorsqu'elles ont une affaire, ne la qualifient pas immédiatement en droit. Il appartient à leur défenseur, devant les juges du fond essentiellement, de transformer la demande en une question juridique qui est soumise au juge. Par conséquent, la place, l'intérêt, l'utilité de la doctrine est aussi d'aider les praticiens à poser les bonnes questions et à les poser d'une manière qui puisse faire avancer les choses dans un sens qui est le leur. Je rejoins Gérard Couturier pour dire que, pour cela, il est indispensable d'avoir une bonne connaissance de l'abécédaire de notre métier. Mais, encore une fois, dans ce dialogue entre le juge et la doctrine, on ne peut pas, me semble-t-il, oublier ce qui est, à un moment donné, la préoccupation des parties, et la manière dont les questions sont posées.

#### **M. le professeur Dockès :**

Je veux revenir sur cette question qui agite beaucoup notre univers doctrinal, qu'a abordée le professeur Supiot dans sa deuxième partie. Parmi les points qui n'ont pas été abordés par le professeur Supiot, Gérard Couturier a eu raison de noter que la rémunération de certaines contributions doctrinales est souvent de peu d'impact. De peu d'impact, parce que la dissociation entre activité universitaire indépendante et activité rémunérée de défense d'une cause sont bien dissociées, ou bien de peu d'impact parce que la doctrine n'a plus l'autorité qu'elle avait précédemment. Il serait toutefois excessivement optimiste d'en déduire que, dans sa globalité, la rémunération d'une partie de la doctrine est sans influence. Bien entendu, certains collègues font quelques consultations et conservent, par ailleurs, une grande indépendance d'esprit. C'est certainement le cas du professeur Couturier. Il demeure que nous assistons à des phénomènes de clientèle et de recherche de clientèle, dotés de véritables effets. Certains domaines du droit du travail et certaines tendances du droit du travail sont susceptibles d'être beaucoup mieux rémunérés que d'autres, ce qui exerce sur une partie de la doctrine une force d'attraction très grande. Et le résultat est que nous avons certains sujets qui sont beaucoup plus traités que d'autres parce qu'ils sont plus rémunérateurs et que certains points de vue sont influencés par la volonté de complaire à des clients demandeurs de consultations. La question financière, dans l'activité doctrinale, produit aussi un véritable impact, et même parfois un grave déséquilibre dans le dialogue doctrinal. Cette question n'est donc pas de celle que l'on écarte aussi facilement. Dans certains pays, l'exclusivité des fonctions doctrinales a été ordonnée. On concevrait difficilement qu'un juge ait une activité de consultation rémunérée, ce qui, au regard de ses fonctions d'autorité, serait quelque chose de très grave, une forfaiture. Lorsqu'un membre de la doctrine le fait, en pratique, du fait de son autorité moindre, la chose est moins grave. Elle n'en reste pas moins potentiellement problématique. Et il incombe aux conseillers de la Cour de cassation de se rappeler que certains déséquilibres dans le débat doctrinal ne sont parfois que l'image de déséquilibres financiers.

#### **M. le président Lacabarats :**

Que cela n'empêche pas la doctrine de continuer à écrire. Nous avons besoin de la doctrine. Lisez nos rapports et vous verrez que nous citons constamment la doctrine.

#### **M. le professeur Supiot :**

Mon propos n'était pas de montrer qui que ce soit du doigt. Mais je pense que se voiler les yeux lorsque, dans des grands organes de la presse spécialisée, cette question est mise sur la table n'est pas une attitude normale pour un chercheur. On doit se poser des questions. Et les questions qui se posent à la doctrine en droit social ne sont pas fondamentalement différentes de celles qui se posent à la doctrine en général, ni aux agents publics en général. Il y a un problème lié aux cultures juridiques d'ensemble. Dans les sociétés qui ont une culture fondée essentiellement sur le contrat, dans le monde anglo-saxon, il y a une vieille tradition d'interrogation sur les conflits d'intérêts, dans la mesure où, les positions étant définies plutôt contractuellement, il y a une conscience vive de la difficulté d'en occuper plusieurs qui seraient incompatibles, alors que, dans les sociétés à statut comme les sociétés d'Europe continentale, c'était l'État qui généralement faisait le travail, distribuait les places et, en conséquence, lorsque cette pression se libère, la réaction est de dire qu'il s'agit d'une question d'éthique personnelle. C'est un peu le sens de ce que nous a dit M. Couturier : chacun est renvoyé à sa conscience.

Il est clair, me semble-t-il, dans le contexte législatif actuel, que cette réponse n'est pas suffisante. Il y a un appel qui ne concerne pas uniquement le monde juridique et où le point de départ était la recherche dans le domaine médical, où les enjeux ne pouvaient pas continuer à être évités en renvoyant chaque consultant médical à sa conscience pour savoir s'il peut ou ne peut pas. La France découvre la problématique des conflits d'intérêts et cela ne veut pas dire, dans mon esprit en particulier, que la consultation serait une activité à proscrire. La

doctrine est née d'une pratique de consultation. En droit romain, cela a d'abord été des consultants, qui, il est vrai, dans un premier temps, ne se faisaient pas rémunérer, mais ensuite ils l'ont fait. Avocat, c'est autre chose, il faudrait distinguer les fonctions. Mais le point délicat est lorsqu'il y a confusion des genres dans les publications, c'est-à-dire lorsqu'on essaie de faire passer pour un essai doctrinal indexé sur un principe de libre recherche quelque chose qui en réalité a été rémunéré.

Au regard de la voie dans laquelle s'est engagée l'Économie de Paris, je m'étonne qu'aucune des grandes institutions de juristes, qui sont autant concernés que les économistes, ne semble se poser cette question. Et ce qui m'inquiète est que si elles ne se la posent pas, lorsqu'on ne parvient pas à trouver les réponses à l'intérieur, on finira par les trouver à l'extérieur. On se retrouvera avec des dispositifs législatif et réglementaire et des modes de contrôle qui porteront à terme atteinte à l'indépendance des universités. Dans un premier temps, il pourrait être salutaire d'ouvrir le débat chez les juristes eux-mêmes.

En ce qui concerne le développement de la consultation, il y a un problème propre à notre matière qui est qu'il y a un marché de la consultation. Nous n'avons pas le marché de l'arbitrage. Le public français l'a découvert avec M. Bredin, notamment, qui a écrit des choses si éloquentes sur la déontologie doctrinale, nous n'avons pas le marché de l'arbitrage dans le cadre du droit social. Et, sur la consultation, il va de soi que tout le monde n'est pas à égalité dans la capacité de consulter. Sur le marché, il faut payer. Tout le monde n'est pas à égalité sur la capacité de s'attacher, et cela pose un problème qui me paraît assez spécifique au droit social.

Enfin, je souscris à l'observation selon laquelle les cartes de la consultation peuvent créer des zones d'ombre dans la recherche doctrinale. Le déficit, en dépit de brillantes exceptions, en matière de recherche en sécurité sociale, qui est pourtant un domaine considérable - c'est un budget supérieur au budget de l'État, cela a profondément modifié les conditions de vie en société, c'est d'une complexité effarante, il y a des questions théoriques très fortes derrière la sécurité sociale, or c'est un pan de la recherche dont on ne peut pas dire qu'il soit porté par nos institutions avec tout l'intérêt qu'il mérite.

Je sais que nous sommes ici à la chambre sociale, qui elle-même ne s'occupe plus beaucoup de sécurité sociale, mais, du point de vue de la doctrine, on pourrait faire l'hypothèse que ce relatif désengagement peut être lié aussi aux pratiques de consultations, surtout si l'on voit que les professeurs de droit qui consultent en ce domaine le font surtout sur la protection sociale complémentaire.

#### **M. le professeur Géa :**

Au croisement de plusieurs interventions, je voudrais revenir sur deux aspects : l'interprétation, d'un côté, et la « science », d'un autre côté.

S'agissant de l'interprétation, qui est un concept que l'on retrouve dans de nombreux domaines - littéraire, philosophique, religieux -, il faut se poser la question de la spécificité de l'interprétation juridique.

L'une des spécificités de l'interprétation juridique, à côté notamment de son caractère normatif ou du moins potentiellement normatif, c'est qu'elle conduit à trancher. Le juriste, quelle que soit sa position, et le juge en particulier, ne peut pas rester sur une position indécise : « *je ne sais pas, c'est peut-être ceci, peut-être cela* » !

Il y a, dans le modèle aujourd'hui encore dominant, nécessité de partir des textes pour parvenir à une décision.

Cela explique la possibilité, même parfois la nécessité, de s'éloigner en quelque sorte du texte, de développer des argumentations relativement riches qui dépassent les limites de l'interprétation littérale. C'est ce que nous évoquons tout à l'heure, avec l'interprétation systématique ou systémique, qui, justement, n'est pas ployée sur la teneur même du texte, mais qui est une manière de lui assigner un sens en passant par des chemins qui lui sont dans une certaine mesure extérieurs.

Or cette activité d'interprétation, pour ces raisons assez ouverte, qui vaut pour le juge par rapport à la loi, vaut également pour la doctrine ou tout autre juriste acteur du droit par rapport à l'ensemble des textes, y compris ceux des arrêts. Il y a ainsi ce que l'on peut appeler des cercles d'interprétation. Et, dans ces cercles, vous avez des représentations : représentations du contrat, du pouvoir, des sources du droit, de la jurisprudence... et donc de ce que le juge peut faire ou non. Ces représentations évoluent ; elles se transforment. Par exemple, le sens clair du texte était un dogme très enraciné au XIX<sup>e</sup> siècle et dont on s'est considérablement éloigné aujourd'hui, notamment grâce aux travaux de Michel Van de Kerchove.

Dans ces représentations trouve place une certaine idée du juge. Cette idée du juge, de ce qu'est son rôle, son pouvoir normateur, terminologie que l'on n'aurait pas utilisée il y a un siècle, s'est profondément renouvelée au cours des dernières décennies, et c'est parce qu'elle s'est transformée dans le regard des acteurs du droit - les avocats, la doctrine, etc. - que les juges sont fondés à assumer pleinement cette mission normative et qu'ils sont légitimes à expliciter par d'autres discours que les arrêts eux-mêmes leur propre production normative, par exemple à travers des chroniques. Tout cela procède, me semble-t-il, d'un changement de représentation. C'est circulaire, les événements se nourrissent les uns les autres. On se trouve en présence d'un phénomène qui ressemble étrangement à ce que Hart appelait la règle de reconnaissance dans son célèbre essai sur le concept de droit. Il travaillait les représentations et la question de la légitimité, il se la posait en termes de règle de reconnaissance, en termes de représentation au sein d'une communauté donnée. Ce que je veux souligner, c'est que la légitimité du juge procède de la représentation que l'on se fait de ses pouvoirs à un moment donné. Le rôle qu'a la Cour de cassation aujourd'hui et plus encore sa légitimité sont ceux qui lui sont reconnus au sein de la communauté juridique et au regard de notre système paradigmatique.

J'en viens à la question de la « science ». Alain Supiot faisait en réalité référence à la distinction positiviste entre la doctrine, d'un côté, et la théorie du droit, de l'autre. En avançant sur le terrain de la théorie pure du droit, Kelsen a introduit avec force dans le champ juridique une certaine idée de la science qui est celle qui va conduire à séparer doctrine et théorie du droit, comme certains le défendent.

Or, s'il y a bien lieu de distinguer des postures et des visées différentes, cette idée de la science en tant que telle me semble totalement dépassée, au plan épistémologique. C'est une conception positiviste de la science qui consiste à dire que le scientifique est nécessairement extérieur à son objet, qu'il n'a aucune influence sur son objet, qu'il doit se contenter de décrire la réalité et doit dès lors se préserver de tout jugement de valeur. Telles sont les caractéristiques que le cercle de Vienne prêtait à l'idée de science.

Aujourd'hui, dans une conception que certains appellent post-positiviste, tous ces éléments se trouvent relativisés, et ils le sont au moins depuis la naissance de la physique quantique, puisque c'est là qu'a été déstabilisée la considération selon laquelle le scientifique n'exerce aucune influence sur l'objet qu'il observe.

Tout cela peut et même doit être relié : dès lors que l'on admet que cette idée de pure extériorité par rapport à l'objet observé est dépassée, il faut prendre conscience de ce que tous les juristes, quelle que soit leur posture épistémologique, quelle que soit la perspective dans laquelle ils s'inscrivent, influencent ou peuvent influencer le droit, surtout lorsqu'ils écrivent sur le droit. Je veux dire par là qu'ils sont d'une certaine manière responsables de ce qui se passe dans la sphère du droit. La posture d'extériorité permet de dire : « Je ne suis responsable de rien, je me contente de décrire et ne suis pour rien dans ce qui se passe dans le champ du droit. » À l'inverse, la prise de conscience de ce qu'il n'y a pas de pure extériorité conduit à une responsabilisation, à une responsabilité de tous les interprètes du droit quels qu'ils soient, mais qui se trouvent renforcée dans le cas de la doctrine, en tant que communauté « savante ». Et c'est là que les deux éléments que j'évoquais se rejoignent. Cette responsabilité passe par les représentations que j'évoquais tout à l'heure, s'agissant des cercles d'interprétation, par les discours qui sont produits, les interprétations, les argumentations, les analyses, les conceptions qui sont avancées ou défendues. La question évidemment essentielle est celle de savoir au nom de quoi ils le sont.

#### **M. le professeur Supiot :**

Je suis d'accord. Nous sommes pris tous dans le jeu des interprétations, mais cela n'interdit pas d'exercer une fonction critique. Lorsque vous avez parlé du juge comme producteur de normes, cela signifie que nous sommes pétris par cette idée qu'il s'agit de produits. Nous véhiculons par ce seul vocabulaire une certaine représentation marchande du droit. Il faut en prendre conscience. Ce n'est pas parce que nous sommes dans le jeu des interprétations que la pensée critique est impossible.

# Technique de cassation et compréhension des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation

Jean-Yves Frouin

Conseiller à la Cour de cassation

Le 16 mars 2004, la première chambre civile rend un arrêt *publié* dans lequel plusieurs auteurs réputés vont voir, par une interprétation *a contrario*, la possible admission d'une obligation de renégocier le contrat en cas de modification imprévue des circonstances économiques en cours d'exécution, c'est-à-dire au fond une possible consécration de la théorie de l'imprévision<sup>1</sup>. Le doyen de l'époque fera rapidement une mise au point pour préciser que cet arrêt n'a pas cette portée<sup>2</sup>, avant que le professeur Ghestin, dans un long article, n'exprime l'idée que si l'arrêt a pu être mal interprété, c'est peut-être parce que ses commentateurs ne maîtrisent pas la technique indispensable à une bonne compréhension d'un arrêt de la Cour de cassation<sup>3</sup>. La polémique sera close par un article (agacé) d'Alain Bénabent symboliquement intitulé « Doctrine ou Dallas », disant en substance que, compte tenu de la publication de l'arrêt, qui ne s'imposait guère si le rejet du pourvoi consistait à constater que le moyen manquait en fait, une lecture *a contrario* de l'arrêt n'était pas inconcevable, de sorte qu'il n'y avait pas lieu de mettre en cause le manque d'apprentissage de l'interprétation des arrêts de la Cour de cassation par les tenants d'une telle lecture<sup>4</sup> !

On l'aura compris, si cette polémique est évoquée, c'est parce que la technique de cassation en est le cœur.

Que faut-il comprendre par technique de cassation ? L'expression est souvent utilisée, rarement définie, mais on peut aisément s'accorder sur sa signification, au moins à titre d'hypothèse de travail : ce sont les modes ou procédés selon lesquels s'élaborent les arrêts de la Cour de cassation et qui en déterminent le sens et, par suite, dont la connaissance ou la maîtrise permet d'en bien comprendre le sens : en substance, la structure et la rédaction des arrêts<sup>5</sup>.

Il existe, en effet, à la Cour de cassation une « *dogmatisation du raisonnement, une normalisation de la présentation des moyens et du mécanisme d'examen des pourvois, une codification de la construction et de la sémantique des arrêts* »<sup>6</sup>, en somme, des clés de compréhension des arrêts sans la possession desquelles ceux-ci peuvent demeurer incompris ou être mal compris.

Cette technique de cassation, qui confine à l'ésotérisme<sup>7</sup>, est - convenons-en - assez hermétique, tellement hermétique d'ailleurs qu'un débat récurrent oppose, notamment depuis la fameuse chronique de Touffait et Tunc<sup>8</sup>, les tenants d'une motivation plus explicite et ceux pour lesquels le style de la Cour de cassation, sa concision, l'*imperatoria brevitatis*, est en quelque sorte déterminé par la nature et la mission particulière de la Cour de cassation<sup>9</sup>. Il n'est pas de notre propos d'entrer ici dans ce débat, d'autant qu'à la différence du Conseil d'État, qui a engagé voilà plusieurs années une réflexion sur la rédaction des décisions de justice des juridictions administratives et les moyens de l'améliorer<sup>10</sup>, la remise en cause de la technique de cassation ou son réaménagement n'est pas à l'ordre du jour de la Cour de cassation<sup>11</sup>.

Cela étant, il va de soi que les décisions de la Cour de cassation sont rédigées, et doivent l'être en tout cas, pour être comprises au moins des initiés, ce qui implique qu'elles soient intelligibles, mieux, qu'elles soient claires, si possible qu'elles soient cohérentes, si l'on veut que la Cour de cassation assure sa mission d'unification du droit.

Un certain nombre d'éléments, de plus en plus nombreux d'ailleurs, y concourent, dont l'objet est d'explicitier les arrêts rendus, à l'initiative de la Cour de cassation elle-même ou de ses membres, soucieux de contribuer à une meilleure compréhension des décisions rendues. Ces éléments, qu'il nous faudra évoquer, sont importants, essentiels même, mais ce sont des éléments extérieurs aux arrêts (II). Or, ce sont les arrêts eux-mêmes qui contiennent, sont censés contenir, le sens de la décision et sa portée, sa *ratio decidendi*, et ce sont eux qu'il convient d'abord de comprendre, ce à quoi contribue la connaissance de la technique de cassation (I).

## I. - La compréhension des arrêts par la technique de cassation

Admettons-le, avant toute chose : il peut arriver qu'une règle énoncée dans un arrêt soit peu intelligible, indépendamment de l'adhésion qu'elle peut par ailleurs susciter, ou bien qu'elle soit mal comprise, peut-être parce que l'arrêt a été imparfaitement rédigé ; de même qu'il arrive que des règles soient énoncées sans aucune

<sup>1</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 16 mars 2004, pourvoi n° 01-15.804, *Bull.* 2004, V, n° 86, *Dalloz* 2004, p. 1754, note D. Mazeaud, *Revue trimestrielle de droit civil* 2004, p. 290, Obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>2</sup> O. Renard-Payen, *JCP* 2004, éd. E, n° 737, p. 817.

<sup>3</sup> L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation, *Dalloz* 2004, p. 290 et s.

<sup>4</sup> A. Benabent, « Dalloz ou Dallas », *Dalloz* 2005, p. 852.

<sup>5</sup> J.-Y. Frouin, « La construction formelle et intellectuelle d'un arrêt », suivi de « La technique de cassation (synthèse) », in « Le sens des arrêts de la Cour de cassation », *Les petites affiches*, numéro spécial du 25 janvier 2007, n° 19, p. 15 et 53.

<sup>6</sup> G. Canivet, « La Cour de cassation et l'interprétation uniforme du droit ». Conférence donnée le 21 décembre 2001 à la faculté de droit et des sciences politiques de l'université Saint-Joseph de Beyrouth.

<sup>7</sup> P. Waquet, Rapport de synthèse, in « Le sens des arrêts de la Cour de cassation », *Les petites affiches*, numéro spécial du 25 janvier 2007, n° 19, p. 47 et s.

<sup>8</sup> A. Touffait et A. Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *Revue trimestrielle de droit civil* 1974, p. 487.

<sup>9</sup> F. Zenati, « La nature de la Cour de cassation », *BICC* n° 575, du 15 avril 2003.

<sup>10</sup> Le rapport établi sous la responsabilité de M. Martin peut être consulté sur le site internet du Conseil d'État.

<sup>11</sup> A. Lacabrats, « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », *Dalloz* 2007, p. 889.



*ratio decidendi* dans l'arrêt, c'est-à-dire sous la forme d'une affirmation péremptoire. Dans ces hypothèses, la technique de cassation n'est pas d'un grand secours pour la compréhension de l'arrêt, car le vice est propre à la rédaction elle-même.

- La première hypothèse peut être illustrée par les arrêts du 8 juin 2011 sur le contrôle par les juges du fond du principe de l'égalité de traitement quand la différence de traitement dénoncée est justifiée par une différence de catégorie professionnelle et trouve sa source dans un accord collectif de travail<sup>12</sup>. Les arrêts, qui confirment la règle posée dans l'arrêt Pain<sup>13</sup> mais la nuancent, ont plongé la doctrine dans une certaine perplexité<sup>14</sup>. Disons-le clairement, ce genre d'hypothèse traduit tout simplement une forme d'hésitation (on n'ose dire d'indécision) de la chambre, qui peut se comprendre quand la question est délicate et à fort enjeu.

- La deuxième hypothèse est parfaitement illustrée par un arrêt du 7 février 2012<sup>15</sup>, qui a été interprété comme énonçant que la prise d'acte est impossible pendant la période d'essai, alors qu'il n'a pas du tout ce sens mais veut seulement exprimer que la prise d'acte pendant une période d'essai produit, si elle est justifiée, non pas les conséquences d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais celles d'une rupture abusive. Sans doute aurions-nous dû rédiger l'arrêt sur le modèle des autres arrêts relatifs aux conséquences d'une prise d'acte justifiée<sup>16</sup>.

- Un arrêt récent rend bien compte de la troisième hypothèse : c'est l'arrêt qui statue sur les conséquences d'une rupture de l'essai par l'employeur en méconnaissance du délai de prévenance institué par la loi. La question était celle de savoir si, quand une rupture de l'essai est prononcée tardivement par l'employeur de telle manière que le délai de prévenance ne peut plus être respecté en totalité, il en résulte ou non que la rupture est devenue un licenciement. La Cour a tranché par la négative, mais sans autre forme d'explication<sup>17</sup>. En fallait-il ? Le débat est ouvert, mais ce n'est pas certain : quand une question est (manifestement) susceptible de réponses en sens contraire avec des arguments aisément identifiables et tout aussi pertinents dans un sens et dans l'autre, est-il absolument nécessaire que la Cour précise ce qui l'a fait opiner dans un sens plutôt que dans l'autre, au risque d'affaiblir la portée de la solution adoptée ? Nous ne le croyons pas. Comme on a pu l'écrire, « *c'est alors à la doctrine qu'il appartient d'explicitier, au besoin à la lecture des rapports ou avis* »<sup>18</sup>.

Hormis ces hypothèses, qui ne sont pas exhaustives, c'est sans doute la technique de cassation qui permet le mieux de comprendre le sens précis et la portée normative des décisions. Il ne peut être ici question de reprendre toute la technique de cassation, ça n'est du reste pas nécessaire, on est entre initiés. Nul n'est besoin, par exemple, de s'arrêter sur la structure des arrêts. En revanche, on s'arrêtera sur trois points qui peuvent faire difficulté et qui permettent d'éclairer le sens et la portée des arrêts. Ils sont induits par la mission particulière de la Cour de cassation : « *censurer les erreurs de droit commises par les juges du fond et ainsi unifier l'interprétation des normes à l'effet d'assurer leur égale application à tous les citoyens* »<sup>19</sup>. Ce sont :

- la question du contrôle (A) ;
- les modalités d'exercice du contrôle (B) ;
- la politique jurisprudentielle (C).

#### A. - La question du contrôle

De ce que la Cour de cassation juge le droit et non le fait, de ce qu'elle ne connaît pas du fond des affaires (article L. 411-2, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire), il se déduit que son contrôle ne s'exerce que sur la bonne interprétation ou la bonne application de la règle de droit et qu'elle abandonne aux juges du fond la constatation et l'appréciation des éléments de fait (et de preuve). Et ce n'est évidemment que lorsqu'elle contrôle qu'elle manifeste une fonction normative et d'unification. D'où l'intérêt de déterminer quand elle contrôle et quand elle ne contrôle pas.

La difficulté, c'est que la distinction du fait et du droit, par-delà son apparente simplicité, ne se laisse pas toujours aisément appréhender<sup>20</sup>. À côté de ce que l'on pourrait appeler des éléments de « *pur fait* », il y a des faits porteurs d'effets de droit comme constitutifs d'une notion juridique ou d'une condition légale ou intégrés dans une qualification juridique. À ce titre, ils pourraient être contrôlés comme entrant dans une *catégorie juridique*. Mais ce n'est pas toujours le cas, car la Cour de cassation ne contrôle pas tout le droit. Le problème est que ses choix à cet égard sont arbitraires, voire aléatoires<sup>21</sup>, variables en tout état de cause, évolutifs, et même hésitants, tous éléments qui ne sont pas de nature à faciliter l'intelligibilité des décisions et la tâche des commentateurs.

On peut l'illustrer au travers de plusieurs exemples en droit du travail :

- la notion de *même secteur géographique* est une notion juridique en ce qu'elle produit des effets de droit importants, puisqu'elle détermine le point de savoir si l'employeur peut, dans l'exercice de son pouvoir de

<sup>12</sup> Pourvois n° 10-14.725, *Bull.* 2011, V, n° 155, et n° 10-11.933, *Bull.* 2011, V, n° 143.

<sup>13</sup> Soc., 1<sup>er</sup> juillet 2009, pourvoi n° 07-42.675, *Bull.* 2009, V, n° 168.

<sup>14</sup> A. Lyon-Caen, *Semaine sociale Lamy*, n° 1497 du 20 juin 2011, p. 8 et s.

<sup>15</sup> Pourvoi n° 10-27.525, *Bull.* 2012, V, n° 57.

<sup>16</sup> En énonçant que la prise d'acte de la rupture par le salarié pendant la période d'essai produit les effets d'une rupture abusive si les faits invoqués la justifiaient. Comp. Soc., 25 juin 2003, pourvoi n° 01-42.335, *Bull.* 2003, V, n° 209.

<sup>17</sup> Soc., 23 janvier 2013, pourvoi n° 11-23.428, *Bull.* 2013, V, n° 14, note J.-Y. Frouin, *RJS* 4/13, p. 211.

<sup>18</sup> A. Mazeaud, « La jurisprudence sociale créatrice de droit : regard sur la chambre sociale de la Cour de cassation », *Études offertes à J. Pélissier, Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, p. 395. L'auteur note toutefois que la méthode (par voie d'affirmation) peut s'avérer discutable dans certains cas.

<sup>19</sup> L. Boré et J. de Salve de Bruneton, « Quelques idées sur le pourvoi en cassation », *Dalloz* 2005, p. 180.

<sup>20</sup> Sur l'ensemble de la question, J.-L. Aubert, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *Dalloz* 2005, p. 1115.

<sup>21</sup> P. Waquet, *op. cit.*, p. 48.

direction, muter géographiquement un salarié sans son accord. Mais, en même temps, on voit bien que la notion a un contenu très factuel. Alors, droit, fait, contrôle, pas contrôle ? La Cour de cassation a hésité avant de trancher pour l'absence de contrôle ;

- on dit parfois que la Cour de cassation ne contrôle pas la qualification de cause réelle et sérieuse de licenciement depuis 1988. C'est partiellement inexact : il est vrai qu'elle ne contrôle pas le caractère réel et sérieux de la cause de licenciement, mais elle contrôle la cause de licenciement : d'abord, elle contrôle la qualification de faute lorsque c'est un licenciement pour motif disciplinaire qui a été prononcé ; ensuite, elle contrôle les causes admissibles de licenciement : indépendamment des motifs de licenciement prohibés par la loi comme discriminatoires<sup>22</sup>, elle juge ainsi que la perte de confiance ne peut constituer un motif de licenciement<sup>23</sup>, non plus que la mésentente en tant que telle<sup>24</sup>. Et d'ailleurs, alors même que la notion de cause réelle et sérieuse de licenciement paraît couvrir un champ assez large, la Cour de cassation, à notre connaissance, n'admet que quatre causes possibles de licenciement : la faute, l'insuffisance professionnelle, l'inaptitude physique (et impossibilité de reclassement), le trouble objectif apporté au fonctionnement de l'entreprise, soit par le comportement du salarié dans sa vie personnelle, soit par son absence prolongée ou ses absences répétées pour cause de maladie entraînant la nécessité de son remplacement définitif ;

- la qualification juridique de harcèlement moral a été laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond jusqu'au 24 septembre 2008, mais elle fait depuis cette date l'objet d'un contrôle de qualification ;

- une évolution de jurisprudence peut parfois être à l'origine de l'exercice d'un contrôle qui n'existait pas auparavant. Ainsi, la Cour de cassation ne contrôlait pas ce qui était une modification substantielle (supposant l'accord du salarié) et ce qui était une modification non substantielle du contrat de travail (pouvant lui être imposé). Mais, à partir du moment où elle a décidé de substituer à cette distinction la distinction entre modification du contrat et changement des conditions - ce qui impliquait la détermination de ce qui relève du contrat et de ce qui relève des conditions de travail -, elle a décidé d'exercer un contrôle normatif et ce qu'il est convenu d'appeler un contrôle normatif lourd ;

- enfin, sur le terrain de l'hésitation, il faut citer l'appréciation du bien-fondé de la prise d'acte, c'est-à-dire la question de savoir si les faits invoqués par le salarié à l'appui de sa prise d'acte de la rupture aux torts de l'employeur sont d'une gravité suffisante ou non pour justifier la prise d'acte. Sur ce point, la Cour pose un principe d'appréciation souveraine mais considère dans le même temps que certains manquements de l'employeur sont nécessairement d'une gravité suffisante pour justifier la prise d'acte, ce qui la conduit à censurer les juges du fond qui décident le contraire<sup>25</sup>.

On le voit, « *cette question du contrôle est particulièrement complexe et constitue un sujet d'incertitudes que seule la connaissance des arrêts les plus récents de la Cour de cassation permet de lever* »<sup>26</sup>.

Y a-t-il à tout le moins un moyen aisé pour le lecteur de s'assurer de l'existence ou non d'un contrôle ? Certes. Il réside dans le vocabulaire utilisé : il y a contrôle de la Cour de cassation toutes les fois qu'elle exprime (dans un arrêt de rejet) que la cour d'appel a énoncé, déduit, retenu, décidé à *bon droit, exactement, à juste titre* que... ou encore qu'elle *a pu* décider, énoncer, retenir, en déduire que... À l'inverse, il n'y a pas de contrôle quand la Cour énonce qu'une juridiction du fond a constaté, relevé, estimé, apprécié, décidé, *a fortiori* si elle ajoute « *souverainement* ». Bien entendu, dans une même réponse de la Cour de cassation, il peut y avoir contrôle et absence de contrôle, contrôle sur la règle de droit applicable, absence de contrôle sur les constatations de fait, et contrôle ou non sur la déduction juridique. C'est d'ailleurs le syllogisme judiciaire bien connu : attendu qu'ayant exactement retenu ou rappelé (contrôle)..., la cour d'appel, qui a relevé ou constaté (absence de contrôle), en a justement déduit, a pu en déduire (contrôle) ou a estimé (absence de contrôle).

Reste à déterminer si, comme peuvent le laisser supposer les formulations exprimant un contrôle (*a exactement, a pu*), ce contrôle peut être d'intensité variable, ce que l'on exprime parfois en disant qu'il existerait un contrôle lourd et un contrôle léger. Cette différence entre un contrôle lourd et un contrôle léger est contestée par les puristes de la technique de cassation, en ce sens que ce qui importe dans les deux hypothèses, c'est qu'il existe un contrôle « *plein et entier* » de la Cour de cassation<sup>27</sup>. Elle est également contestable en ce qu'elle signifie principalement que, dans l'hypothèse du contrôle dit lourd, le contrôle porte essentiellement sur la bonne interprétation ou application de la règle de droit et est peu tributaire d'éléments de fait, tandis que, dans l'hypothèse d'un contrôle dit léger, le contrôle est largement tributaire d'une masse d'éléments de fait sur la constatation desquels les juges du fond exercent une appréciation souveraine (ex. : en droit du travail, le contrôle du respect de l'obligation de reclassement, de la qualification de contrat de travail, de la pertinence d'un plan de sauvegarde de l'emploi, de la qualification de faute grave). Reste que la différence correspond malgré tout à une certaine réalité<sup>28</sup>, dans la mesure où, dans ces dernières hypothèses, il arrive parfois que les mêmes faits constatés par les juges du fond, présentés différemment, aient pu conduire à une solution contraire de leur part sans encourir pour autant la censure de la Cour de cassation.

<sup>22</sup> Avant que l'âge du salarié ne fasse partie des motifs de licenciement prohibés par la loi comme discriminatoires, la chambre sociale avait déjà jugé que l'âge ne pouvait constituer une cause de licenciement : Soc., 5 décembre 1995, pourvoi n° 92-40.389, *Bull.* 1995, V, n° 331.

<sup>23</sup> Soc., 29 mai 2001, pourvoi n° 98-46.341, *Bull.* 2001, V, n° 183.

<sup>24</sup> Soc., 5 février 2002, pourvoi n° 99-44.383, *Bull.* 2002, V, n° 50.

<sup>25</sup> J.-Y. Frouin, note sous Soc., 3 novembre 2010, pourvoi n° 09-65.254, *Bull.* 2010, V, n° 252, *La semaine juridique, édition sociale* 2011, n° 1006, et F. Champeaux, « Prise d'acte : de la nécessité du contrôle de la Cour de cassation », *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1510.

<sup>26</sup> J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *BICC* n° 702 du 15 mai 2009.

<sup>27</sup> J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz 2009-2010, n° 65.161.

<sup>28</sup> En ce sens, J.-L. Aubert, *op. cit.*, p. 1119, et J.-F. Weber, *op. cit.*

## B. - Les modalités du contrôle exercé par la Cour de cassation

Une fois acquis qu'on est sur le terrain du droit et qu'il y a lieu à contrôle, il faut se poser la question des modalités du contrôle exercé par la Cour de cassation ou, si l'on préfère, des différents types de contrôle exercés par la Cour de cassation, ce qui recouvre les cas d'ouverture à cassation puisqu'aussi bien « *ce qui est au cœur du pourvoi en cassation, c'est la limitation de ses cas d'ouverture* »<sup>29</sup>. On dénombre habituellement trois principaux cas d'ouverture qui induisent des contrôles différenciés : la violation de la loi, le défaut de base légale, les griefs disciplinaires, qui donnent lieu respectivement à un contrôle normatif, à un contrôle normatif de motivation et à un contrôle dit « *disciplinaire* », pour reprendre la distinction de J.-F. Weber<sup>30</sup>.

On ne s'attardera pas sur le contrôle de l'application de la loi correspondant au grief de violation de la loi non plus qu'au contrôle dit « *disciplinaire* », correspondant aux différents griefs disciplinaires qui peuvent être faits à une décision, contrôles qui sont simples et bien connus.

Par le premier, la Cour exerce la plénitude de son contrôle et de sa fonction normative, ce qui signifie qu'elle s'assure de la bonne interprétation, de la bonne application de la règle de droit, de l'exacte qualification juridique des faits, en approuvant ou en censurant la décision selon que l'interprétation, l'application de la règle ou la qualification des faits sont exacts ou non, après avoir rappelé ou énoncé la règle de droit applicable. Les récents arrêts *Viveo*<sup>31</sup> ou encore *Baby-Loup*<sup>32</sup> constituent une parfaite illustration de ce contrôle de l'application de la loi. Il doit être ici ajouté un mot sur le visa : le visa, c'est évidemment le fondement juridique d'une décision de cassation et par là même l'une des clés de sa bonne compréhension. Concrètement, c'est la mention des textes ou du principe de droit dont la méconnaissance a entraîné la cassation. Il importe donc qu'il soit aussi précis et exact que possible, car il est censé fournir la *ratio decidendi* de l'arrêt si la motivation ne suffit pas par elle-même. Il n'y a pas de visa dans les arrêts de rejet. Cependant, il est toujours possible, dans le chapeau intérieur d'un arrêt de rejet (c'est-à-dire le premier attendu), d'indiquer le texte, ou le principe, dont l'application et l'interprétation ont été faites correctement par la décision attaquée, et il serait sans doute souhaitable de le faire plus systématiquement.

À l'opposé, si l'on peut dire, le contrôle disciplinaire a pour (seul) objet de s'assurer que la décision attaquée ne comporte aucun vice de motivation au regard des principes fondamentaux de la procédure, ce qui implique qu'elle soit (suffisamment) motivée, réponde aux moyens pertinents des parties, ne dénature pas le sens clair et précis d'un écrit produit aux débats. Par hypothèse, le contrôle ainsi exercé, quand il conduit à une cassation, n'a aucune portée normative, puisque ce qui est en cause n'est pas la bonne ou mauvaise application de la loi.

Il faut s'arrêter un peu plus longuement sur le contrôle du défaut de base légale, qui est un peu moins connu et un peu plus subtil<sup>33</sup>, et, surtout, dont on ne mesure pas toujours qu'il est un outil essentiel dans l'exercice par la Cour de cassation de sa fonction normative, alors même qu'il peut sembler de prime abord ne rien exprimer.

De quoi s'agit-il ? Il s'agit d'une insuffisance de motivation de laquelle il découle l'impossibilité pour la Cour de cassation de s'assurer de la bonne (ou de la mauvaise) application de la loi ou de l'exacte qualification des faits. Ainsi défini, le défaut de base légale paraît se rapprocher d'un défaut de motifs ou d'une violation de la loi, qu'on a précédemment évoqués, mais, en réalité, il s'en distingue très nettement : ce n'est pas un défaut de motifs, qui justifierait à lui seul la censure pour cette raison, car la décision est motivée ; simplement, les motifs retenus sont insuffisants ou impropres à démontrer que la loi a été correctement appliquée. Et de cela, il découle un vice dans l'application de la règle de droit, qui n'est pas une violation de la loi, car on ne sait pas si la règle de droit a été ou non violée, faute que toutes les constatations ou vérifications nécessaires à sa mise en œuvre aient été faites par le juge du fond. Ainsi, dans l'hypothèse où un salarié a été licencié pour faute grave résultant de son refus de rejoindre une nouvelle affectation géographique décidée par l'employeur sans son accord, le juge du fond ne peut dire le licenciement non fondé sans avoir préalablement vérifié que la nouvelle affectation du salarié ne se situait pas dans le même secteur géographique que la précédente (« *Qu'en se déterminant ainsi, sans vérifier si la nouvelle affectation de la salariée n'était pas située dans le même secteur géographique que la précédente, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »<sup>34</sup>).

En apparence, le contrôle de légalité peut sembler dépourvu de fonction normative parce qu'il ne tranche pas, en cas de cassation, la question de la bonne ou mauvaise application de la loi et parce qu'en cas de rejet, la Cour se contente souvent de reprendre les motifs de la décision attaquée avant de conclure que les juges du fond ont légalement justifié leur décision.

En réalité, c'est un instrument très souple et très riche qui permet au contraire à la Cour, à l'égal de la violation de la loi et peut-être même de manière plus efficace, d'ajuster sa fonction régulatrice en fonction des nécessités.

D'abord, il a toujours une vertu pédagogique parce que le conclusif est rédigé de telle manière que la Cour de cassation indique au juge du fond, dans un arrêt de cassation, en quoi consiste le grief de défaut de base légale qui lui est fait et quelles recherches, vérifications, précisions, explications sont nécessaires pour asseoir juridiquement la décision : *sans rechercher, sans vérifier, sans préciser en quoi, sans expliquer...*

Ensuite, il a souvent une fonction normative de rappel de la règle de droit applicable au litige, la Cour de cassation profitant de l'espèce pour faire précéder son conclusif d'un chapeau dans lequel elle rappelle la règle de droit applicable<sup>35</sup>, et cela aussi bien dans un arrêt de rejet<sup>36</sup> que dans un arrêt de cassation<sup>37</sup>.

<sup>29</sup> L. Boré et de Salve de Bruneton, *op. cit.*, p. 181.

<sup>30</sup> *Op. cit.*

<sup>31</sup> Soc., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-20.741, *Bull.* 2012, V, n° 129.

<sup>32</sup> Soc., 19 mars 2013, pourvoi n° 11-28.845, en cours de publication.

<sup>33</sup> Sur l'ensemble de la question, J.-P. Ancel, « Le manque de base légale », *BICC* n° 719, du 1<sup>er</sup> avril 2010.

<sup>34</sup> Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-14.960.

<sup>35</sup> Il doit être précisé ici que c'est une pratique plus répandue à la chambre sociale que dans les autres chambres.

<sup>36</sup> Soc., 13 juin 2012, pourvoi n° 11-10.198, *Bull.* 2012, V, n° 180.

<sup>37</sup> Soc., 21 novembre 2012, pourvoi n° 11-10.258, *Bull.* 2012, V, n° 304.

Enfin, le contrôle de légalité peut être utilisé, selon les cas, soit pour donner l'interprétation d'une norme<sup>38</sup>, soit pour élaborer une norme nouvelle<sup>39</sup>, soit pour compléter une règle existante<sup>40</sup>, là encore aussi bien dans le chapeau intérieur d'un arrêt de rejet que dans un chapeau en tête d'un arrêt de cassation<sup>41</sup>. Dans cette hypothèse, le défaut de base légale participe, de la même manière que la violation de la loi, à l'œuvre normative de la Cour de cassation.

Il peut également participer de sa politique jurisprudentielle.

### C. - La politique jurisprudentielle de la Cour de cassation

Y a-t-il, peut-il y avoir une politique jurisprudentielle ? Il faut d'abord s'entendre sur ce que l'expression recouvre. On peut traduire cela par la volonté de donner ou d'imprimer un sens, une orientation, et de le transmettre aux juges du fond, mais en rapportant cette volonté à la mission qui est celle de la Cour de cassation, c'est-à-dire une mission régulatrice, d'unification du droit, qui inclut un certain pouvoir normatif. Plus simplement : la Cour de cassation peut-elle conduire une politique volontariste dans sa mission d'élaboration du droit ?

Ce qui pourrait conduire à donner une réponse négative à la question, c'est que la Cour de cassation ne se saisit pas elle-même et qu'elle est tributaire des questions de droit qui lui sont posées, lesquelles lui arrivent de manière un peu fortuite et aléatoire, ce qui ne facilite pas la mise en œuvre d'une véritable politique jurisprudentielle. Et d'ailleurs, le plus souvent, en tout cas dans un grand nombre de cas, la jurisprudence s'élabore spontanément et ponctuellement, au gré des questions posées à la Cour, ce qui tient lieu alors de politique jurisprudentielle étant un simple souci de constance, d'unité et de cohérence entre les solutions adoptées. Par exemple, l'encadrement juridique de la prise d'acte de la rupture s'est élaboré sur une période de dix ans depuis les premiers arrêts du 25 juin 2003, au fil des affaires nombreuses soumises à la Cour sur cette question.

Reste que, même si elle ne choisit pas les questions qui lui sont posées, la Cour de cassation dispose de divers moyens et outils techniques, de manière à peser sur ce qu'elle va juger, délivrer des messages aux juges du fond et ainsi conduire une certaine politique jurisprudentielle.

- D'abord, il est toujours possible de regrouper les questions se rapportant à un même contentieux sur une période de temps assez courte pour leur donner des réponses coordonnées et élaborer une jurisprudence cohérente, éventuellement nouvelle. En 1994, pour répondre à une critique doctrinale présentant la jurisprudence sur la période d'essai comme une mosaïque dépourvue d'unité, la chambre sociale, à l'initiative de son doyen, a décidé, sur une période de dix-huit mois, de regrouper tous les dossiers posant une question relative à la période d'essai, de les confier à un même rapporteur et de les faire venir systématiquement à l'audience de formation ordinaire. C'est ainsi que la jurisprudence sur la période d'essai a été entièrement renouvelée en dix-huit mois, entre le milieu de l'année 1994 et la fin de l'année 1995, pour ne plus guère évoluer ensuite jusqu'à la loi du 25 juin 2008.

- Parfois, ce sont les circonstances qui poussent au regroupement des questions se rapportant à un même contentieux : une évolution de jurisprudence, ou une loi nouvelle. L'évolution de jurisprudence précédemment évoquée sur la nouvelle distinction entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail, qui impliquait la détermination par la Cour de ce qui relève du contrat de travail et ce qui relève des conditions de travail, a conduit la Cour de cassation à régler par des arrêts publiés sur une période de deux ans (de 1998 à 2000) la plupart des questions que soulevait la nouvelle distinction, notamment au regard des éléments qui constituent le socle du contrat de travail. De même, la loi du 20 août 2008 pose, notamment sur la question de la représentativité, toute une série de questions nouvelles qui sont arrivées et arrivent à la Cour dans un même trait de temps et qui, étant par ailleurs confiées à une formation très spécialisée de la Cour, a permis et permet à celle-ci d'élaborer une jurisprudence aussi cohérente que possible.

- Il reste que, dans toutes ces hypothèses, la Cour de cassation ne tranche que les questions qui lui sont posées et n'agit pas par elle-même sur les questions qu'elle tranche, ce qui limite nécessairement la conduite d'une politique jurisprudentielle. Se peut-il qu'elle tranche aussi des questions... qui ne lui sont pas posées ? Question singulière, pourquoi le ferait-elle ? Pour garantir par anticipation la cohérence du droit qu'elle élabore en réglant des difficultés dont elle peut aisément s'aviser qu'elles vont nécessairement se présenter même si elles n'ont pas encore donné lieu à contentieux devant la Cour, ce qui participe de sa fonction régulatrice.

Plusieurs outils techniques peuvent être utilisés à cette fin : *le relevé d'office d'un moyen de pur droit*, dans les arrêts de cassation, qui permet à la Cour de casser un arrêt par application d'une règle dont ne s'est pas prévalu le demandeur au pourvoi, soit parce qu'il n'y a pas songé, soit parce qu'elle n'existait pas vraiment et que la Cour de cassation va profiter de l'espèce pour énoncer<sup>42</sup>. *Le motif de pur droit substitué*, qui permet à la Cour de cassation, dans un arrêt de rejet, de « sauver » un arrêt par l'énoncé d'une règle (nouvelle) de nature à justifier la solution retenue par la décision attaquée là où les motifs adoptés par elle auraient dû conduire à une cassation<sup>43</sup>. *L'obiter dictum*, qui permet à la Cour de cassation, dans une incise de sa réponse au rejet ou à la cassation, de formuler une règle dont l'énoncé ne lui était pas nécessaire pour trancher le pourvoi mais qui lui permet de régler

<sup>38</sup> Sur l'interprétation de la notion légale de cadre dirigeant : Soc., 13 janvier 2009, pourvoi n° 06-46.208, *Bull.* 2009, V, n° 12 (cassation), et Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-24.412, *Bull.* 2012, V, n° 45 (rejet).

<sup>39</sup> Soc., 3 novembre 2011, pourvoi n° 10-14.702, *Bull.* 2011, V, n° 246 (cassation), et Soc., 6 février 2013, pourvoi n° 11-27.000, en cours de publication (rejet).

<sup>40</sup> Soc., 23 janvier 2008, pourvoi n° 06-40.340, *Bull.* 2008, V, n° 16.

<sup>41</sup> *Id.* note 34.

<sup>42</sup> Soc., 10 mars 2009, pourvoi n° 07-44.092, *Bull.* 2009, V, n° 66.

<sup>43</sup> Soc., 9 mars 2011, pourvoi n° 10-11.581, *Bull.* 2011, V, n° 70.

(pour l'avenir) une question d'interprétation ou d'application du droit<sup>44</sup>. Au-delà de l'*obiter dictum*, une technique lui ressemble qui consiste, par une formulation générale, à répondre à des questions qui dépassent le cadre de la seule question posée par le pourvoi<sup>45</sup>.

- Enfin, la Cour de cassation peut toujours assortir l'énoncé d'une règle nouvelle ou d'un infléchissement de jurisprudence de directives données au juge, ce qui lui permet tout à la fois d'orienter le juge du fond quant à son office relativement à l'application de la règle de droit en cause et, pour l'avenir, de garder la main en exerçant son contrôle dans le cadre ainsi fixé<sup>46</sup>.

## II. - La compréhension des arrêts par la diffusion d'éléments extérieurs d'explicitation

Si la bonne compréhension d'un arrêt ne résulte pas toujours clairement de sa seule lecture, même assortie d'une parfaite maîtrise de la technique de cassation, un certain nombre d'éléments extérieurs à l'arrêt, de plus en plus nombreux, concourent à son explicitation et sont de nature à faciliter la compréhension de son sens et de sa portée normative<sup>47</sup>. Il importe d'en faire un rapide recensement (A) avant d'en apprécier la valeur et la portée (B).

Mais on rappellera au préalable l'importance du mode de diffusion des arrêts, parfois négligée par les commentateurs et praticiens. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un élément extérieur aux arrêts car le mode de diffusion les accompagne et en fait donc partie intégrante, mais il s'agit d'un élément extérieur au texte même des arrêts. Or, s'il ne signifie rien par lui-même, le mode de diffusion des arrêts est un élément essentiel à leur bonne compréhension car il rend compte de leur intérêt juridique et de la portée normative que leur attache la Cour elle-même au regard de sa fonction régulatrice. Il est signalé par une mention en tête de l'arrêt qui exprime par quelle formation l'arrêt a été rendu (F = formation restreinte ; FS = formation de section ; FP = formation plénière de chambre) et l'étendue de sa diffusion (D = arrêt simplement diffusé ; P = arrêt publié au *Bulletin* ; PB = arrêt publié au *Bulletin* et au *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, ou *BICC* ; PBR = arrêt publié au *Bulletin*, au *BICC* et au *Rapport annuel* ; PBI = arrêt publié au *Bulletin*, au *BICC* et mis en ligne sur internet ; PBRI = arrêt publié au *Bulletin*, au *BICC*, au *Rapport annuel*, et mis en ligne sur internet). Sans entrer dans le détail, car ces mentions sont désormais bien connues, on se bornera à rappeler que ce sont les décisions publiées qui fixent la jurisprudence de la chambre et que l'intérêt normatif de la décision est d'autant plus grand que la publication est plus étendue<sup>48</sup>.

### A. - Les éléments extrinsèques d'explicitation des arrêts

Certains sont anciens, tandis que d'autres sont apparus plus récemment.

#### 1°) Les éléments traditionnels d'explicitation des arrêts

Ce sont le rapport du rapporteur et l'avis de l'avocat général, d'une part, les notes au *BICC* et au *Rapport annuel*, d'autre part.

Le rapport du rapporteur et l'avis de l'avocat général relatifs à chaque décision rendue ne sont pas le plus souvent directement accessibles, mais ils peuvent l'être sur le site internet de la Cour de cassation ou sur le *Bulletin d'information de la Cour de cassation* quand ils concernent des arrêts portant sur le droit du travail rendus par l'assemblée plénière de la Cour ou une chambre mixte. Ils peuvent également l'être s'ils font l'objet d'une publication par leurs auteurs dans une revue spécialisée<sup>49</sup>. L'apport de ces éléments pour une bonne compréhension des arrêts rendus est cependant assez relatif car, s'agissant du rapport, il n'exprime pas le point de vue du rapporteur, mais seulement les données objectives de droit ayant pu concourir à la prise de la décision (précédents, position de la doctrine, arguments en présence et pouvant être soutenus dans l'un et l'autre sens) et, s'agissant de l'avis, il est impossible de savoir précisément quelle a été sa part d'influence sur la décision, sauf... quand il n'a pas été suivi.

Les notes au *BICC* et au *Rapport annuel* (dans la partie jurisprudence) sont en revanche très précieuses, car elles sont généralement l'œuvre du rapporteur de la décision en cause, avant d'être relues par le président et le doyen de la chambre, et ont très précisément pour objet d'explicitation la décision en lui donnant son sens exact et sa portée véritable. Les notes au *BICC* ont aussi parfois une fonction pédagogique à l'égard des juges du fond destinée, à travers l'explicitation de l'arrêt, à leur indiquer ce qui est attendu d'eux relativement à la bonne application de la règle de droit dont il s'agit<sup>50</sup>. L'inconvénient de ces notes, c'est évidemment qu'elles sont postérieures de plusieurs mois à l'arrêt annoté, voire de plus d'un an s'agissant des notes au *Rapport annuel*.

#### 2°) Les éléments récents d'explicitation des arrêts

Il en est deux catégories : les communiqués, d'une part, les notes, articles, ouvrages ou interventions diverses des membres de la chambre sociale, d'autre part.

- Les communiqués sont apparus à la Cour de cassation en 2001 mais se sont véritablement développés à partir de 2004, même si l'utilisation en est variable selon les chambres et les périodes. Il s'agit d'un document établi sous la responsabilité du président de la chambre, mis en ligne sur le site internet de la Cour simultanément au prononcé de l'arrêt et dont l'objet, avec des contenus qui peuvent varier selon la nature de la question de

<sup>44</sup> Soc., 13 janvier 2010, pourvoi n° 09-60.203, *Bull.* 2010, V, n° 7.

<sup>45</sup> Soc., 13 février 2013, pourvoi n° 12-18.098, *Bull.* 2013, V, n° 42.

<sup>46</sup> Soc., 23 janvier 2008, *op.cit.*, et Soc., 15 mai 2007, pourvoi n° 05-42.894, *Bull.* 2007, V, n° 27.

<sup>47</sup> A. Lacabarats, « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », *Dalloz* 2007, p. 889.

<sup>48</sup> A. Lacabarats, *idem* ; J.-Y. Fouin, « Petit lexique pour mieux comprendre la portée des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation », *La Semaine juridique, édition sociale* 2006, n° 3, p. 15.

<sup>49</sup> Pour un exemple récent, J.-G. Huglo, « Laïcité et liberté religieuse des salariés » (rapport sur l'arrêt Baby-Loup du 19 mars 2013), *RJS* 5/13, p. 291 et s.

<sup>50</sup> Note au *BICC* du 15 avril 2013, n° 630, sous Soc., 5 décembre 2012, pourvoi n° 11-20.004, sur la portée d'une clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation préalable en cas de litige.

droit tranchée et l'objectif de la Cour, est d'explicitier la décision rendue, d'en préciser le sens et la portée, de la mettre en perspective, éventuellement d'en justifier la pertinence, en tout cas d'en expliquer les raisons<sup>51</sup>. Il se rapproche dans une certaine mesure, comme on l'a souligné, des notes accompagnant les arrêts mentionnés dans la rubrique jurisprudence du *Rapport annuel*, avec l'avantage que, cette fois, l'explication de l'arrêt est simultanée à son prononcé.

- Enfin, de plus en plus fréquemment, des membres de la chambre commentent dans les revues spécialisées les arrêts de la chambre sociale, au délibéré duquel ils ont participé ou non, et contribuent ainsi à en éclairer le sens et à en préciser la portée, ainsi qu'à indiquer les raisons objectives (peut-être parfois les autres) qui ont pu conduire à la solution adoptée. Il peut arriver aussi que les mêmes publient des articles ou chroniques qui sont souvent des synthèses de jurisprudence sur une question donnée, voire des monographies sur un thème contentieux plus large<sup>52</sup>.

Il apparaît ainsi que si la maîtrise de la technique de cassation ne permet pas toujours de saisir précisément la *ratio decidendi* d'un arrêt en raison du laconisme de la Cour de cassation et de la *pauvre* motivation de ses arrêts, de multiples éléments qui puisent leur source au sein même de la Cour de cassation sont désormais à la disposition de tous, notamment des spécialistes et en particulier de la doctrine, pour permettre d'en déterminer le sens véritable. Reste à déterminer la valeur et la portée de ces éléments.

### **B. - La valeur et la portée des éléments extrinsèques d'explicitation des arrêts**

Ces derniers développements seront présentés sous la forme d'interrogations.

La question ici, c'est au fond celle de savoir si la multiplication d'éléments extrinsèques d'explicitation des arrêts, ajoutée à une meilleure connaissance de la technique de cassation, est de nature à permettre d'assurer une meilleure compréhension des arrêts de la Cour de cassation et à vider de sa substance en la privant d'objet la critique habituelle sur le laconisme des arrêts. Cette question est directement posée par un auteur déjà cité qui note : « *Rendant ainsi sa jurisprudence plus claire, la Cour de cassation va-t-elle étouffer, du moins un temps, les critiques récurrentes appelant à une motivation plus explicite*<sup>53</sup> ? »

Ce que l'on fait valoir parfois pour répondre par la négative à la question, c'est que ces éléments extrinsèques sont dépourvus de valeur normative. Certes, mais pour autant, ils sont l'œuvre de la Cour de cassation elle-même et expriment le point de vue de celle-ci sur son propre arrêt, de sorte qu'ils l'engagent tout de même un peu, même s'ils ne la lient pas.

Une remarque plus pertinente, nous semble-t-il, consiste à faire valoir que la multiplication, voire la démultiplication, des éléments extrinsèques d'explicitation des arrêts peut être source de confusion, voire de discordance d'un support à l'autre. Il est vrai que ce risque existe et qu'il est peut être accru, le cas échéant, par les commentaires divers et variés auxquels se livrent les magistrats de la chambre eux-mêmes.

Mais, au fond, la seule vraie question, relativement à cette diffusion d'éléments extérieurs aux arrêts propre à en expliciter le sens, est sans doute celle posée par Rémy Libchaber : « *pourquoi faudrait-il considérer comme allant de soi que la motivation d'un arrêt de la Cour suprême se trouve en dehors de ses motifs*<sup>54</sup> ? »

On nous pardonnera de ne pas partager l'objection. Plus précisément, il nous semble que la préservation du style judiciaire de la Cour de cassation, qui a des mérites et des raisons d'être, peut opportunément coexister avec des éléments extérieurs d'explicitation des arrêts, sauf sans doute à en garder la maîtrise et à en éviter la dissémination.

En revanche, il faut être sensible à une autre réflexion du même auteur qui voit poindre dans les efforts de la Cour de cassation, pour expliciter le sens de sa jurisprudence, le spectre d'une *doctrine* de la Cour de cassation<sup>55</sup>. Le risque est sans doute réel, surtout si l'on songe aux multiples commentaires par des magistrats de plus en plus nombreux de *leurs* propres arrêts.

Il ne faudrait pas que, dans le même temps où la doctrine se voit parfois reprocher de voir dans la jurisprudence la totalité du droit<sup>56</sup>, la jurisprudence (c'est-à-dire nous) se prenne, elle, pour la doctrine ou considère qu'elle est à elle-même sa propre doctrine.

<sup>51</sup> Pascale Deumier, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *Revue trimestrielle de droit civil* 2006, p. 510.

<sup>52</sup> M.-L. Morin, L. Pecaut-Rivolier et Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise*, Dalloz, 2011.

<sup>53</sup> Pascale Deumier, *op. cit.*

<sup>54</sup> « Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine », *Revue trimestrielle de droit civil* 2000, p. 679 et s.

<sup>55</sup> *Idem.*

<sup>56</sup> *Idem.*

# La technique de cassation

Cyril Wolmark

Professeur à l'université Paris Ouest-Nanterre, Iirerp

Je remercie Mme le conseiller Pécaut-Rivolier de m'avoir invité à participer à ces rencontres de la chambre sociale, pour évoquer, en compagnie de M. Le conseiller Jean-Yves Frouin, la *technique de cassation*, dans la perspective de cette matinée « *Penser le droit et le juger* ». Il y a quelque audace, pour un universitaire, à traiter ce thème devant un parterre de conseillers réunis dans la Grand' chambre de la Cour de cassation<sup>1</sup>. Heureusement, la communication de M. le conseiller Frouin a été d'une très grande richesse, et me permet tout autant qu'elle m'oblige à développer une approche un peu décalée.

Qu'entend-on d'abord par « *technique de cassation* » ? La chose est bien plus vaste que ce que sous-entend la sécheresse du mot « technique ». L'expression « *technique de cassation* » englobe le format des argumentations présentées, les méthodes de raisonnement de la Cour et les modes de formulation de l'arrêt. Elle recouvre ainsi tous les procédés spécifiques par lesquels les plaideurs s'adressent à la Cour de cassation, et grâce auxquels la Cour examine et tranche la non-conformité de la décision attaquée aux règles de droit. Parmi ces procédés, se distinguent des procédés rhétoriques<sup>2</sup>, typographiques, et stylistiques. Les procédés rhétoriques correspondent aux types d'arguments utilement invocables, principalement aux cas d'ouverture à cassation. Les procédés typographiques désignent les techniques de présentation des décisions (visa, chapeau, attendus, publication du pourvoi en annexe de la décision). Quant au procédés stylistiques, il s'agit essentiellement des méthodes de rédaction des arrêts (mots ou formules clés, *obiter dicta*). La connaissance de ces différents procédés est indispensable à la compréhension des décisions de la Cour de cassation<sup>3</sup>. Mais la Cour de cassation ne se limite pas à l'utilisation de cette technique de cassation, lorsqu'elle souhaite endosser pleinement le rôle prétorien qui est désormais le sien<sup>4</sup>. Elle y a associé une politique de diffusion de la jurisprudence que M. le conseiller Frouin a parfaitement rappelée<sup>5</sup>.

Ces précisions faites, il me faut donc trouver un angle différent pour observer cet ensemble de procédés composant la technique de cassation. Il est alors fécond de revenir à la substance même de l'arrêt de la Cour de cassation : l'arrêt est un texte. Comme tout texte, sa compréhension, son interprétation, le sens que l'on y trouve, dépendent de l'attente sémantique qu'il est légitime d'y placer<sup>6</sup>. Dans cette perspective, l'arrêt doit faire l'objet de plusieurs approches, indexées sur les lecteurs attendus. Il faut ainsi distinguer la lecture du justiciable (I), celle du juge du fond (II) et celle du juriste (III).

Ce déplacement du regard pourrait conduire à mettre en lumière des évolutions nécessaires, souhaitables ou déjà à l'œuvre, de la technique de cassation.

## I. - Le justiciable

Au premier chef, on pourrait penser que l'arrêt s'adresse au demandeur et au défendeur en cassation. Pourtant, la technique de cassation invite à une vision plus nuancée. Si les justiciables, dans leur généralité, sont bien pris en considération par la technique de cassation (A), le justiciable, pris en sa qualité singulière de partie, fait l'objet d'une attention bien moins soutenue (B).

### A. - La prise en compte des justiciables

Un premier aspect de la technique de cassation passe parfois inaperçu, tant il est évident. La technique de cassation est... une technique. Ce truisme permet de souligner à quel point les procédés utilisés par la Cour ne sont pas présentés comme relevant d'un art. Point de lyrisme, point d'envoies, simplement une mécanique précise qui participe largement de l'image de neutralité de la Cour. L'égalité entre les justiciables et le détachement à l'égard de l'espèce se donnent à voir dans un style particulier. Une récente thèse de linguistique - portant sur les arrêts de la chambre criminelle mais largement transposable à la chambre sociale - détaille ainsi les procédés stylistiques par lesquels la Cour de cassation affiche sa neutralité : qualification des parties, anonymisation, utilisation du présent, rappel du moyen, utilisation des anaphores et usage d'une structure stable et répétée

<sup>1</sup> Est-ce un hasard si aucun universitaire n'est intervenu dans la série de conférences du cycle *Droit et technique de cassation* portant spécifiquement sur cette technique ? Voir les colloques 2009, 2010, 2011, disponibles sur [http://www.courdecassation.fr/colloques\\_activites\\_formation\\_4/colloques\\_passes\\_53/](http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/colloques_passes_53/) (consulté le 2 avril 2013).

<sup>2</sup> Utilisés ici dans le sens, non péjoratif, d'argumentation destinés à convaincre.

<sup>3</sup> Voir à ce sujet les explications données par la Cour de cassation elle-même ou par ses conseillers. Depuis J. Voulet, « L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1970, éd. G, I, 2305, jusqu'à J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation en matière civile », *BICC* n° 702, du 15 mai 2009, en passant par la fiche méthodologique intitulée « Interprétation et portée des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *BICC* n° 661, du 15 mai 2007, et les articles du doyen A. Perdriau.

<sup>4</sup> Sur ce rôle, voir entre autres E. Serverin, *De la jurisprudence en droit privé*, PUL, 1985 ; F. Zenati, *La jurisprudence*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1991 ; *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. Molfessis, Economica, 2004.

<sup>5</sup> Voir aussi, A. Lacabarats, « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2007, p. 889.

<sup>6</sup> Voir U. Eco, *Les Limites de l'interprétation*, Grasset, Paris, 1992. L'interprétation selon Eco est « l'actualisation sémantique de tout ce que le texte, en tant que stratégie, veut dire à travers la coopération de son lecteur Modèle » (p. 34). Le « lecteur Modèle » constitue une figure abstraite correspondant aux conditions de félicité permettant de donner tous son sens au texte (p. 80 et s.). Pour prendre un exemple drolatique, celui qui chercherait dans un mode d'emploi d'un appareil ménager un poème serait déçu, voire ne comprendrait pas le sens à donner aux phrases qu'il lit. Inversement, celui qui écrit un mode d'emploi attend de son lecteur qu'il n'y cherche pas de la poésie, ce qui permet certaines stratégies d'écriture.

de réponses au pourvoi<sup>7</sup>, auxquels il faut ajouter la longueur de la phrase composant l'arrêt<sup>8</sup>. La perspective historique ouverte par M. Yves Chartier fait ressortir, par effet de contraste, cette tiédeur contemporaine de la Cour de cassation. Certains arrêts rendus par la Cour de cassation dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle donnaient lieu en effet à des prises de position parfois passionnées, en tout cas véhémentes<sup>9</sup>. L'emportement n'est pas non plus absent du style de certaines cours suprêmes ; à cet égard, l'exemple de la Cour suprême américaine est souvent cité<sup>10</sup>. Cette ardeur, ces envolées font défaut. L'équanimité est la marque du style de la Cour de cassation et participe de la production de l'*ethos* de neutralité.

Mais la neutralité ne va pas de pair avec une considération particulière pour les parties et leurs attentes.

## B. - La relative indifférence aux parties

Lorsque l'on se penche sur le traitement du fait (1) par la Cour ou encore sur le laconisme de sa réponse aux arguments des parties (2), il ressort que la technique de cassation n'est pas conçue pour répondre au besoin de justice des parties. Faible considération pour les faits et brièveté de la réponse rappellent du reste l'origine de la cassation. Celle-ci a d'abord été une voie de droit extraordinaire dans le cadre de la justice retenue<sup>11</sup>, où se jouait moins la justice du cas que la justesse du droit<sup>12</sup>. Joly de Fleury - auteur du premier mémoire sur le système de cassation en 1762 - le dit bien : la cassation a été introduite « *plutôt pour le maintien des ordonnances que pour l'intérêt des justiciables* »<sup>13</sup>. Cette indifférence aux préoccupations des parties pourrait toutefois être remise en cause par des exigences venues de la Cour européenne des droits de l'homme (3).

### 1. - La faible considération pour les faits

Chacun le sait, même si les plaideurs l'oublient parfois (à dessein), la Cour de cassation ne revient pas sur l'appréciation des faits effectuée par les juges du fond, quand bien même l'erreur pourrait paraître grossière. Sur le plan technique, la dénaturation des faits n'est pas un grief qui peut prospérer. Le doyen de la première chambre civile peut ainsi écrire : la « *technique du pourvoi en cassation a pour but de chasser le fait au profit du seul droit* »<sup>14</sup>. À l'interface des parties et de la Cour, l'avocat aux Conseils note que cette exclusion du fait n'est pas sans provoquer une certaine frustration de ceux qui s'adressent à la Cour<sup>15</sup>. La souplesse de la technique de cassation permet toutefois de relativiser la faiblesse de la considération du fait par la Cour de cassation. Effectivement, il n'est pas rare que des arrêts reprennent, assez longuement parfois, les faits constatés par les juges du fond, alors même que l'appréciation souveraine qui règne en ce domaine pourrait dispenser la Cour de cassation de toute reprise<sup>16</sup>. Témoigne nettement de ce phénomène un arrêt de la chambre sociale du 11 juillet 2012<sup>17</sup>. En l'espèce, un avocat demandait la requalification de son contrat en contrat de travail. La Cour de cassation indique qu'« *ayant relevé que la subordination totale imposée par les associés hostiles au développement de toute clientèle personnelle et caractérisée par une charge de travail supposant une activité exercée à temps plein faisait obstacle au développement par l'intéressée de sa propre clientèle et que la surcharge de travail imposée au secrétariat excluait qu'elle puisse demander de travailler à la dactylographie ses quelques dossiers personnels, la cour d'appel en a souverainement déduit que les conditions réelles d'exercice d'activité de cette avocate ne lui permettraient pas de développer effectivement une clientèle personnelle* ». Il n'est pas impossible que cette pratique de reprise des faits, souverainement appréciés, vise à souligner ce qui, dans la décision des juges du fond, a paru justifié à la Cour de cassation. La réponse au pourvoi se fait moins laconique et, peut-être, ainsi plus acceptable.

### 2. - Le laconisme de la réponse de la Cour de cassation

Très souvent, la réponse de la Cour de cassation paraît substantiellement courte, eu égard aux longs développements du pourvoi. Quant au mémoire en défense, il n'est tout simplement pas discuté dans l'arrêt<sup>18</sup>. L'affaire Baby loup en offre un exemple emblématique : la Cour de cassation ne répond pas, sinon très implicitement, aux arguments de la crèche, qui se prévalait de la qualification d'entreprise de tendance laïque<sup>19</sup>.

<sup>7</sup> L. Chapuis, *Argumentation dans le discours judiciaire : analyse linguistique des arrêts de la Cour de cassation*, thèse 2012, Madrid, spéc. chap. VI.

<sup>8</sup> H. Muir Watt, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, préc., p. 53, spéc. p. 57.

<sup>9</sup> Yves Chartier, « De l'an II à l'an 2000 : remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de Cassation », *Mélanges P. Draï*, Dalloz, 2000, p. 269, spéc. p. 273.

<sup>10</sup> H. Muir, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. Molfessis, Economica, 2004, p. 53, spéc. p. 57.

<sup>11</sup> X. Godin, « La procédure de cassation au XVII<sup>e</sup> siècle », *Histoire, Économie et Société*, 2010/3, p. 19, spéc. p.20.

<sup>12</sup> X. Godin, préc., p. 28. Il existe toutefois au XVIII<sup>e</sup> siècle un cas d'ouverture pour iniquité, *ibid.*, p. 29.

<sup>13</sup> Cité par X. Godin, préc., p. 27.

<sup>14</sup> G. Pluyette, « La cassation, voie d'achèvement du procès ? », conférence à la Cour de cassation, 24 janvier 2011, disponible sur [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr) (consulté le 2 avril 2013).

<sup>15</sup> X. Bachelier, « Le pouvoir souverain des juges du fond », conférence à la Cour de cassation, 2 février 2009, disponible sur [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr) (consulté le 2 avril 2013).

<sup>16</sup> Rapp. J.-L. Aubert, « Le fait et la Cour de cassation », *Mélanges Ph. Simler*, Litec, Dalloz, 2006, p. 843. L'auteur distingue la constatation des faits, souveraine, de l'appréciation, qui peut donner lieu à un examen par la Cour de cassation (n° 15-20).

<sup>17</sup> Pourvoi n° 11-13.809.

<sup>18</sup> Ce qui n'était pas le cas pour le Tribunal de cassation, cf. Y. Chartier, préc., p. 275.

<sup>19</sup> Voir le compte-rendu d'audience publié à la *Semaine sociale Lamy* 2013, n° 1572, p. 11. *Addé* l'entretien de J.-G. Huglo, *Semaine sociale Lamy* 2013, n° 1577, qui donne quelques éléments de réponse sur la question de l'entreprise de tendance laïque.



Dans les rangs du laconisme de la Cour de cassation, les décisions d'irrecevabilité occupent bien évidemment une place de choix. Néanmoins, la chambre sociale recourt assez peu à ce procédé : le taux d'irrecevabilité demeure faible<sup>20</sup>. Et si l'incompréhension du justiciable a été pointée<sup>21</sup>, il faut noter les efforts de la Cour pour soumettre à la discussion la décision d'irrecevabilité, notamment grâce à la transmission du rapport de non-admission<sup>22</sup>.

### 3 - Des évolutions venues de Strasbourg ?

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a, d'abord, été amenée à condamner la France dans des affaires où était en cause la motivation d'arrêts de la Cour de cassation. Mais les circonstances revêtaient trop de particularités pour en tirer un enseignement général sur la technique de cassation<sup>23</sup>.

Surtout, le type de raisonnement que déploie la CEDH n'est pas sans influence possible sur la technique de cassation<sup>24</sup>. La logique des droits fondamentaux et notamment le respect du principe de proportionnalité pourraient en effet obliger la Cour de cassation à approfondir son contrôle des faits et à davantage prendre en compte la situation des parties. L'affaire Schüth contre Allemagne, jugée par la CEDH le 23 septembre 2010, ouvre une telle perspective<sup>25</sup>. M. Schüth, organiste de l'Église catholique, s'est séparée de sa femme et a eu un nouvel enfant avec sa compagne, sans avoir divorcé. Ces faits ayant été portés à la connaissance de la paroisse employeur du requérant, celle-ci le licencie, lui reprochant adultère et bigamie. Au terme d'une longue procédure, les juridictions allemandes déclarent le licenciement régulier. La CEDH, saisie par l'organiste, pose, au seuil de son raisonnement, la règle suivante : l'examen de la mise en balance effectuée par les juridictions du travail allemandes permet de déterminer si l'État allemand a offert au requérant la protection suffisante (point 57). Après avoir développé une série d'arguments, les juges strasbourgeois en concluent que « les juridictions du travail n'ont pas suffisamment exposé pourquoi, d'après les conclusions de la cour d'appel du travail, les intérêts de la paroisse l'emportaient de loin sur ceux du requérant » (point 74). Le contrôle ainsi opéré par la CEDH sur la motivation des décisions rendues par les juridictions allemandes ne contraint pas la Cour de cassation à effectuer elle-même la balance d'intérêts. Néanmoins, la décision suggère bien que la Cour de cassation est soumise à l'obligation de vérifier que les juges du fond ont correctement mis en œuvre la balance des intérêts requise, notamment qu'ils n'ont pas commis d'erreur dans l'appréciation de la proportionnalité. La Cour de cassation pourrait ainsi devoir modifier son contrôle des juges du fond lorsque sont en jeu des droits fondamentaux et s'intéresser davantage aux faits. Mais on touche déjà là au deuxième lecteur des arrêts : les juges du fond.

## II. - Les juges du fond

La technique de cassation recouvre à la fois la forme dans laquelle doivent se mouler les critiques adressées aux décisions des juges du fond et la manière dont la Cour de cassation y répond. Il paraît alors logique que la technique de cassation soit largement tournée vers les juges du fond. Il ne s'agit pas ici de rappeler les différentes techniques utilisées par la Cour de cassation pour exercer son contrôle, mais de reprendre quelques questions à nouveaux frais. Pour ce faire, il pourrait être fécond de partir de l'idée que la Cour de cassation est gardienne de la qualité de la décision de justice<sup>26</sup>. Or l'appréciation de cette qualité dépend de la conception que l'on a de la mission du juge, conception qui s'est enrichie. La tâche du juge n'est plus seulement d'identifier et d'appliquer correctement la loi ; la doctrine a souligné, certes de longue date, qu'il doit aussi composer entre des valeurs portées par les parties<sup>27</sup>. La technique de cassation épouse cette diversification du rôle du juge.

Dans une conception classique de cette technique, la vérification de la cohérence de l'argumentation, incarnée par le principe de non-contradiction et l'exigence de motivation, complète le contrôle de légalité et l'abandon au juge du fond de l'appréciation des faits. Ce schéma, sans être remis en cause, connaît différentes adaptations. Tout d'abord, le contrôle de qualification, effectué par la Cour de cassation, est troublé par la mission assignée au juge du fond d'opérer une pesée entre des intérêts *a priori* tout aussi légitimes (A). Ensuite, une police des débats enrichit parfois l'examen de la motivation (B). Enfin, sur le contrôle de légalité se sont greffés des mécanismes de « sécurisation de l'interprétation de la loi »<sup>28</sup> (C).

### A. - Les degrés du contrôle de qualification

Le consensus doctrinal est ancien : il est acquis que toute qualification est une question de droit qui devrait normalement être contrôlée par la Cour de cassation<sup>29</sup>. Pourtant, l'affirmation est mise à mal par l'apparition d'un contrôle léger et contredite par l'existence de notions dont la qualification par les juges du fond n'est pas contrôlée. Au-delà des problématiques liées à l'encombrement du rôle de la Cour de cassation, ces pratiques traduisent l'idée que lorsqu'il est trop difficile de démêler les valeurs, les intérêts, les situations de fait, la Cour de

<sup>20</sup> Il s'élève à 16 % pour 2011, *Rapport de la Cour de cassation*, p. 547.

<sup>21</sup> Voir intervention H. Hazan, « Le moyen sérieux », conférence à la Cour de cassation, 25 janvier 2010, disponible sur le site de la Cour de cassation (consulté le 2 avril 2013). *Contra* V. Vigneau, « Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation », *D.* 2010, p. 102.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Sur ces affaires, *cf.* notamment A. Brunet, « Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la Cour de cassation », *Mélanges J. Normand*, Litec, 2003, p. 50.

<sup>24</sup> Voir déjà J.-P. Marguénaud, « Logiques de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, préc., p. 221, spéc. p. 228.

<sup>25</sup> Affaire n° 1620/03.

<sup>26</sup> En ce sens, B. Frydman, « L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice », in *La qualité des décisions de justice*, éditions Conseil de l'Europe, p. 18.

<sup>27</sup> Sur ce mouvement et les limites de la description du travail judiciaire en termes d'intérêts et d'équilibre, voir la démonstration de T. Sachs, *La raison économique en droit du travail*, LGDJ, 2013, n° 459 et s.

<sup>28</sup> G. Canivet, « Vision prospective de la Cour de cassation », conférence à l'académie des sciences morales et politiques, 13 novembre 2006, disponible sur le site de la Cour de cassation (consulté le 2 avril 2013).

<sup>29</sup> V. G. Marty, *La Distinction du fait et du droit*, Sirey, 1929, p. 214.

cassation laisse au juge le soin de peser, en contexte, les arguments soutenus pour exclure ou revendiquer une qualification<sup>30</sup>. Toutefois, que ce soit sur le terrain du contrôle léger ou sur celui de l'absence de contrôle, la Cour de cassation continue à encadrer le travail des juges du fond.

Il a été ainsi relevé que le contrôle léger - marqué par l'usage de la formule « *a pu* », concluant l'appréciation faite de la décision attaquée - correspond à des hypothèses où la Cour de cassation, d'une certaine manière, estime que les juges du fond sont les mieux à même de procéder à la qualification. Cependant, refusant l'abandon complet de la qualification, elle se garde le contrôle de la disproportion, autrement dit de l'erreur manifeste d'appréciation<sup>31</sup>. La marge des juges du fond est plus grande, mais elle est loin d'être infinie.

Quant à l'abandon du contrôle de qualification de certaines notions, il est rarement intégral. D'une part, la Cour de cassation recourt parfois au rappel précis des faits, ce qui, sans leur conférer la valeur de précédent, leur fait néanmoins perdre leur caractère insignifiant<sup>32</sup>. En témoigne, parmi d'autres, la jurisprudence relative aux faits suffisamment graves justifiant une prise d'acte, dont la qualification appartient en principe aux juges du fond<sup>33</sup>. Un arrêt du 13 octobre 2011 indique ainsi que la Cour d'appel a « *souverainement retenu que le refus de l'employeur de reconnaître à Mme X... sa qualification réelle et de lui verser le salaire correspondant caractérisait un manquement suffisamment grave* »<sup>34</sup>. D'autre part et surtout, la Cour de cassation a développé des directives de qualification qui viennent cantonner le pouvoir souverain des juges du fond dans le domaine des qualifications non contrôlées. On trouve à la fois des présomptions d'inclusion et des présomptions d'exclusion de qualification. Ainsi, en cas d'accident du travail, il existe une présomption réfragable que les faits sont suffisamment graves pour que la rupture produise les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>35</sup>. On sait également que toute atteinte à l'intégrité physique ou morale constitue un fait suffisamment grave justifiant l'imputation de la rupture du contrat de travail à l'employeur<sup>36</sup> ; la présomption ici paraît irréfragable. Il existe donc un contrôle des qualifications non contrôlées, afin que les erreurs manifestes puissent être redressées ou évitées<sup>37</sup>. Dans la pesée contextuelle des intérêts, la Cour de cassation se réserve la possibilité d'intervenir en donnant des orientations fermes, lorsque certaines valeurs, à ses yeux fondamentales, sont en jeu<sup>38</sup>.

## B. - La police des débats

Dans la conception traditionnelle de la technique de cassation, la Cour ne vérifie de la motivation que l'incohérence et l'indigence<sup>39</sup>. Certes, le défaut de base légale sanctionne les motivations incomplètes de la juridiction du fond, remplissant ainsi une fonction pédagogique en direction des juges du fond<sup>40</sup>. Le défaut de base légale permet en effet d'indiquer par quelles bornes les juges du fond doivent passer. L'arrêt du 23 janvier 2008<sup>41</sup> portant sur le recours au CDD d'usage en offre un exemple emblématique. Outre un riche chapeau, son conclusif est très instructif. Est inopérant « *le caractère temporaire des émissions de télévision* », le juge devant rechercher : 1° l'existence d'un secteur d'activité défini par décret ou convention collective ; 2° si l'emploi fait partie de ceux pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI ; 3° si des éléments « *concrets et précis* » justifient la nature temporaire de l'emploi. L'arrêt revêt une importance tout autant pour la norme qu'il porte que pour le déroulement du débat judiciaire auquel il invite.

Proches du manque de base légale, d'autres procédés sophistiqués de vérification et d'orientation du raisonnement des juges du fond ont été développés par la Cour de cassation. Ces procédés sont appuyés, soutenus ou commandés du reste par la règle légale. En matière de harcèlement moral, la Cour de cassation oblige ainsi les juges du fond à épouser la démarche suivante : ils doivent d'abord prendre en compte des faits dans leur ensemble (et non un par un). Si cette appréciation conduit à ce que le harcèlement moral soit vraisemblable<sup>42</sup>, la charge de la preuve est inversée<sup>43</sup>. La chambre sociale oblige ainsi à une motivation particulière, et une appréciation particulière des pièces<sup>44</sup>.

L'égalité de traitement a également donné lieu à la confection d'un court « *mode d'emploi* » à destination des juges du fond. Notamment, lorsqu'une différence de traitement est établie ou même simplement susceptible d'être caractérisée<sup>45</sup>, il leur appartient, selon une formule constamment reproduite, de contrôler concrètement la

<sup>30</sup> V., pour l'absence de contrôle de qualification de certaines notions, J. Boré, « L'avenir du contrôle normatif face aux fluctuations du contrôle des qualifications », *Le Tribunal et la Cour de cassation*, Litec, 1990, p.193. Sur le contrôle léger et ses raisons, V. J. Betoulle, « La distinction contrôle lourd/ contrôle léger de la Cour de cassation. Mythe ou réalité ? », *JCP* 2002, éd. G, n° 41, I, 171, spéc. n° 19-21.

<sup>31</sup> B. Frydman, préc., p. 22.

<sup>32</sup> V. également *supra*, I, B.

<sup>33</sup> V. par exemple Soc., 31 octobre 2012, pourvoi n° 11-14.531.

<sup>34</sup> Pourvoi n° 09-71.574.

<sup>35</sup> 12 janvier 2011, pourvoi n° 09-70.838, *Bull.* 2011, V, n° 14, *RDT* 2011, p. 445, note M. Véricel.

<sup>36</sup> Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 10-15.493, *Bull.* 2011, V, n° 138.

<sup>37</sup> Rapp. J.-L. Aubert, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005, 1115. L'idée n'est pas nouvelle, puisqu'elle était déjà présente dans des arrêts de la chambre sociale précédant l'abandon du contrôle de la qualification de cause réelle et sérieuse : Soc., 10 décembre 1985, pourvoi n° 82-43.820, *Bull.* 1985, V, n° 594 ; Soc., 12 décembre 1985, pourvoi n° 83-41.765, *Bull.* 1985, V, n° 610.

<sup>38</sup> Rapp. T. Sachs, *op. cit.*, n° 474.

<sup>39</sup> V. notamment A. Pedriau, « Le rôle disciplinaire du juge de cassation », *JCP* 2002, éd. G, I, 150, n° 6 et s.

<sup>40</sup> V. notamment J.-P. Ancel, « Le manque de base légale », conférence à la Cour de cassation, 3 décembre 2009, disponible sur le site de la Cour de cassation (consulté le 2 avril 2013) : « *il s'agit, en soulignant la carence d'un jugement, d'indiquer au juge de renvoi dans quel sens et par quel raisonnement juridique il s'agit de statuer* ».

<sup>41</sup> Pourvoi n° 06-44.197, *Bull.* 2008, V, n° 16.

<sup>42</sup> Une « *potentialité raisonnable* », selon P. Adam, V° Harcèlement moral, *Encyclopédie Dalloz - Répertoire Travail*, n° 245.

<sup>43</sup> V. par exemple Soc., 16 mai 2012, pourvoi n° 10-15.238, *Bull.* 2012, V, n° 154.

<sup>44</sup> Mais il n'est pas encore totalement acquis que la Cour de cassation exerce un contrôle de qualification des faits constitutifs d'un soupçon de harcèlement moral. En faveur du contrôle de la qualification, Soc., 16 mai 2012, pourvoi n° 10-10.623, *Bull.* 2012, V, n° 149. *Contra*, non publié, Soc., 27 juin 2012, pourvoi n° 11-11.090 : « *appréciant souverainement la valeur et la portée des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a constaté qu'aucun des faits invoqués par la salariée comme faisant présumer l'existence d'un harcèlement moral, qu'elle a examinés dans leur ensemble, n'était établi ; qu'elle a ainsi, sans faire peser la preuve du harcèlement moral sur la salariée, légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé* ».

<sup>45</sup> Soc., 20 octobre 2010, pourvoi n° 08-19.748, *Bull.* 2010, V, n° 242.

réalité et la pertinence des raisons objectives apportées à l'employeur pour justifier la différence de traitement. Là encore, c'est à une motivation particulière qu'invite la Cour de cassation, à défaut de laquelle la décision attaquée encourt la censure<sup>46</sup>.

La technique de cassation vient alors au secours d'une conception de la qualité de la décision de justice fondée sur la qualité de sa motivation. Il s'agit du prolongement de l'idée selon laquelle les juges doivent trancher entre des intérêts *a priori* tout aussi légitimes. En effet, pour que la décision de justice faisant prévaloir un intérêt sur l'autre - démarche qui ne procède ni d'un calcul ni d'une déduction logique - puisse ne pas paraître arbitraire, il faut qu'elle soit soutenue par une argumentation convaincante<sup>47</sup>.

### C. - La sécurisation de l'interprétation de la loi

La qualité de la décision de justice est fondée sur l'exactitude de l'interprétation du droit. Pour assurer et améliorer cet aspect de la qualité des décisions des juges du fond - autrement dit pour « *sécuriser l'interprétation de la loi* » -, la Cour de cassation, et son service de documentation et d'études, ont fait preuve d'une véritable inventivité. Les visas, chapeaux, chapeaux intérieurs, attendus de principe isolent la formule normative<sup>48</sup>. À ces procédés stylistiques et typographiques se sont ajoutés des marqueurs signalant l'importance de l'arrêt et ainsi de la règle contenue dans l'arrêt. Ces marqueurs, désormais bien connus, apparaissent sous forme de lettres : P, B, R, I, D, FP, FS, FR. Ces lettres ne sont toutefois clairement mentionnées que sur *Jurinet*, base interne aux juridictions civiles, et non sur *Legifrance*, ce qui tend à renforcer l'idée que la technique de cassation s'adresse au premier chef aux juges du fond. En ce sens également, la motivation des règles issues de la jurisprudence dans le *Bulletin du droit du travail* ou dans le *BICC*, diffusé dans la plupart des juridictions, fait fréquemment appel à la cohérence et la continuité juridique, techniques argumentatives propres à rassurer les juges du fond. Complétant ces dispositifs, des mécanismes procéduraux ont été mis en place par la Cour pour unifier l'interprétation de la loi. La Cour de cassation s'est ainsi dotée de procédures de résolution des conflits entre chambres et s'est même donné la possibilité de délivrer spontanément des avis sur des questions récurrentes et non uniformément traitées par les juges du fond<sup>49</sup>.

C'est du reste en s'appuyant sur la lecture de l'arrêt faite par les juges du fond que la Cour de cassation a développé son activité productrice de normes, au cœur de ce que le juriste cherche dans un arrêt<sup>50</sup>.

## III. - Le juriste

La Cour de cassation est productrice de règles. Plus précisément, les arrêts de la Cour de cassation recèlent des règles que les juristes, et, au-delà, les citoyens, viennent chercher. La nouveauté ne tient pas dans ce constat. En effet, les magistrats du XIX<sup>e</sup> siècle assumaient leur pouvoir créateur sans vergogne et dans l'indifférence doctrinale<sup>51</sup>. La nouveauté réside davantage dans le fait que la Cour de cassation exerce ce pouvoir en formulant des propositions générales et abstraites qui se parent des atours de la loi. Le pouvoir est devenu prétorien, et non plus simplement jurisprudentiel<sup>52</sup>. La substitution d'adjectif souligne que le pouvoir normatif de la Cour de cassation s'exerce de moins en moins avec le relais de la doctrine, dont le rôle dans l'élaboration de la jurisprudence a pourtant été maintes fois souligné<sup>53</sup>.

La montée en puissance ou la visibilisation de ce pouvoir pose un problème de légalité lié à l'article 5 du code civil, difficulté qu'il faut rapidement dissoudre (A), et un problème de légitimité dont il convient de poser les principaux termes (B).

### A. - Légalité

Dans le débat relatif au pouvoir normatif de la Cour de cassation, une référence revient comme un gimmick : l'article 5 du code civil, prohibant les arrêts de règlement. Cet article constituerait un obstacle à la création prétorienne de règles. Il oblige à des contorsions intellectuelles pour concilier la prohibition des arrêts de règlement et l'observation de formules explicitement normatives produites par la Cour de cassation<sup>54</sup>. Deux arguments tendent cependant à écarter la référence à l'article 5 dans l'analyse du pouvoir normatif de la Cour de cassation : un argument historique, un argument logique.

Historiquement, l'article 5 ne s'adressait pas à la Cour de cassation, ou plus exactement à son ancêtre, le Tribunal de cassation<sup>55</sup>. La prohibition s'adressait aux « juridictions du fond » et cherchait à éviter la résurgence du pouvoir des parlements, ancêtres de nos cours d'appel. Ce n'est donc pas l'organe de cassation qui était visé. Si l'on partait à la quête d'une expression historique de l'interdiction pour la Cour de cassation de créer des règles, on pourrait la trouver dans le référé législatif. Mais, faut-il le rappeler, ce référé a été définitivement abandonné en 1837.

<sup>46</sup> V., par exemple, Soc., 11 décembre 2012, pourvoi n° 11-18.582.

<sup>47</sup> B. Frydman, préc., p. 23.

<sup>48</sup> V. déjà l'article du doyen A. Perdreau, « Visas », « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP* 1986, éd. G, I, 3257.

<sup>49</sup> N. Molfessis, « Les avis spontanés de la Cour de cassation », *D.* 2007, p. 37.

<sup>50</sup> La pratique dans les revues juridiques de reproduction de l'unique attendu décisif est emblématique de cette lecture, partielle, de l'arrêt.

<sup>51</sup> J. Krynén, *L'Emprise contemporaine des juges*, Gallimard, coll. NRF, 2012, p. 197 et s.

<sup>52</sup> Sur ce choix terminologique, v. J.-Y. Frouin, « La construction prétorienne du droit du travail », *JCP* 2009, éd. S, n° 1501 ; C. Wolmark, *La définition prétorienne, étude en droit du travail*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2007, n° 5.

<sup>53</sup> V. notamment E. Serverin, *De la jurisprudence en droit privé*, PUL, 1985, p.135 et s. ; Ph. Malaurie, « Rapport français », *Travaux de l'association Capitant*, XXXI, 1982, p. 89.

<sup>54</sup> V. l'ironie de Ph. Malaurie, « La jurisprudence parmi les sources du droit », *Defrénois* 2006, article 38352 : « *La jurisprudence est une source de droit tout en ne l'étant pas, bien qu'elle le soit* ».

<sup>55</sup> Le Tribunal de cassation a du reste été créé plusieurs mois après l'adoption de la prohibition des arrêts de règlement.

D'un point de vue logique, l'article 5 ne saurait faire obstacle au pouvoir normatif, et ce, en raison de la place qu'occupe la Cour de cassation dans le système juridique. Détentricesse du pouvoir du dernier mot sur le sens à attribuer aux règles légales<sup>56</sup>, la Cour de cassation détermine en effet la signification et le champ d'application de l'article 5. Or, il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>57</sup> que l'article 5 est interprété pour étouffer tout embryon de jurisprudence chez les juges du fond<sup>58</sup> ou pour sanctionner des motivations insuffisantes ou des raisonnements faux déployés par les juges du fond à partir de règles jurisprudentielles<sup>59</sup>. En réalité, loin de constituer un obstacle au pouvoir normatif de la Cour de cassation, l'article 5 est devenu l'un des leviers qui permet à la Cour de se réserver la possibilité de créer des règles. Sous le bénéfice de ces observations, il est loisible de poser quelques questions sur la légitimité de cette création, et ce, rapportées à la technique de cassation.

## B. - Légitimité<sup>60</sup>

Il est souvent préconisé une « *motivation plus explicite* » des décisions de la Cour de cassation, pour reprendre l'intitulé d'un article séminal<sup>61</sup>. Mais il faut commencer par bien distinguer différents discours portant sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation. Certains portent sur la brièveté du raisonnement (1), d'autres sur l'explicitation de la règle jurisprudentielle (2). Ces discours, qui ne concernent pas directement la légitimité de la création prétorienne, seront simplement évoqués, avant d'aborder plus spécifiquement la question de la motivation de la norme prétorienne (3).

### 1. - La brièveté du raisonnement

Il est parfois reproché à la Cour de cassation de ne pas assez motiver sa solution : le **raisonnement** serait trop elliptique. On rejoint ici les questions relatives à la place des parties dans la technique de cassation (voir *supra*, I, B), mais on s'écarte du problème : celui de la motivation des règles prétoriennes.

### 2. - L'explicitation de la norme

Dans un domaine assez proche de la motivation de la solution d'espèce, il est proposé que la Cour de cassation précise davantage la règle sur laquelle elle se fonde. C'est, ici encore, non un problème de motivation de la règle, mais **d'explicitation** de la norme. Ce problème, lié à la sécurité de la norme jurisprudentielle, est, au moins partiellement, résolu par la sophistication des méthodes de rédaction et de diffusion des arrêts<sup>62</sup>. Il est, au demeurant, loin d'être acquis qu'une motivation plus riche rende la norme plus explicite ; elle pourrait au contraire la troubler<sup>63</sup>. Ajoutons enfin que les voies de l'amélioration de la sécurité de la norme jurisprudentielle passent aujourd'hui davantage par un éclaircissement de son articulation avec les normes préexistantes que par une optimisation de sa formulation. D'une part, l'articulation entre la règle nouvelle et les solutions anciennes pourraient être précisées. Notamment, pourrait être clairement indiqué si les solutions discordantes résultant d'arrêts précédents sont caduques<sup>64</sup>. La motivation des revirements, qui suppose leur identification, constitue un premier pas en ce sens. D'autre part, l'articulation entre la règle prétorienne et les règles conventionnelles gagnerait à être mieux définie. Supplétive, impérative, d'ordre public social, quel est le statut de la norme prétorienne ? La reconnaissance du pouvoir normatif de la jurisprudence invite à de telles précisions. Illustrent bien ces difficultés les récents arrêts relatifs à la détermination de l'établissement distinct comme cadre d'implantation des délégués syndicaux. Un arrêt du 18 mai 2011 est venu préciser que, sauf accord collectif en disposant autrement<sup>65</sup>, le périmètre de désignation des délégués syndicaux est le même que celui retenu, lors des dernières élections, pour la mise en place du comité d'établissement<sup>66</sup>. La nouvelle règle, prétorienne, d'adéquation des périmètres d'implantation du comité d'établissement et du délégué syndical est présentée comme supplétive. Elle semble, de surcroît, écarter l'ancienne définition jurisprudentielle de l'établissement, fondée principalement sur l'existence d'une communauté de travail dotée d'intérêts spécifiques<sup>67</sup>. Mais cette définition retrouve son actualité lorsque la convention collective autorise une désignation de délégué syndical dans des périmètres différents de ceux retenus pour le comité d'établissement sans en préciser les contours<sup>68</sup>. Il faut encore noter que ni un usage ni un engagement unilatéral ne permet de déroger à l'adéquation des périmètres : la règle prétorienne, supplétive

<sup>56</sup> F. Zénati, *La Jurisprudence*, Dalloz, 1991, Coll. Méthodes du droit, p. 243 ; M. Troper, « Pouvoir judiciaire et démocratie », *Mélanges G. Cohen-Jonathan*, t. 2, 2004, p. 1571, spéc. p. 1582 ; A. Hervieu, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ*, 1989-2, p. 257, spéc. n° 18, p. 282.

<sup>57</sup> Nous permettons de renvoyer ici, pour de plus amples développements, à notre thèse, préc. n° 91. V., pour des exemples hors de la jurisprudence de la chambre sociale, Lycette Corbion, « La prohibition des arrêts de règlement, le mode juridictionnel », *Juris-Classeur civil code*, 2008.

<sup>58</sup> V., par exemple, Soc., 25 novembre 1992, pourvoi n° 90-41.118, *Bull.* 1992, V, n° 574.

<sup>59</sup> Soc., 29 avril 1980, pourvoi n° 78-41.262, *Bull.* 1980, V, n° 371 ; Soc., 27 février 1991, pourvoi n° 88-42.705, *Bull.* 1991, V, n° 102 (pour un raisonnement erroné des juges du fond).

<sup>60</sup> D'autres voies de légitimation de la Cour de cassation sont bien évidemment explorées. Pour l'élection, voir, récemment, J. Krynen, préc., chap. 9. Sur la légitimation par la compétence, voir G. Canivet, « Pour une vision prospective de la Cour de cassation », préc., et pour une présentation générale des modes de légitimation, G. Canivet, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *APD*, t. 50, 2007, p. 7.

<sup>61</sup> A. Touffait, A. Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, p. 487. Plus récemment, v. P. Deumier, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *APD*, t. 50, 2007, p. 49, spéc. p. 55 et s.

<sup>62</sup> Voir *supra*, II, et l'intervention de M. le conseiller J.-Y. Frouin.

<sup>63</sup> En ce sens, F. Zénati, *La jurisprudence*, p. 199. Comp. A. Touffait, A. Tunc, préc., n° 8 ; R. Libchaber, note sous Com., 26 octobre 1999, *RTD civ.* 2000, 679.

<sup>64</sup> Voir, présentant et résolvant le problème, le communiqué diffusé avec l'arrêt du 20 décembre 2006, pourvoi n° 05-42.539, *Bull.* 2006, V, n° 397, qui précise que l'arrêt ne « remet pas en cause » les solutions issues des arrêts Soc., 12 juillet 2005, pourvoi n° 03-43.603, *Bull.* 2005, V, n° 246, et Soc., 21 juin 2006, pourvoi n° 05-44.020, *Bull.* 2006, V, n° 225.

<sup>65</sup> Même si l'accord a été conclu avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 : Soc., 14 novembre 2012, pourvoi n° 11-27.490, *Bull.* 2012, V, n° 292.

<sup>66</sup> Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.383, *Bull.* 2011, V, n° 120, *RDT* 2011, 419, note G. Borenfreund.

<sup>67</sup> Soc., 24 avril 2003, pourvoi n° 01-60.876, *Bull.* 2003, V, n° 141, *Droit social* 2003, p. 780, obs. J. Savatier.

<sup>68</sup> Soc., 14 novembre 2012, pourvoi n° 11-25.433, *Bull.* 2012, V, n° 290.

face à l'accord collectif, devient ici impérative<sup>69</sup>. Ce n'est pas tant la relative complexité des solutions qui heurte ici, que l'absence de règles prédéterminées gouvernant les rapports entre normes jurisprudentielles et normes professionnelles au sens large.

### 3. - La motivation de la norme prétorienne

Si l'on s'en tient à la **motivation** de la norme jurisprudentielle ou prétorienne, une remarque vient immédiatement à l'esprit : cette motivation tend à s'imposer en cas de revirement de jurisprudence<sup>70</sup>, sous l'influence de la CEDH<sup>71</sup>. Ensuite, elle n'est pas totalement absente des arrêts<sup>72</sup> et se loge souvent dans des documents entourant l'arrêt, rapports du conseiller rapporteur, communiqués et bulletins d'information<sup>73</sup>. En raison de destinataires différents, la motivation emprunte parfois des arguments différents. Sans que l'on puisse déceler une véritable régularité, les justifications tenant à la cohérence de la solution fleurissent dans les bulletins (d'information ou de droit du travail) diffusés aux juges du fond, alors que les arguments tenant aux conséquences économiques ou sociales sont plus fréquents dans les communiqués de presse. Ces précisions descriptives faites, quelques pistes prescriptives peuvent être esquissées, à la lumière d'une reformulation du problème : la sécurité gagnée par la Cour de cassation grâce à l'expression de règles se parant des attributs des dispositions législatives - concision, identification aisée et diffusion - pose avec une plus grande acuité la question de la légitimité de la création de normes par cette juridiction.

Une motivation plus forte pourrait-elle répondre au déficit de légitimité dont souffre la Cour de cassation lorsqu'elle exerce un tel pouvoir prétorien<sup>74</sup> ? La légitimation du pouvoir de la Cour de cassation viendrait alors d'une plus longue - et donc meilleure - justification des choix normatifs<sup>75</sup>. Techniquement, il faudrait intégrer dans le corps de l'arrêt, seul document doté de l'autorité de la Cour, la discussion des arguments qui ont conduit à la norme - les « *motifs des motifs* ». Pour que l'objectif de légitimation soit le mieux rempli, la discussion devrait alors être exhaustive, laisser transparaître les opinions dissidentes et ne pas se résumer à indiquer une justification rapide<sup>76</sup>. S'imposeraient également l'organisation procédurale et l'institutionnalisation de la procédure d'*amicus curiae*<sup>77</sup>. À défaut, la raison de l'autorité l'emporterait encore sur l'autorité de la raison. L'on pressent que ce travail d'argumentation, que certaines cours constitutionnelles accomplissent, modifierait sensiblement le rôle (au deux sens du terme) de la Cour de cassation. Concentrée sur quelques espèces à fort potentiel normatif, la Cour de cassation ne pourrait plus rendre plusieurs milliers d'arrêts par an<sup>78</sup>. Néanmoins, la motivation ne constitue pas en tant que tel un titre de légitimité, mais seulement un gage d'une plus grande compréhension des raisons du choix de la règle portée par l'arrêt. La motivation garantit l'absence d'arbitraire, mais non le bien-fondé de la règle, et encore moins la légitimité de ceux qui l'ont créée<sup>79</sup>.

Une seconde voie doit être explorée et ramène la Cour de cassation à un certain mutisme. Elle part de l'idée que la légitimité de la règle jurisprudentielle s'enracine dans son caractère contestable, dans son aptitude à la controverse, dans la discussion qu'elle est susceptible de susciter. Il n'est alors pas interdit d'en déduire que la Cour de cassation devrait forger des solutions précaires et adaptables en fonction des critiques qui lui sont adressées, voire des solutions dont le sens lui-même donne lieu à interprétation<sup>80</sup>. La motivation, en ce qu'elle renforce l'autorité de la règle, serait alors à proscrire, et la netteté de la formulation, à éviter. Le sens et la portée de la règle seraient ainsi à déterminer dans un dialogue continu avec les juges du fond, les plaideurs - voire la société - et la doctrine, chargée en dernière instance de synthétiser les fruits de ce dialogue. Dans l'arrêt de cassation, le jugement particulier reste sans conteste du domaine de la Cour, mais la formulation de la norme générale qui a conduit à la solution ne devrait que marginalement revenir aux magistrats. La normativité de la décision de la Cour de cassation ne saurait être effacée, mais la révélation, et donc la mise en forme, de la norme doit demeurer de la compétence principale des lecteurs de l'arrêt<sup>81</sup>.

<sup>69</sup> Soc., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-21.388, *Bull.* 2012, V, n° 144.

<sup>70</sup> Pour une application par la chambre sociale, Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-20.233, *Bull.* 2012, V, n° 144 (à paraître au *Rapport*).

<sup>71</sup> CEDH, 14 janvier 2010, Atanasovski, n° 36815/03, arrêt dont il ne faut pas surestimer la portée de la solution, très liée à l'espèce. (Comp., Sen et autres c/Turquie, requête n° 24537/10, 14 février 2012 : 2<sup>e</sup> section).

<sup>72</sup> Voir, par exemple, Soc., 6 février 2013, pourvoi n° 11-23.738, *Bull.* 2013, V, n° 31, qui autorise le cumul entre l'indemnité conventionnelle de licenciement et l'indemnité pour travail dissimulé, « *au regard de la nature de sanction civile de cette indemnité* ».

<sup>73</sup> Plus généralement, v. F. Descorps Declère, « Les motivations exogènes des décisions de la Cour de cassation », *D.* 2007, 2822.

<sup>74</sup> J. Krynen, *op. cit.*, chap. 9, propose une élection des juges. La proposition, peu conforme à notre tradition, mérite toutefois d'être pleinement considérée.

<sup>75</sup> Rappr. B. Frydman, *Le Sens des lois*, Bruylant-LGDJ, 2005, p. 657 et s.

<sup>76</sup> Voir, par exemple, le communiqué relatif à l'arrêt du 24 avril 2013, justifiant la solution par le respect de la volonté des partenaires sociaux.

<sup>77</sup> V. notamment R. Encinas de Munagorri, *RTD civ.* 2005, 88.

<sup>78</sup> F. Zénati, *op. cit.*, p. 199.

<sup>79</sup> Sur les multiples déterminants de la légitimité des magistrats des cours supérieures et suprêmes, v. Guy Canivet, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *APD*, t. 50, 2007, p. 7.

<sup>80</sup> Dans le même sens, P. Deumier, *préc.*, n° 27, pp. 75-76.

<sup>81</sup> Mais un autre chantier s'ouvre alors, celui des titres de légitimité de la doctrine - principale interlocutrice de la jurisprudence -, légitimité qui englobe mais dépasse la question de la déontologie.

## *Débats autour de la deuxième table ronde : la technique de cassation*

### **Intervenants :**

Louis Boré  
Alain Lacabarats  
Cyril Wolmark  
Hélène Farge  
Alain Supiot

### **M<sup>e</sup> Boré, avocat aux Conseils :**

Je pense qu'il faut distinguer deux choses : la technique de cassation et la rédaction des arrêts de la Cour de cassation.

La technique de cassation, c'est finalement quelque chose d'assez simple, c'est la distinction du fait et du droit. La Cour de cassation juge en droit et pas en fait. On peut la critiquer, on peut dire qu'elle « corsette » la Cour de cassation, qu'elle assèche le débat, mais il faut bien avoir conscience que si on l'abandonne et si on demande à la Cour de cassation de juger en fait et en droit, le débat sera radicalement modifié.

Deux solutions se présenteront alors.

Soit on ira vers la situation du Conseil d'État avant 1987, qui était à la fois cour suprême administrative et juge d'appel, et qui jugeait en fait et en droit. C'était très bien, sauf que le Conseil d'État mettait environ cinq ans pour juger une affaire.

Soit on ira vers la solution de la Cour suprême américaine, qui juge en fait et en droit, sauf qu'au lieu de juger 6 000 pourvois par an, comme le fait la chambre sociale, ce sont 60 affaires qui seraient jugées, les 5 940 dossiers restants étant jetés dans les poubelles judiciaires. Avec, pour justification, un manque de temps et l'absence d'intérêt suffisant pour la question posée.

La technique de cassation, c'est ce qui permet à la chambre sociale de la Cour de cassation de juger 6 000 pourvois dans un délai d'environ un an. C'est une source d'efficacité, tout en assurant un contrôle de légalité.

Le second aspect, c'est la motivation des arrêts de la Cour de cassation. Certes, cette motivation est influencée par la technique de cassation. Certes, la brièveté de ses arrêts est une des conséquences de la technique. Mais je pense que, tout en conservant celle-ci, il est parfaitement possible de motiver de façon plus ample et plus importante les arrêts de la Cour de cassation. La technique ne l'interdit absolument pas. L'arrêt qui a été rendu par la chambre sociale dans l'affaire de la représentativité le montre, et je pense aussi à des arrêts du Conseil d'État, qui intervient comme juge de cassation et qui rend parfois des décisions très longuement motivées. Je pense à l'affaire « *Commune de Béziers* ». Dans son arrêt, le Conseil d'État, juge de cassation, opère un revirement de jurisprudence considérable. Il fait à peu près table rase du passé et reconstruit complètement le rôle de juge du contrat. Il ne s'est pas contenté de dire en deux lignes : voilà quel est le nouveau rôle du juge du contrat. Il a rendu une décision longuement motivée qui donnait une sorte de mode d'emploi de la solution nouvelle qui ne répond pas évidemment à toutes les questions car aucune décision ne peut le faire, mais qui éclaire considérablement le travail des juristes et des juges du fond.

Quant au justiciable, on nous dit qu'il pourra avoir de la frustration parce que l'arrêt de la Cour de cassation est rédigé dans des termes impartiaux. Je pense qu'au contraire, il est tout à fait essentiel pour le justiciable que les arrêts de la Cour de cassation soient rédigés en termes impartiaux. Pourquoi ? Parce que le justiciable, que nous, les avocats, fréquentons quotidiennement, a une certaine tendance à soupçonner son juge de partialité, surtout quand il perd. Il a assez naturellement tendance à considérer que son juge était partial et que, s'il a perdu, c'est pour cette raison. Le caractère impersonnel, impartial de la rédaction des arrêts de la Cour de cassation, à mon avis, est au contraire une garantie absolument essentielle pour la Cour et pour les justiciables.

### **M. le président Lacabarats :**

Je ne me suis pas concerté avec M<sup>e</sup> Boré, mais je partage complètement son point de vue. D'une part, sur le rôle de la Cour de cassation, qui doit être limité à l'appréciation des règles de droit ayant été mises en œuvre par les juges du fond. D'autre part, sur le fait que notre motivation doit être impartiale. Après tout, nous censurons, malheureusement, un peu trop souvent des décisions de juge du fond qui montrent, justement, au moins en apparence, une partialité du juge. Nous avons rendu un certain nombre d'arrêts, beaucoup trop d'arrêts, au visa de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme depuis l'année 2006 sur cette question. Et c'est une tendance qui m'inquiète un petit peu. Enfin, je partage également votre point de vue sur le fait que l'on pourrait, dans un certain nombre d'affaires qu'il faudrait soigneusement sélectionner, adopter des modes de motivation beaucoup plus explicites de nos décisions sur la question de droit, bien entendu...

**M. le professeur Wolmark :**

Je voulais m'assurer d'abord que mon propos n'a pas été mal compris. Je n'ai jamais dit que la Cour de cassation devait arrêter d'être impartiale, loin de moi cette idée ! J'ai juste indiqué que la technique visait à une impartialité à l'égard de tous les justiciables. En revanche, si l'on prend en compte la situation des parties elles-mêmes, elles peuvent être un peu frustrées de cette technique centrée sur le droit.

En ce qui concerne la motivation, il faut bien distinguer deux éléments : la clarté de la règle et la motivation proprement dite de la règle. Est-ce que la Cour de cassation doit être plus précise sur la formulation de la règle et sur ses conséquences ? C'est là un problème de sécurité juridique.

Il faut distinguer cette question d'une autre question : celle de l'indication des raisons de la règle, autrement dit, de la motivation. C'est sur ce point-là que portait principalement la fin de mon intervention.

La seconde chose, c'est que, dans la question de la motivation, il faut bien distinguer deux éléments : la clarté de la règle, ses implications, ses applications évidentes. Est-ce que la Cour de cassation doit être plus diserte, plus expansive sur « voici la règle et voici les conséquences qu'il faut en tirer » ? Ça, c'est un problème de sécurité juridique.

Il faut distinguer cette question-là d'une autre question, qui est la motivation des raisons de la règle, c'est-à-dire indiquer pourquoi on a pris telle ou telle règle. C'est sur ce point-là que portait principalement la fin de mon intervention.

Ce sont deux questions différentes, dans un cas, c'est la question de la sécurité de la règle, dans l'autre, la question de la légitimité de cette règle. Les questions sont souvent mêlées, mais je crois qu'il faut les distinguer.

**M<sup>e</sup> Farge, avocat aux Conseils :**

D'abord, je crois que nous ne pouvons pas laisser passer que le barreau spécialisé auquel nous appartenons n'aurait que pour justification l'inintelligibilité des décisions de la Cour de cassation... Je crois notamment qu'une partie de notre travail, c'est de faire comprendre et expliquer aux justiciables que, devant la Cour de cassation, on ne discute plus des faits et que c'est la raison d'être de la Cour de cassation.

Vous avez parlé, M. le professeur, d'une chose qui est intéressante, qui est ce que vous avez appelé la pesée des intérêts, que l'on peut appeler aussi le contrôle de proportionnalité. C'est vrai que, pour l'instant, la Cour de cassation ne s'est pas engagée dans cette voie, alors que, si elle est prise, comme vous l'avez montré, entre le justiciable et le juge du fond, elle est prise aussi par « *le dialogue* » avec les juridictions internationales, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne, qui pratiquent ce contrôle de proportionnalité, ce qui fait qu'elle est peut-être un peu coincée. *C'est sans doute sur ce point-là que la question de l'évolution de son contrôle peut se poser.*

**M. le professeur Wolmark :**

Je crois même qu'une évolution de ce contrôle peut être déjà décelée dans certaines de ses formes : contrôle léger, appréciation souveraine. Bien sûr, je ne suis pas pour ou contre l'abandon de la distinction entre le droit et le fait, je constate juste que cette distinction est poreuse dans certains domaines, notamment les domaines dans lesquels le juge du fond ne peut plus juger mécaniquement, mais doit procéder à la pesée des intérêts, à des argumentations. Dans ces domaines-là, la distinction devient nécessairement poreuse.

**M. le président Lacabarats :**

Il y a quand même beaucoup de domaines dans lesquels la Cour de cassation contrôle la proportionnalité. Pensez au droit de la presse. Nous pesons les intérêts en présence, entre la liberté d'expression et les droits de la personnalité. La Cour de cassation (chambre criminelle, première chambre civile, assemblée plénière lorsqu'elle est amenée à statuer) fait du contrôle de proportionnalité et exerce son pouvoir sur la manière dont la proportionnalité des intérêts en présence a été appréciée par les juges du fond.

**M. le professeur Supiot :**

Sur le principe de proportionnalité, il me semble en effet qu'il est pratiqué largement dans la jurisprudence sociale. Je voudrais simplement souligner que l'appel à sa généralisation participe justement de la doctrine économique que j'évoquais tout à l'heure, selon laquelle tout peut être pesé contre tout. C'est ce qui a conduit par exemple la Cour de justice de l'Union européenne à dire que le principe de dignité devait être mis en balance avec la liberté du commerce. Face à cela, nous pourrions évoquer la décision du *Bundesverfassungsgericht*, le tribunal constitutionnel allemand, qui considère qu'il y a des principes qui sont intangibles, qui ne peuvent être pesés contre rien. La Cour constitutionnelle l'a dit dans sa décision du 30 juin 2009 sur le Traité de Lisbonne, à propos du principe de démocratie. Donc une généralisation du principe de proportionnalité me semblerait être un bon exemple de l'empire exercé par des analyses doctrinales.

**Fin des interventions sur le deuxième sujet.**

# La croissance mal maîtrisée des missions du CHSCT<sup>1</sup>

Jean-Philippe Lhernould<sup>2</sup> et Laurence Pécaut-Rivolier<sup>3</sup>

## 1. - Bref historique du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT)

L'origine du CHSCT remonte à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Une loi du 8 juillet 1890 avait alors confié à des organes spécialisés de représentation du personnel, les délégués mineurs, le soin de tenir un registre d'observations sur la sécurité. Apparurent ensuite, au cours de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, les « comités d'hygiène et de sécurité » (CHS), qui furent rendus obligatoires dans les entreprises de plus de cinquante salariés en 1947<sup>4</sup>. Leurs prérogatives et leur périmètre furent graduellement étendus<sup>5</sup>. Parallèlement, la loi a créé au sein du comité d'entreprise la commission d'amélioration des conditions de travail (CACT)<sup>6</sup>. Ce fut la loi du 23 décembre 1982, qui rapprocha les versants « hygiène et sécurité » (CHS) et « conditions de travail » (CACT) en les confiant à un organe extérieur au comité d'entreprise, le CHSCT, dont la mise en place est obligatoire dans tous les établissements d'au moins cinquante salariés.

Ce comité était appelé au destin ordinaire d'une instance spécialisée. La circulaire CHSCT 14 du 25 octobre 1983<sup>7</sup>, témoin de la naissance du comité, explique ainsi qu'en ce qui concerne l'hygiène et la sécurité, la délimitation des attributions « ne pose pas de problème particulier » et insiste sur la compétence du CHSCT en matière de formation à la sécurité. Concernant les conditions de travail, le CHSCT, explique l'administration, « doit être associé à la recherche de solutions »<sup>8</sup>. Même si la circulaire de 1983 ne passe pas sous silence les enjeux relatifs au développement des nouvelles technologies<sup>9</sup>, elle regarde le CHSCT comme un organe d'assistance technique à l'employeur.

La circulaire ministérielle CHSCT n° 93-15 du 25 mars 1993, qui abroge et remplace la circulaire de 1983, assoit ce rôle d'appui. Tout en adaptant le périmètre de compétence conformément aux orientations de la directive 89/391 du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, l'administration estime que, pour la durée, les horaires et l'aménagement du temps de travail, le CHSCT « s'attachera à leur étude sur le plan technique », tandis que l'émergence des nouvelles technologies conduit le comité à être consulté « sur le plan d'adaptation à la mise en œuvre de nouvelles technologies importantes et rapides prévu à l'article L. 432-2 ». En somme, le CHSCT est confiné à « une mission d'étude et d'assistance technique »<sup>10</sup>.

Cette vision d'un CHSCT subalterne n'avait rien de surprenante. Elle était en phase avec la faiblesse des moyens qui lui sont attribués. Implanté dans l'établissement, sans personnalité morale légale<sup>11</sup>, privé de budget de fonctionnement et de local permanent, avec une obligation de réunion (minimale) par trimestre, le CHSCT était plus destiné à accueillir parmi ses membres des salariés en mal d'un statut protecteur qu'à devenir une pièce maîtresse de la politique de santé et de sécurité dans l'entreprise. Par leur généralité, les textes définissant les missions et prérogatives du CHSCT ont pourtant permis à ce dernier de cultiver des ambitions d'une tout autre nature.

## 2. - Des missions vastes

Le périmètre d'activité des CHSCT, consolidé par l'ordonnance n° 2001-175 du 22 février 2001 et par la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003, est vaste. Trois grandes missions lui sont confiées par l'article L. 4612-1 du code du travail :

1° Contribuer à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure ;

2° Contribuer à l'amélioration des conditions de travail, notamment en vue de faciliter l'accès des femmes à tous les emplois et de répondre aux problèmes liés à la maternité ;

3° Veiller à l'observation des prescriptions légales prises en ces matières.

Comme l'écrit le professeur Teyssié, aucune des initiatives susceptibles d'être prises par les dirigeants de l'entreprise (ou de l'établissement) en matière d'hygiène, sécurité ou conditions de travail ne saurait finalement faire échec aux compétences du CHSCT<sup>12</sup>. La lecture de la circulaire de 1993 est, peut-être au corps défendant de

<sup>1</sup> Pour une vision exhaustive du régime du CHSCT, voir l'indispensable ouvrage de J.-B. Cottin, *Le CHSCT*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2013.

<sup>2</sup> Professeur à l'université de Poitiers.

<sup>3</sup> Conseiller référendaire à la Cour de cassation.

<sup>4</sup> Décret n° 47-1430, 1<sup>er</sup> août 1947.

<sup>5</sup> Voir notamment loi n° 76-1106 du 6 décembre 1976.

<sup>6</sup> Loi n° 73-1195, 2 décembre 1973.

<sup>7</sup> JO, 20 décembre 1983, p. 11211.

<sup>8</sup> Pour une liste de thèmes : organisation matérielle du travail, environnement physique du travail, aménagement des postes et des lieux de travail, durée et horaire de travail, aménagement du temps de travail.

<sup>9</sup> « L'évolution des entreprises et le progrès technique conduisent également à élargir ce domaine de compétence aux problèmes touchant aux nouvelles technologies et à leurs incidences sur les conditions de travail des salariés de l'établissement ».

<sup>10</sup> G. Couturier, *Traité de droit du travail, Les relations collectives* (tome 2), PUF, 2001, n° 107.

<sup>11</sup> La reconnaissance de la personnalité morale viendra de la jurisprudence : Soc., 17 avril 1991, pourvoi n° 89-17.993, *Bull.* 1991, V, n° 206.

<sup>12</sup> *Juris-Classeur*, fasc. 20-20, n° 107.



l'administration centrale de l'époque, évocatrice : le comité devra en effet être associé à la recherche de solutions concernant « l'organisation matérielle du travail (charge de travail, rythme, pénibilité des tâches, élargissement et enrichissement des tâches) ; l'environnement physique du travail (température, éclairage, aération, bruit, poussière, vibration) ; l'aménagement des postes de travail et leur adaptation à l'homme, en vue notamment de réduire le travail monotone et sous cadence ; l'aménagement des lieux de travail et de leurs annexes ; la durée et les horaires de travail ; l'aménagement du temps de travail (travail de nuit, travail posté) ».

Le potentiel du CHSCT est complété par un ensemble de prérogatives légales qui frappent par leur grande diversité : analyse des risques professionnels dans l'établissement, analyse de l'exposition des salariés à des facteurs de pénibilité, inspections à intervalles réguliers, enquêtes en matière d'accidents du travail ou de maladie professionnelle, proposition d'actions de prévention du harcèlement moral et du harcèlement sexuel, audition de chefs d'établissement voisins, observations à l'inspecteur du travail, consultations multiples, expertises. À cette liste non exhaustive, il convient d'ajouter des missions particulières liées à l'existence d'installations à risques ainsi qu'à la présence d'un danger grave et imminent (susceptible d'entraîner la tenue de réunions et d'enquêtes, voire l'exercice d'un droit d'alerte). Enfin, le 3 avril 2013, le Sénat a définitivement adopté une loi qui étend les compétences du CHSCT à la matière environnementale.

Pour remplir ses missions, le CHSCT est constitué, outre du chef d'entreprise, de seulement trois à neuf représentants du personnel élus (selon la taille de l'entreprise ou de l'établissement), tandis que quelques personnes, certes sans voix délibérative, mais très influentes, viennent renforcer son expertise<sup>13</sup>. Quant à la formation des membres du CHSCT, qui poursuit comme objectif « de développer leur aptitude à déceler et à mesurer les risques professionnels et leur capacité d'analyse des conditions de travail » et « de les initier aux méthodes et procédés à mettre en œuvre pour prévenir les risques professionnels et améliorer les conditions de travail »<sup>14</sup>, elle est dérisoire au regard de la complexité des problématiques soulevées<sup>15</sup>. Un seul exemple : dans les établissements de moins de trois cents salariés, la durée de la formation est de trois jours.

La fragile représentation du personnel du CHSCT n'a pas empêché celui-ci de se développer. Le contexte juridique (émergence de l'obligation de sécurité de résultat, consécration des risques psychosociaux), les circonstances économiques (généralisation des pratiques de restructuration en tant que mode de gestion de l'entreprise, crise de l'emploi) et l'évolution des pratiques managériales ont eu pour conséquence de ne pas cantonner le CHSCT au rôle technique que le législateur de 1982 lui avait assigné. L'action des juges, facilitée par des textes flous, a accompagné un changement radical des missions du CHSCT. Les circonstances dans lesquelles il doit obligatoirement être consulté se sont démultipliées. De même, le recours à l'expertise est devenu monnaie courante. Ultime étape dans la croissance du CHSCT, il peut être à l'origine du blocage d'un processus de restructuration, soit indirectement suite à l'action d'un syndicat engagée après que le CHSCT aura donné un avis négatif au projet<sup>16</sup>, soit par sa propre action en justice<sup>17</sup>.

### 3. - Un champ de compétence optimisé par la jurisprudence : le périmètre des « consultations obligatoires »

Le CHSCT est, dit la loi, « consulté avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail et, notamment, avant toute transformation importante des postes de travail découlant de la modification de l'outillage, d'un changement de produit ou de l'organisation du travail, avant toute modification des cadences et des normes de productivité liées ou non à la rémunération du travail »<sup>18</sup>. La notion d'« aménagement important », particulièrement vague, est souvent citée comme une illustration des difficultés à maîtriser l'influence croissante du CHSCT.

Sous un contrôle de plus en plus étroit de la Cour de cassation<sup>19</sup>, les juges ont tiré parti du renvoi général par le législateur aux « conditions de santé et de sécurité ou aux conditions de travail » pour étendre la sphère de consultation du CHSCT<sup>20</sup>. Ce dernier s'exprime sur un éventail très large de situations qui, *a priori*, n'entraînent pas dans les prévisions du législateur de 1982<sup>21</sup>. Que ce soit lors d'opérations impliquant un transfert d'entreprise, à l'occasion de la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), d'un plan de départ volontaire (PDV) ou de licenciements économiques<sup>22</sup>, ou bien pour des opérations plus légères de réorganisation interne (réaffectation de salariés sur les sites, changement d'horaires, évolution des métiers, fabrication de nouveaux produits, etc.), il y a de fortes chances que le CHSCT soit consulté. Le transfert du lieu de travail des salariés, la modification de leurs attributions<sup>23</sup>, la surcharge de travail consécutive à une réorganisation, les classifications<sup>24</sup> ou encore

<sup>13</sup> Une personne qualifiée appartenant à l'entreprise ou à l'établissement ; le médecin du travail ; le chef du service de sécurité et des conditions de travail ; un ou des représentants syndicaux dans les entreprises de plus de trois cents salariés (article R. 4614-2 du code du travail et accord interprofessionnel du 17 mars 1975). L'inspecteur du travail est obligatoirement informé des dates de réunion et peut s'y inviter. L'agent de prévention également.

<sup>14</sup> Article R. 4614-21.

<sup>15</sup> Article L. 4614-14 et articles R. 4614-21 et s.

<sup>16</sup> Soc., 5 mars 2008 n° 06-45.888, *Bull.* 2008, V, n° 46, *RJS* 5/08, n° 509 : est approuvée une cour d'appel ayant suspendu une modification de l'organisation du travail décidée par l'employeur dans une installation classée Seveso car « l'employeur est tenu, à l'égard de son personnel, d'une obligation de sécurité de résultat qui lui impose de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs ; qu'il lui est interdit, dans l'exercice de son pouvoir de direction, de prendre des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité des salariés ».

<sup>17</sup> Recevabilité d'un CHSCT à saisir le juge pour demander (et obtenir) la suspension ou l'annulation d'un projet de réorganisation en raison des risques psychosociaux (CA Paris, pôle 6, deuxième chambre 2, 13 décembre 2012, RG n° 12/17589 et 12/17601, *Semaine sociale Lamy* 2012, n° 1565).

<sup>18</sup> Article L. 4612-8.

<sup>19</sup> Soc., 30 juin 2010, pourvoi n° 09-13.640, *Bull.* 2010, V, n° 156, *JCP* 2010, éd. S, n° 1458, note J.-B. Cottin.

<sup>20</sup> Sur « l'ascension fulgurante du CHSCT », voir *Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1288.

<sup>21</sup> En dehors des « décisions d'aménagement important », les circonstances légales qui requièrent l'avis du CHSCT sont très nombreuses : voir B. Teyssié, « Les missions du CHSCT », *JCP* 2007, éd. S, 1441.

<sup>22</sup> TGI Toulouse, 3 février 2011, RG n° 11/00114, *RJS* 5/11, n° 412.

<sup>23</sup> Soc., 30 juin 2010, pourvoi n° 09-13.640, *Bull.* 2010, V, n° 156, *JCP* 2010, éd. S, n° 1458, note J.-B. Cottin.

<sup>24</sup> CA Paris, 22 octobre 2012, RG n° 12/14702, *JS Lamy*, 28 janvier 2013, n° 336, p. 27.

le bouleversement de l'organisation du temps de travail<sup>25</sup> sont autant « d'aménagements importants modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail » qui exigent une consultation du CHSCT. Tout projet de restructuration susceptible d'être « source de risques psychosociaux<sup>26</sup> » doit, de même, faire l'objet d'un avis du comité.

Constamment débattu devant les juges mais toujours en construction, le critère de l'importance de la décision n'est pas devenu le rempart à l'expansion du CHSCT que d'aucuns attendaient. Alors que la Cour de cassation a semblé prompte, un temps, à lier l'importance du projet aux effectifs concernés<sup>27</sup>, elle s'est départie de cette approche comptable, jugeant que « le nombre de salariés concernés ne détermine pas, à lui seul, l'importance du projet »<sup>28</sup>. Assez naturellement (mais d'une manière que certains ont pu juger trop absolue<sup>29</sup>) et suivant l'esprit de l'accord national interprofessionnel sur le stress au travail<sup>30</sup>, la Cour de cassation a franchi un pas supplémentaire, exigeant que le CHSCT soit consulté à l'occasion d'un projet d'évaluation annuelle :

*« ayant relevé que les évaluations annuelles devaient permettre une meilleure cohérence entre les décisions salariales et l'accomplissement des objectifs, qu'elles pouvaient avoir une incidence sur le comportement des salariés, leur évolution de carrière et leur rémunération, et que les modalités et les enjeux de l'entretien étaient manifestement de nature à générer une pression psychologique entraînant des répercussions sur les conditions de travail, c'est sans encourir les griefs du moyen que la cour d'appel a exactement décidé que le projet de l'employeur devait être soumis à la consultation du CHSCT, chargé, par application de l'alinéa premier de l'article L. 236-2 du code du travail, de contribuer à la protection de la santé des salariés »<sup>31</sup>.*

La Cour de cassation admet à demi-mot qu'un système d'alerte professionnelle devrait faire l'objet d'une consultation préalable du CHSCT<sup>32</sup>.

Les limites à l'intervention du CHSCT sont finalement comptées. Même si le texte ne pose pas cette condition, on pourrait éventuellement envisager que lui échappent les modifications ponctuelles et exceptionnelles si elles ne sont pas susceptibles d'avoir une incidence importante et durable sur les conditions de travail des salariés de l'entreprise<sup>33</sup>. Cela dit, un aménagement ponctuel, par exemple le recours au travail de nuit sur une courte période, pourrait être considéré comme important au sens de la loi. Sont à tout le moins hors de son périmètre les rares projets ne prévoyant aucune transformation des postes de travail, aucun changement de métier, aucun nouvel outil ni modification des cadences ou des normes de productivité<sup>34</sup>. Même la transposition d'un accord de branche par une société peut requérir la consultation du CHSCT<sup>35</sup>. Celle-ci devra précéder la consultation du CE<sup>36</sup>. Plus généralement, l'employeur doit consulter le CHSCT avant d'aboutir à une négociation<sup>37</sup>.

Le CHSCT s'est investi là où on ne l'attendait pas. Les conséquences de cette évolution doivent être pesées au regard des contraintes qu'impose le processus de consultation. En effet, la consultation n'est pas simplement obligatoire ; elle doit, dit l'administration du travail en se référant à la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>38</sup>, être réelle : « il doit y avoir discussion et réponse motivée du chef d'établissement aux observations du CHSCT ; elle doit être faite en temps opportun, et non après un commencement de décision ». L'avis du CHSCT est solennel ; il « ne peut résulter que d'une décision prise à l'issue d'une délibération collective et non de l'expression d'opinions individuelles de ses membres »<sup>39</sup>. Le non-respect de l'obligation de consultation préalable du CHSCT bloque le processus décisionnel<sup>40</sup> :

Le comité central d'entreprise (CCE) de la société Air France (le CCE) avait assigné la société devant le juge des référés pour voir ordonner la suspension de la mise en œuvre d'un projet de transfert d'une partie de l'activité de la société à l'une de ses filiales ; après que le syndicat CGT Air France et le CHSCT étaient intervenus volontairement aux mêmes fins, le CCE ainsi que le syndicat et le CHSCT ont été déboutés de leurs demandes. Dans le pourvoi, il était fait grief à l'arrêt d'avoir, faisant droit à la demande du syndicat CGT Air France et du CHSCT, ordonné la suspension de la mise en œuvre du projet de transfert de l'activité commissariat (hôtellerie) de la société Air France à la société OAT jusqu'à information et consultation du CHSCT. Le pourvoi est rejeté : « la cour d'appel, qui a fait ressortir que le projet de transfert avait pour conséquence le reclassement de deux cents salariés au sein de la société Air France, ceux-ci étant contraints de suivre des formations pour s'adapter à leurs nouveaux emplois et

<sup>25</sup> Pour une synthèse des causes admises par les juges, voir article P.-H. d'Ornano, « La consultation du CHSCT en cas d'aménagement important modifiant les conditions de travail », *JCP* 2010, éd. S., 1226.

<sup>26</sup> *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2011, p. 353.

<sup>27</sup> Voir par ex. Soc., 12 juillet 2005, pourvoi n° 03-10.633, *JCP* 2005, éd. S., 1264, note J.-F. Cesaro ; Soc., 24 octobre 2000, pourvoi n° 98-18.240, *Bull.* 2000, V, n° 345.

<sup>28</sup> Soc., 10 février 2010, pourvoi n° 08-15.086, *Bull.* 2010, V, n° 40, *JCP* 2010, éd. S., 1142, note J.-B. Cottin.

<sup>29</sup> Tout entretien d'évaluation génère-t-il du stress et doit-il déclencher la compétence du CHSCT ? C'est ce que suggère l'arrêt. Cette interprétation est critiquée : P.-H. d'Ornano, « La consultation du CHSCT en cas d'aménagement important modifiant les conditions de travail », *JCP* 2010, éd. S., 1226.

<sup>30</sup> Qui identifie les situations de stress et prévoit que dès qu'un problème de stress est identifié, une action doit être entreprise pour le prévenir, l'éliminer ou, à défaut, le réduire.

<sup>31</sup> Soc., 28 novembre 2007, pourvoi n° 06-21.964, *Bull.* 2007, V, n° 201 ; Pierre-Yves Verkindt, *Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1332 ; *RJS* 4/08, n° 135 ; *JCP* 2008, éd. S., 1070, note J.-B. Cottin. Rapp. CA Rouen, 19 octobre 2010, RG n° 09-5096 (*RJS* 3/11, n° 208) ; TGI Lyon, 4 septembre 2012 (*RJS* 11/12, n° 861). Voir aussi « Entretien annuel d'évaluation. Faut-il associer la CNIL et le CHSCT ? », *Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1259.

<sup>32</sup> *Rapport* 2011, p. 353.

<sup>33</sup> Rapp., s'agissant du comité d'entreprise, Soc., 16 juillet 1997, pourvoi n° 95-42.432.

<sup>34</sup> Soc., 26 juin 2001, pourvoi n° 99-16.096, *Bull.* 2001, V, n° 231 (projet de réaménagement d'un organigramme).

<sup>35</sup> CA Paris, 22 octobre 2012, précité. Rapp. Soc., 21 novembre 2012, pourvoi n° 11-10.625, *Bull.* 2012, V, n° 302 (à propos de la consultation du CE).

<sup>36</sup> En ce sens, M. Morand, « Normes collectives et consultation des représentants du personnel », *JCP* 2013, éd. S., n° 1106.

<sup>37</sup> Soc., 5 mai 1998, pourvoi n° 96-13.498, *Bull.* 1998, V, n° 219.

<sup>38</sup> Crim., 28 novembre 1989, pourvoi n° 89-82.015, *Bull. crim.* 1989, n° 452.

<sup>39</sup> Soc., 10 janvier 2012, pourvoi n° 10-23.206, *Bull.* 2012, V, n° 7, *RJS* 3/12, n° 260.

<sup>40</sup> Soc., 12 juillet 2005, pourvoi n° 03-10.633, *JCP* 2005, éd. S., 1264, note J.-F. Cesaro.

voyant leurs conditions de travail modifiées notamment quant à la mobilité géographique, a exactement décidé que la société n'avait pas respecté ses obligations légales en ne consultant pas le CHSCT avant de prendre une décision importante modifiant les conditions de travail du personnel ».

La procédure peut s'avérer d'autant plus complexe à organiser qu'« en l'absence d'un CHSCT unique compétent pour l'ensemble des sites concernés, le projet qui excède nécessairement les prérogatives de chacun des CHSCT impose la consultation de tous les CHSCT territorialement compétents pour ces sites »<sup>41</sup>.

Les négociateurs de l'ANI du 11 janvier 2013 ont voulu mettre fin à cette jurisprudence. Toutefois, ils ont finalement limité l'office de la nouvelle instance de coordination des CHSCT créée par la loi du 14 juin 2013<sup>42</sup> à la mise en place d'une expertise unique pour tous les CHSCT. Sans pour autant que l'instance de coordination ne se substitue aux CHSCT locaux pour la consultation elle-même. Selon les nouveaux articles L. 4616-1 et suivants, lorsque les consultations portent sur un projet commun à plusieurs établissements, l'employeur peut donc mettre en place une instance de coordination de leurs CHSCT, qui ordonnera une expertise commune et unique. L'instance de coordination, à la condition qu'elle le décide dès sa première réunion, pourra émettre un avis sur le projet après la réalisation de l'expertise. Mais la consultation de chacun des CHSCT des établissements concernés reste obligatoire. Le nouveau dispositif a donc pour unique finalité d'éviter une multiplication des expertises, mais maintient pour le reste leurs entières prérogatives aux CHSCT d'établissement. On peut s'interroger sur le choix de créer une instance ponctuelle, au gré des nécessités des projets, et des choix unilatéraux de l'employeur, ce qui risque d'entraîner de nouvelles incertitudes. Le législateur a cependant pris garde que la nouvelle instance ne conduise pas à un allongement des délais, puisqu'il renvoie à un décret en Conseil d'État pour fixer des délais stricts.

#### 4. - Des conditions de mise en place inadaptées face à l'importance des missions

L'augmentation continue des champs d'intervention du CHSCT n'a induit aucune modification corrélative dans les conditions de constitution et de mise en place de l'institution. Or, à cet égard, la loi ne peut qu'être considérée comme lacunaire, avec une disposition unique prévoyant que le CHSCT est composé de l'employeur et « d'une délégation du personnel dont les membres sont désignés par un collège constitué par les membres élus du comité d'entreprise et les délégués du personnel » (article L. 4613-1 du code du travail). En affirmant, dès l'origine, que la désignation se faisait sous forme d'élection<sup>43</sup>, la chambre sociale a permis que l'instance soit une institution représentative à part entière. Mais il y a des failles importantes dans le dispositif en l'absence de processus électoral préalable : les modalités du scrutin sont définies par le collège désignatif lui-même<sup>44</sup> et, en l'absence de règles de négociation préélectorale, la plupart des normes sont par défaut<sup>45</sup>. L'absence d'obligations quant à un appel à candidatures général<sup>46</sup>, le sentiment parfois de candidatures peu spécialisées et des règles de déroulement du scrutin alléguées<sup>47</sup>, tout cela contribue à ce que la légitimité du CHSCT à exercer l'ensemble des missions qui lui sont confiées soit parfois mise en cause. Une réforme des textes serait évidemment indispensable.

#### 5. - D'autres problèmes posés par le champ de compétence du CHSCT

Les incertitudes sur le périmètre de consultation du CHSCT, dues à la plasticité de la notion de « décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail », masquent d'autres problèmes qui sont peut-être plus aigus, car ils touchent au positionnement du CHSCT par rapport aux autres instances représentatives du personnel (IRP). Dès lors que la santé est une compétence partagée entre le CHSCT, le CE et les délégués du personnel (DP), le positionnement des IRP entre elles devient une question cruciale. Le « millefeuille des IRP », selon l'expression du professeur Favennec-Héry<sup>48</sup>, invite à revenir sur l'articulation entre le CHSCT et d'autres IRP (I). Le rôle joué par un tiers, l'expert, soulève de nombreuses questions (II).

### I. - L'articulation entre les missions du CHSCT et les prérogatives conférées à d'autres IRP

Pendant longtemps et bien après la mise en place de la loi sur les CHSCT, les CE ont été, de fait, l'unique interlocuteur de l'entreprise pour les projets de réorganisation. L'employeur ne voyait pas l'utilité de doubler la procédure de consultation, d'autant que, souvent, les membres du CHSCT siégeaient également au CE. À la rigueur, l'employeur « bâclait la consultation du CHSCT au cours d'une réunion expéditive menée la veille de

<sup>41</sup> Soc., 12 juillet 2005, précité. Est-il toujours exact qu'un projet important dans le cadre d'un des établissements s'analyse nécessairement en projet important pour tous ? Sur cette question, L. Pécaut-Rivolière : « dès lors que le projet avait été considéré comme globalement important pour l'entreprise, il ne pouvait y avoir ensuite différenciation selon les sites, en fonction du nombre de salariés concernés sur chacun d'entre eux. Dès lors que le projet touchait des salariés de plusieurs sites, il excédait les compétences de chacun et nécessitait la consultation de tous » (*Droit social* 2010, p. 1007). Comp. J.-B. Cottin, note précitée sous Soc., 30 juin 2010.

<sup>42</sup> Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, article 8. Le nouvel article L. 4616-1 est ainsi rédigé : « Lorsque les consultations prévues aux articles L. 4612-8, L. 4612-9, L. 4612-10 et L. 4612-13 portent sur un projet commun à plusieurs établissements, l'employeur peut mettre en place une instance temporaire de coordination de leurs comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, qui a pour mission d'organiser le recours à une expertise unique par un expert agréé dans les conditions prévues au 2° de l'article L. 4614-12 et à l'article L. 4614-13 et qui peut rendre un avis au titre des articles L. 4612-8, L. 4612-9, L. 4612-10 et L. 4612-13 ». Voir « L'instance de coordination des CHSCT », J.-B. Cottin, *JCP* 2013, éd. S, 1264.

<sup>43</sup> Soc., 4 avril 1974, pourvoi n° 73-60.002, *Bull.* 1974, V, n° 208.

<sup>44</sup> Soc., 21 novembre 1990, pourvoi n° 89-61.351, *Bull.* 1990, V, n° 581.

<sup>45</sup> Ainsi, le mode de scrutin, qui est par défaut le scrutin de liste proportionnelle à un tour (Soc., 8 janvier 1997, pourvoi n° 95-60.864, *Bull.* 1997, V, n° 12).

<sup>46</sup> Soc., 7 novembre 2012, pourvoi n° 11-60.339.

<sup>47</sup> Soc., 14 décembre 2010, pourvoi n° 10-16.089, *Bull.* 2010, V, n° 294 : « ayant constaté que les électeurs avaient pu s'isoler pour faire leur choix, que l'électeur aveugle avait pu se faire assister par une personne de confiance pour lui permettre de voter, que l'absence de bulletins imprimés était liée au droit de présenter des candidatures jusqu'au moment du vote et qu'aucune violation du secret du scrutin n'était alléguée, c'est à bon droit que le tribunal a dit n'y avoir lieu à l'annulation de la désignation des membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ».

<sup>48</sup> « Une question qui fâche : le millefeuille des IRP », *Droit social* 2013, p. 250.

*l'ultime réunion du comité d'entreprise* »<sup>49</sup>. Il était fréquent que le CHSCT, lorsqu'il était saisi, reçoive les mêmes documents que le CE. Même s'il n'est pas certain que ce dernier travers ait entièrement disparu, les relations entre le CE et le CHSCT ont profondément évolué (A). L'articulation entre le CHSCT et les DP soulève d'autres types de questions dont l'étude du droit d'alerte se fera l'écho (B).

## A. - Interrelations entre le CHSCT et le CE

### 6. - Approche empirique

Le CE est « *informé et consulté sur les problèmes généraux intéressant les conditions de travail résultant de l'organisation du travail, de la technologie, des conditions d'emploi, de l'organisation du temps de travail, des qualifications et des modes de rémunération* »<sup>50</sup>. Or, par le jeu de l'interprétation large des prérogatives du CHSCT, de nombreuses questions soumises au CE doivent aussi lui être présentées pour consultation. La différence entre les « *aménagements importants* » (CHSCT) et « *les problèmes généraux intéressant les conditions de travail* » (CE) s'est ainsi considérablement estompée. Ce double constat vaut en particulier pour les restructurations de tous ordres, mais pas seulement.

De cette superposition des périmètres et à partir des relations que les textes tissent entre CHSCT et CE<sup>51</sup>, naissent des rapports qui, échappant pour partie à l'analyse juridique, entrent dans d'autres champs disciplinaires. Sur le terrain, de nombreux cas de figure peuvent se rencontrer, en fonction notamment de la culture de l'entreprise, de la personnalité des acteurs et de leur positionnement syndical ou idéologique, ou encore du positionnement et de la stratégie de la direction. Le fait que les membres du CHSCT sont désignés par les membres du CE (et par les délégués du personnel) est de nature à influencer les relations entre CE et CHSCT. Une méthodologie sans rigueur invite à dénombrer quatre modèles :

1° Le CHSCT s'efface devant le CE. Cet effacement peut avoir diverses causes : absence de conscience du CHSCT de ses prérogatives, souci (justifié ou non) d'efficacité, faible implication de ses membres, appartenance simultanée aux deux institutions. Le CE peut alors absorber de manière implicite une partie des compétences du CHSCT, situation facilitée par la rédaction large de l'article L. 2323-27 du code du travail. Dans la pratique, il est l'unique interlocuteur du chef d'entreprise. Ce fut le modèle dominant ;

2° Le CHSCT et le CE exercent en parallèle leurs prérogatives de manière décoordonnée, par exemple en raison d'une opposition entre leurs membres ;

3° Le CHSCT et le CE avancent de concert et articulent leurs actions, profitant à la fois du mode de désignation des membres du CHSCT et des outils de coordination qu'offre la loi. Il peut en résulter une répartition variable des rôles et des prérogatives entre les deux comités ;

4° Le CHSCT peut, pour diverses raisons (personnalités dominantes, culture « sécurité » attachée à l'établissement), se retrouver en position de *leadership*. Ce dernier modèle se rencontre probablement de manière marginale.

En tant que cadre de référence aux organisations, la règle de droit, on l'a déjà laissé entendre, influence la façon dont les relations se nouent.

### 7. - Dimension juridique

Les relations entre les deux institutions ne devraient pas soulever de difficultés d'articulation lorsque la compétence est exclusive pour une question donnée. Ainsi, seul le CE doit être consulté pour les questions d'ordre économique. La jurisprudence est plutôt claire, du moins sur le principe, sur ce point<sup>52</sup>. Cela étant, des pratiques déviantes peuvent naître. D'une part, par prudence et en raison du caractère flou du périmètre de compétence du CHSCT, certains employeurs ne prennent pas de risque et préfèrent procéder à une double consultation. D'autre part, parce que les employeurs continuent parfois d'envoyer au CHSCT les mêmes informations qu'au CE ; il pourrait en résulter un empiètement du premier sur les prérogatives du second. Les glissements sont d'autant plus faciles qu'il n'est pas aisé d'isoler les questions économiques et celles de santé-sécurité. Réciproquement, il existe des projets dont la nature justifie que seul le CHSCT soit consulté<sup>53</sup>. Dans la plupart des cas cependant, les deux institutions sont simultanément compétentes ; les consultations sont amenées à se superposer. Cette double compétence impose des contraintes particulières. Ainsi, le CE ne peut pas se prononcer tant que l'expert, saisi lors d'une consultation du CE ou en dehors, n'a pas rendu son travail<sup>54</sup>. De même, l'employeur ne peut pas se considérer comme libéré de son obligation de consultation, même s'il a transmis au CE les informations utiles et obtenu un avis de ce dernier, dès lors que le CHSCT aura été négligé. Dans ce contexte où l'employeur doit garantir l'effet utile des prérogatives des deux comités, certaines difficultés doivent être appréhendées.

La première consiste à articuler, dans le temps, l'action des deux comités. À défaut de disposition légale et soutenue par la doctrine<sup>55</sup>, la Cour de cassation a posé comme principe que « *lorsqu'il est consulté sur les problèmes généraux intéressant les conditions de travail, le comité d'entreprise doit disposer de l'avis du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail* »<sup>56</sup>.

<sup>49</sup> M. Ayadi et O. du Jonchay, « L'heure de gloire du CHSCT », *JSL* 2010, n° 269.

<sup>50</sup> Article L. 2323-27 du code du travail.

<sup>51</sup> Voir *infra*, n° 6.

<sup>52</sup> Par exemple, Soc., 12 juillet 2005, précité ; CE, 27 juillet 2005, n° 258289.

<sup>53</sup> M. Ayadi et O. du Jonchay, précités, qui citent un projet relatif notamment à l'utilisation de produits dangereux, sur le changement d'emplacement de postes de travail... tout en concluant qu'il serait hasardeux de se limiter à la seule consultation du CHSCT.

<sup>54</sup> Pour des exemples jurisprudentiels : M. Ayadi et O. du Jonchay, précités.

<sup>55</sup> En ce sens, P.-Y. Verkindt, précité.

<sup>56</sup> Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-19.678, *Bull.* 2012, V, n° 215, *RJS* 10/12, n° 814. Rapp. Soc., 10 janvier 2012, pourvoi n° 10-23.206, *Bull.* 2012, V, n° 7, *RJS* 3/12, n° 260.

Cependant, les questions ressurgissent lorsque le CE et le CHSCT ne se trouvent pas au même niveau. En effet, dans un projet qui concerne plusieurs établissements, il y aura un CCE à consulter sur l'ensemble, et des CE et CHSCT à consulter pour chaque établissement. La place de chacune de ces institutions est alors malaisée à circonscrire : faut-il d'abord informer le CCE du projet d'ensemble, ou clôturer la consultation par lui ?

Une deuxième difficulté, liée aux délais, se pose de manière aiguë lorsqu'est envisagé le calendrier des consultations<sup>57</sup>. Outre le fait que l'ordre du jour de chaque réunion du CHSCT doit être reçu au moins quinze jours avant la date fixée pour la réunion<sup>58</sup> (alors qu'il n'est que de trois jours pour le CE), la préparation de l'ordre du jour du CHSCT peut s'avérer plus difficile que celle du CE, car l'impossibilité de l'établir conjointement peut être en partie résolue par le mécanisme de l'inscription de plein droit pour ce dernier<sup>59</sup>, alors qu'elle ne peut être réglée que par le juge des référés pour le CHSCT<sup>60</sup>. C'est surtout le déroulement de la procédure qui pose problème dans la pratique. En matière de licenciement économique, l'absence de coordination est patente. L'expert du CE doit en effet remettre son rapport dans un délai de vingt et un jours courant entre la première et la seconde réunion, tandis que, pour le CHSCT, le rapport peut être remis dans un délai de trente à quarante-cinq jours, voire sans limite de temps<sup>61</sup>. Outre le fait que les expertises s'empilent, l'efficacité de l'éventuel accord de méthode risque d'être sérieusement altérée par l'impossibilité d'y englober la procédure devant le CHSCT. Sous réserve des effets que produira la création d'une instance de coordination par la loi du 14 janvier 2013 relative à la sécurisation de l'emploi et la fixation de nouveaux délais, la consultation par établissement peut, dans les entreprises à établissements multiples, contribuer à alourdir la procédure et à rendre encore plus complexe la compréhension et le respect des délais<sup>62</sup>. Dans ce schéma, pourvu que le CHSCT lui-même ou le CE en aient conscience, le CHSCT dispose d'outils redoutables : doté d'une capacité supérieure à celle du CE pour retarder la prise de décision, il peut devenir l'arme privilégiée de la représentation du personnel face à un projet de restructuration. Et ce, d'autant que « le comité d'entreprise est recevable à invoquer dans le cadre de sa propre consultation l'irrégularité de la procédure de consultation préalable du CHSCT »<sup>63</sup>... L'analyse des rapports entre CHSCT et CE à la lumière des quatre modèles proposés<sup>64</sup> permet de déterminer avec quelle efficacité cette arme peut servir.

La même difficulté d'articulation CHSCT-CE se rencontre en présence d'un processus de restructuration mettant en œuvre un transfert de personnel par application de l'article L. 1224-1 du code du travail<sup>65</sup>. Certes, tous les cas de transfert n'impliquent pas la consultation obligatoire des CHSCT concernés (ceux du cédant et du cessionnaire) ; celle-ci devrait toutefois intervenir dans la grande majorité des cas, dès lors que le transfert aura un impact sur les conditions de santé et de sécurité ou sur les conditions de travail. Cela concerne par exemple le changement de lieu de travail, de métier, de méthode ou l'accroissement de la charge de travail. Le stress généré par la restructuration devrait suffire à justifier la consultation du CHSCT. Or il paraît difficile de fondre la procédure de consultation du CHSCT (qui analysera le transfert sous l'angle de la santé et de la sécurité des salariés) dans celle de droit commun applicable en cas de transfert d'entreprise, elle-même déjà complexe. Relevons d'ailleurs que le(s) CHSCT du cédant sera(ont) bien en peine d'apprécier l'impact du transfert à défaut de savoir le sort qui sera réservé par le cessionnaire aux salariés transférés. Dans quelle mesure l'employeur cédant peut-il être responsable du défaut d'information relativement à la situation « post-transfert » ? À défaut d'être informé, le CHSCT du cédant paraît à tout le moins en mesure de refuser de transmettre un avis et/ou d'obtenir la suspension du processus décisionnel<sup>66</sup>.

En tout état de cause et sous réserve de la loi de transposition de l'ANI du 11 janvier 2013 qui devrait contrôler les délais d'expertise, la superposition des procédures a pour conséquence de retarder le projet de la direction. Tel est le cas lorsque le CE diffère son avis jusqu'à ce qu'il ait pu prendre connaissance de l'avis du CHSCT, lequel a décidé de faire procéder à une expertise... qui peut prendre jusqu'à quarante-cinq jours, voire plus (lorsque l'expertise repose sur un motif grave)<sup>67</sup>. *Idem* lorsque le CE, alors même que le CHSCT n'a pas été consulté, attend l'avis de l'expert commandé (soit de la propre initiative du CHSCT, soit par suggestion du CE) par ce dernier. Il se peut d'ailleurs que le CE attende sa dernière réunion pour saisir le CHSCT d'une demande d'expertise. Le juge ne voit pas malice dans ces pratiques<sup>68</sup> qui ne sont, du reste, que l'application des textes. Certes, il est nécessaire de donner du temps à la réflexion, spécialement lorsque les sujets sont complexes et les enjeux, importants. À ce titre, il n'est pas choquant que le CE et le CHSCT, qui ont des champs d'intervention différents, soient nettement dissociés au stade de la procédure.

<sup>57</sup> Voir P.-H. d'Ornano, article précité ; M. Ayadi et O. du Jonchay, précités.

<sup>58</sup> Article R. 4614-3.

<sup>59</sup> Article L. 2325-25.

<sup>60</sup> Voir aussi, en amont, les difficultés liées au refus de l'employeur de convoquer le CHSCT à l'occasion d'un projet de réorganisation de la force des ventes : Soc., 15 janvier 2013, pourvoi n° 11-27.651, *Bull.* 2013, V, n° 11.

<sup>61</sup> Article R. 4614-18 du code du travail. L'article 12 de l'ANI du 11 janvier 2013 prévoit qu'un délai préfix sera laissé aux IRP pour faire connaître leur avis.

<sup>62</sup> Voir *supra*, n° 3.

<sup>63</sup> Soc., 4 juillet 2012, précité.

<sup>64</sup> Voir *supra*, n° 5.

<sup>65</sup> M. Patin, « Information et consultation relative à la santé au travail en cas de transfert d'entreprise », *JCP* 2010, éd. S, n° 1285.

<sup>66</sup> Rappr. l'arrêt Snecma, précité.

<sup>67</sup> Cependant, il a été jugé que « que la désignation d'un expert par le comité d'hygiène et de sécurité en cas de projet important modifiant les conditions de travail prévu par le septième alinéa de l'article L. 236-2 du code du travail ne suspend pas l'exécution de la décision prise par l'employeur jusqu'au dépôt du rapport d'expertise et n'autorise pas le salarié à refuser de l'exécuter » (Soc., 13 février 2008, pourvoi n° 06-44.000). Par ailleurs, l'employeur a, en théorie, la possibilité de contester le délai de l'expertise devant le juge judiciaire (article L. 4614-13).

<sup>68</sup> CA Versailles, 19 mars 2008, *RJS* 11/08, n° 1145 ; CA Paris, 13 mai 2009 n° 08-23442, *RJS* 11/09, n° 863.

## B. - Interrelations entre le CHSCT et les DP

### 8. - DP et CHSCT : intérêts croisés en matière de santé et de sécurité

CHSCT et DP naviguent en eaux voisines. Porteurs des réclamations individuelles et collectives des salariés, les DP peuvent intervenir auprès de l'employeur dans le domaine de la santé et de la sécurité. L'existence d'un CHSCT ne les prive pas de leurs compétences en la matière<sup>69</sup>. D'ailleurs, ils sont en droit d'assister aux réunions du CHSCT<sup>70</sup>, qu'ils peuvent alimenter : « *les délégués du personnel ont qualité pour communiquer les suggestions et observations du personnel sur toutes les questions entrant dans la compétence du [CHSCT]* »<sup>71</sup>. La proximité entre les deux institutions va jusqu'à confier aux DP les missions du CHSCT lorsque celui-ci n'est pas implanté dans l'établissement<sup>72</sup>.

Bien qu'ils soient gardiens des textes relatifs à la santé et à la sécurité des travailleurs<sup>73</sup>, le mode d'action des DP et des CHSCT est différent. Aux premiers, acteurs de proximité, incombe une mission spécifique, celle de présenter des réclamations, tandis que les seconds exercent une double mission plus générale, consistant, d'une part, à contribuer à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs et, d'autre part, à contribuer à l'amélioration des conditions de travail. Cela dit, les évolutions (d'origine légale, jurisprudentielle et sociétale) du CHSCT ont eu pour conséquence de le rapprocher du rôle des DP. D'une organisation dédiée à un rôle technique et organisationnel, le CHSCT s'invite dans l'intimité des salariés : lutte contre le harcèlement, suicide, stress, pénibilité, désarroi, et, plus largement, santé mentale, font partie du noyau de son activité. Les CHSCT interviennent-ils sur des cas individuels ? Il arrive que l'ordre du jour intègre l'analyse de la situation d'un salarié, par exemple victime (alléguée) d'un harcèlement. La jurisprudence montre que des rapports du CHSCT, fondés sur l'analyse de la situation individuelle d'un salarié, peuvent directement influencer sur les demandes individuelles émanant de ce dernier<sup>74</sup>. La question devra être clairement tranchée de savoir dans quelle mesure le CHSCT peut s'emparer de questions individuelles. L'article L. 4612-1 (précisant que le CHSCT contribue à la protection des travailleurs sans limiter son intervention à la protection collective), l'article L. 4612-13 (mentionnant que le CHSCT se prononce sur toute question de sa compétence dont il est saisi par l'employeur) et l'article L. 4612-3 (indiquant que le CHSCT peut proposer notamment des actions de prévention du harcèlement) ne font pas obstacle à l'intrusion du CHSCT dans la sphère individuelle du salarié.

Dans ce contexte, les empiètements se sont multipliés. Le droit d'alerte des DP, étendu par la loi n° 2012-954 du 6 août 2012, illustre ce dépassement des frontières et la quête d'une plus grande proximité du CHSCT par rapport aux salariés.

### 9. - Le droit d'alerte

Un droit d'alerte est confié par la loi aux deux institutions. Aux DP d'abord : « *Si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur* »<sup>75</sup>. Au CHSCT ensuite : « *Le représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, qui constate qu'il existe une cause de danger grave et imminent, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur, en alerte immédiatement l'employeur* »<sup>76</sup>. L'employeur doit alors procéder immédiatement à une enquête avec le représentant du CHSCT qui lui a signalé le danger et prend les dispositions nécessaires pour y remédier.

Nombre de situations<sup>77</sup> sont susceptibles de relever simultanément de la compétence de l'un et de l'autre. La multiplication des sources d'alerte n'est pas en soi critiqueable ; elle peut permettre d'éviter que des situations qui requièrent une réaction rapide de l'employeur ne soient pas ignorées de ce dernier. La divergence des procédures recèle toutefois des difficultés. Ce n'est pas tant la rapidité de l'enquête, consacrée dans les deux cas<sup>78</sup>, qui interroge, que l'articulation des procédures. Si une double alerte a été lancée, l'employeur doit-il mener une ou deux procédures distinctes ? L'urgence de la situation commanderait de fondre les procédures. Toutefois, notamment parce que la fusion des procédures n'est pas toujours possible, rien n'exclut que deux enquêtes puissent se dérouler, l'une, répondant à l'urgence, pouvant nourrir l'autre, qui poursuivra des objectifs plus structurants<sup>79</sup>.

C'est surtout en cas d'inertie de l'employeur, de désaccord sur l'opportunité de l'alerte ou sur la façon de remédier au problème soulevé que les textes offrent des solutions divergentes. Côté DP, en cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le salarié, ou le DP si le salarié intéressé averti par écrit ne s'y oppose pas, saisit le bureau de jugement du conseil de prud'hommes, qui statue selon la forme des référés. Le juge peut alors ordonner toutes mesures propres

<sup>69</sup> Crim., 9 avril 1975, pourvoi n° 74-91.981, *Bull. crim.* 1975, n° 88.

<sup>70</sup> Crim., 7 décembre 1982, pourvoi n° 82-90.370, *Bull. crim.* 1982, n° 278.

<sup>71</sup> Article L. 2313-9.

<sup>72</sup> Article L. 2313-16.

<sup>73</sup> Les DP ont le pouvoir de saisir l'inspection du travail de toutes les plaintes et observations relatives à l'application des dispositions légales dont elle est chargée d'assurer le contrôle ; les CHSCT ont pour mission de veiller à l'observation des prescriptions légales.

<sup>74</sup> Soc., 17 janvier 2013, pourvoi n° 11-24.696 (les membres du CHSCT avaient fait le constat d'une souffrance au travail de la salariée, constat qui devait être utilisé par les juges du fond pour apprécier la demande en dommages-intérêts pour harcèlement moral). Voir aussi Soc., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-27.694, *Bull.* 2012, V, n° 169 : le rapport d'audit étant de nature à établir un manquement de l'employeur à son obligation de prévenir les actes de harcèlement moral, le salarié a obtenu une somme en réparation du préjudice résultant de la violation de l'obligation de prévention du harcèlement moral.

<sup>75</sup> Article L. 2313-2.

<sup>76</sup> Article L. 4131-2. Voir aussi article D. 4132-1 et s.

<sup>77</sup> Pour s'en tenir à la santé mentale des salariés : l'existence de comportements de harcèlement, la mise en place d'enregistrements vidéo à l'insu des salariés ou même une organisation managériale défaillante.

<sup>78</sup> L'employeur doit répondre par une enquête « *menée sans délai* » (DP), tandis qu'il « *procède immédiatement à une enquête* » (CHSCT).

<sup>79</sup> Le règlement intérieur du CHSCT pourrait servir à formaliser cette articulation.

à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d'une astreinte<sup>80</sup>. La procédure a l'avantage de la rapidité. Côté CHSCT, au contraire, le juge de l'urgence n'est pas impliqué. En effet, en cas de divergence sur la réalité du danger ou la façon de le faire cesser, le CHSCT est réuni dans un délai n'excédant pas vingt-quatre heures. L'employeur informe immédiatement l'inspecteur du travail et l'agent du service de prévention de la caisse régionale d'assurance maladie (CRAM), qui peuvent assister à la réunion du CHSCT, convoqué en urgence<sup>81</sup>. À défaut d'accord entre l'employeur et la majorité du CHSCT sur les mesures à prendre et leurs conditions d'exécution, l'inspecteur du travail est saisi immédiatement par l'employeur<sup>82</sup>. Le responsable de la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE), sur le rapport de l'inspecteur du travail constatant une situation dangereuse, peut alors mettre en demeure l'employeur de prendre toutes mesures utiles pour y remédier<sup>83</sup>. Il est alternativement possible pour l'inspecteur du travail de saisir le juge des référés pour que soient ordonnées les mesures propres à faire cesser le risque<sup>84</sup>. La procédure d'alerte du CHSCT, par sa lourdeur, ne paraît pas en mesure de donner tous les gages d'efficacité au regard de l'urgence requise. Cela pourrait conduire à privilégier la stratégie du signalement par le DP. Dans l'hypothèse d'un manque de coordination entre le CHSCT et les DP, se pose la question de savoir comment les deux procédures, si elles étaient menées de manière concomitante, s'articuleraient face à l'inertie ou l'opposition de l'employeur.

En tout état de cause, la complexité des textes pourrait conduire le salarié à privilégier l'exercice du droit de retrait, plutôt que de solliciter les IRP<sup>85</sup>, et ce, d'autant que l'exercice par un salarié de son droit d'alerte ou de retrait n'est pas subordonné à la mise en œuvre de la procédure prévue par l'article L. 4131-2 du code du travail<sup>86</sup>. Du reste, la pratique tend à monter que le DP, ignorant de son droit d'alerte, n'en fait que rarement usage.

Dans ses relations avec le CE et avec le DP, le CHSCT montre l'étendue de ses prérogatives : au plus près des salariés quand il dispose du droit d'alerte, vers le cœur des décisions stratégiques de l'entreprise quand il accompagne le CE. On peut pourtant douter que le CHSCT ait les moyens de ce grand écart. Le recours à l'expert est-il une solution appropriée ?

## II. - Enjeux et difficultés du recours à l'expert<sup>87</sup>

Le CHSCT peut recourir à un expert dans deux situations :

1° Lorsqu'un risque grave, révélé ou non par un accident du travail, une maladie professionnelle ou à caractère professionnel, est constaté dans l'établissement ;

2° En cas de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail, prévu à l'article L. 612-8<sup>88</sup>. L'une des évolutions marquantes du CHSCT est l'afflux du recours aux expertises. Les explications de ce phénomène ne manquent pas : l'absence de moyens propres à l'institution et la grande technicité des problèmes soulevés, surtout depuis la révélation des risques psychosociaux ; le fait que les textes donnent au CHSCT la capacité de décider seul du recours à l'expertise (l'accord du chef d'entreprise ou d'établissement n'étant pas nécessaire)<sup>89</sup> ; le refus de l'employeur de consulter le CHSCT, l'expertise étant alors utilisée comme une technique pour combattre ce refus. Ces raisons peuvent être associées à la volonté du CHSCT (ou du CE) de freiner les processus de restructuration en cours. Intention dilatoire ou pas, le recours à l'expertise par le CHSCT permet au CE d'attendre les résultats avant de se prononcer<sup>90</sup>. Les opérations de restructuration qui seraient mises en œuvre avant les résultats de l'expertise seraient sous la menace judiciaire d'une suspension lorsqu'elles sont de nature à compromettre la santé et la sécurité des travailleurs<sup>91</sup>. Citons l'exemple récent de la FNAC, dont le projet de réorganisation *via* un PSE a été suspendu par la cour de Paris, dans l'attente de la transmission au CHSCT des éléments permettant d'évaluer les transferts de charge de travail consécutifs à l'organisation de travail envisagée<sup>92</sup>.

La Cour de cassation, qui accompagne l'essor du CHSCT<sup>93</sup>, s'attache à préciser le régime de l'expertise. De nombreux arrêts récents témoignent des enjeux et difficultés<sup>94</sup>. Même si le seul fait d'être consulté ne donne pas droit au CHSCT à solliciter un expert<sup>95</sup>, la pratique tend à démontrer que le recours à l'expertise est largement facilité par les juges du fond. La jurisprudence continue cependant de susciter le doute sur les cas dans lesquels la demande d'expertise est recevable (A) et invite à se questionner sur la place de l'expertise dans l'exercice des missions du comité (B).

<sup>80</sup> Article L. 2313-2. Soc., 17 juin 2009, pourvoi n° 08-40.274, *Bull.* 2009, V, n° 153. En revanche, le délégué du personnel n'a pas le pouvoir d'agir en nullité des licenciements prononcés par l'employeur à la suite d'une atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles (Soc., 10 décembre 1997, pourvoi n° 95-42.661, *Bull.* 1997, V, n° 434).

<sup>81</sup> Article L. 4132-3.

<sup>82</sup> Article L. 4132-4. Le directeur départemental du travail, sur le rapport de l'inspecteur du travail constatant une situation dangereuse, peut mettre en demeure l'employeur de prendre toutes mesures utiles pour y remédier (article L. 4721-1).

<sup>83</sup> Article L. 4721-1.

<sup>84</sup> Articles L. 4132-4 et L. 4732-1.

<sup>85</sup> En ce sens, B. Teyssié, « Les missions du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail », *JCP* 2007, éd. S, n° 1441.

<sup>86</sup> Soc., 10 mai 2001, pourvoi n° 00-43.437.

<sup>87</sup> I. Teraud, « Expliquer l'information : la montée en puissance de l'expertise », *Droit social* 2013, p. 121.

<sup>88</sup> Article L. 4614-12. Notons que le CHSCT peut faire appel à un expert en cas de risques technologiques (article L. 4523-5).

<sup>89</sup> Sauf abus manifeste, le juge n'a pas à contrôler le choix de l'expert auquel le CHSCT a décidé de faire appel (Soc., 11 février 2004, pourvoi n° 02-10.862 ; Soc., 18 décembre 2012, pourvoi n° 11-17.634).

<sup>90</sup> M. Ayadi et O. du Jonchay, précités.

<sup>91</sup> Voir arrêt Snecma, précité. Pour d'autres exemples, P. Morvan, *Restructurations en droit social*, 3<sup>e</sup> éd., 2013, Lexis-Nexis, n° 590.

<sup>92</sup> Voir I. Teraud, précité.

<sup>93</sup> Cf. *Rapport* 2011.

<sup>94</sup> Sur la jurisprudence des derniers mois, J.-B. Cottin, « Expertise du CHSCT : précisions récentes de la Cour de cassation », *Semaine sociale Lamy*, 11 février 2013, n° 1571.

<sup>95</sup> Soc., 25 juin 2003, pourvoi n° 01-13.826, *Bull.* 2003, V, n° 211.

## A. - Le périmètre incertain du recours à l'expertise

La tentation est grande pour le CHSCT (éventuellement sollicité par le CE) de saisir l'opportunité du recours à l'expertise, d'autant que les frais sont à la charge de l'employeur<sup>96</sup>. Ce dernier dispose seulement de la faculté que lui donne la loi de saisir le tribunal de grande instance s'il entend contester la nécessité de l'expertise, la désignation de l'expert, le coût, l'étendue ou le délai de l'expertise<sup>97</sup>. C'est à l'occasion de tels conflits que les tribunaux ont précisé les deux situations légales dans lesquelles le recours à l'expert est justifié : un projet important ou un risque grave.

### 10. - Qu'est-ce qu'un « projet important »<sup>98</sup> ?

La difficulté de définition est majeure, d'autant qu'en présence d'un projet ayant ce qualificatif, l'employeur ne peut pas contester le recours à l'expertise par le CHSCT<sup>99</sup>. Elle est en réalité double, car les deux termes sont imprécis.

Qu'est-ce qu'un projet ? Le projet renvoie à des décisions ou des actes qui précèdent la prise de décision. Par exemple, un document présentant de manière précise les modalités d'un regroupement de sites et le délai dans lequel il s'effectuera est un projet. La difficulté surgit lorsqu'il s'agit de qualifier des situations intermédiaires qui se situent en amont d'un projet abouti et formalisé. Ainsi, *quid* d'actes préparatoires consistants (ou encore « pré-projets ») qui, sans être précis et achevés, témoignent d'une volonté certaine d'agir dans un délai déterminé, même si la forme de l'action n'est pas définitivement arrêtée ? On pourrait être tenté de les considérer comme des projets au sens de l'article L. 4614-12 en raison de la mission de prévention jouée par le CHSCT : l'expertise aura alors pour finalité d'infléchir le « pré-projet », de l'amender, voire de susciter son abandon. Pour soutenir cette interprétation, on procédera à une comparaison avec le périmètre de l'information-consultation du CE : « *un projet ou des orientations, même formulés en des termes généraux, doivent être soumis à consultation du comité d'entreprise lorsque leur objet est assez déterminé pour que leur adoption ait une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, peu important qu'ils ne soient pas accompagnés de mesures précises et concrètes d'application* »<sup>100</sup>. En l'adaptant à l'exemple cité plus haut, un courrier de l'employeur adressé aux salariés dans lequel il expliquerait que sera mis en œuvre, dans les prochains mois, une réorganisation avec fermeture d'un site désigné ne serait pas qualifié de projet. De même, une simple étude préalable à la mise au point d'un avant-projet ou d'un projet éventuel n'est pas un projet et, de ce fait, ne peut être expertisée par le CHSCT<sup>101</sup>. Cette analyse se rapproche de la position de l'administration, qui, à propos de la consultation du CE concernant l'introduction de nouvelles technologies, estime qu'« *une esquisse, les propositions d'un bureau d'études, ne sont pas assimilables à un projet, qui doit être suffisamment élaboré* »<sup>102</sup>. Du reste, à défaut d'éléments tangibles, on ne voit pas quelle expertise pourrait être menée. Il faut néanmoins reconnaître que même en classant les actions en fonction du degré de certitude et de précision des intentions de l'employeur, l'application concrète à chaque cas, c'est-à-dire la recherche de la qualification de « projet », ne manquera pas de soulever des problèmes<sup>103</sup>. À l'autre extrémité du processus, le projet cesse de pouvoir être qualifié comme tel lorsqu'il devient décision, ce qui se matérialise, à l'évidence, lorsqu'il commence à être mis à exécution, mais probablement aussi lorsque tout est organisé et planifié à court terme pour sa mise en œuvre.

Le moment auquel le CHSCT saisit l'expert est crucial. La tentation peut être de retarder l'expertise jusqu'au dernier moment, afin de repousser la prise de décision. Le risque est toutefois que le projet, complètement mûr pour la direction, ne soit plus en état d'être amendé, sauf à la marge. L'expertise ne doit pas non plus survenir trop tôt : faute d'éléments suffisants sur le projet en cours de préparation, le rapport pourrait ne pas avoir l'incidence escomptée. Sous réserve de l'articulation des procédures entre le CHSCT et le CE, l'article L. 4614-12 n'interdit pas que des expertises se succèdent sur un processus en cours, spécialement s'il est complexe... Une double expertise pourrait ainsi se justifier lorsque le projet est profondément modifié en cours de route ou lorsqu'il présente de multiples aspects. Il reste que l'employeur peut saisir le juge judiciaire s'il entend contester la nécessité de l'expertise<sup>104</sup>.

Qu'est-ce qu'un projet important ? L'importance est une notion relative<sup>105</sup>. La jurisprudence afférente aux conditions du recours à l'expertise par le CHSCT, parfois hésitante, le confirme. La Cour de cassation a ainsi été amenée à faire évoluer sa ligne. Après avoir jugé qu'entraînait dans cette catégorie « *un projet de réorganisation des tâches entraînant des modifications dans les conditions de travail d'un nombre significatif de salariés et conduisant, sur le plan qualitatif, à un changement déterminant des conditions de travail* »<sup>106</sup> et estimé qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement la nécessité de recourir à une mesure d'expertise<sup>107</sup>, elle a corrigé son analyse dans une affaire où plusieurs CHSCT avaient décidé de recourir à une mesure d'expertise

<sup>96</sup> Voir en dernier lieu Soc., 15 janvier 2013, pourvoi n° 11-27.679, *Bull.* 2013, V, n° 10 : « *le CHSCT n'ayant commis aucun abus, les honoraires d'avocat exposés à l'occasion de la procédure devaient être supportés par l'employeur et [...] il lui appartenait d'inviter le CHSCT à en préciser le montant* ».

<sup>97</sup> Article L. 4614-13.

<sup>98</sup> M. Caron et P.-Y. Verkindt, « La notion de projet important justifiant la demande d'expertise du CHSCT », *Droit social* 2012, p. 383 ; M. Ayadi et O. du Jonchay, précités.

<sup>99</sup> Soc., 18 décembre 2012, pourvoi n° 11-17.634.

<sup>100</sup> Soc., 18 juin 2003, pourvoi n° 01-21.424.

<sup>101</sup> En ce sens, CA Nancy, 25 juin 1996, *RJS* 11/96, n° 1182.

<sup>102</sup> Circulaire DRT n° 12, 30 novembre 1984 : cf. point 1.5.

<sup>103</sup> À l'autre extrémité de la ligne du temps, le juge judiciaire adopte des solutions qui, n'étaient en jeu les prérogatives du comité en matière de santé-sécurité, seraient plus difficiles à soutenir : relèvement de l'expertise des projets qui n'existent plus par le fait qu'ils se sont mués en décision de l'employeur. Voir Soc., 24 octobre 2000, pourvoi n° 98-18.240, *Bull.* 2000, V, n° 345.

<sup>104</sup> Article L. 4614-13.

<sup>105</sup> M. Caron et P.-Y. Verkindt, précités.

<sup>106</sup> Soc., 14 février 2001, pourvoi n° 98-21.438, *Bull.* 2001, V, n° 54.

<sup>107</sup> Soc., 3 avril 2001, pourvoi n° 99-14.002, *Bull.* 2001, V, n° 121 ; Soc., 25 juin 2003, pourvoi n° 01-13.826, *Bull.* 2003, V, n° 211.



aux fins d'apprécier les conséquences d'un projet emportant réorganisation du service commercial. La demande d'annulation de ces délibérations ayant été accueillie par le tribunal de grande instance statuant en référé puis par la cour d'appel de Lyon, les CHSCT s'étaient pourvus en cassation. Le pourvoi est rejeté :

« Si le nombre de salariés concernés ne détermine pas, à lui seul, l'importance du projet, la cour d'appel, qui a constaté, en l'espèce, que le projet en cause n'était pas de nature à modifier les conditions de santé et de sécurité des salariés ou leurs conditions de travail, a pu statuer comme elle a fait »<sup>108</sup>.

La prise du contrôle du concept de « projet important » est ici utilisée pour affirmer que le nombre de salariés concernés n'est pas (plus) un critère décisif de l'importance, et ce, en dépit de l'analyse de l'administration du travail<sup>109</sup>. Ce n'est pas tant le nombre de salariés impactés que l'incidence sur chacun des salariés qui détermine si le projet est important ou ne l'est pas, ce que d'autres décisions confirment. Par exemple, a été jugé important un projet concernant seulement douze salariés, dès lors que la fabrication des nouveaux produits envisagés nécessitait des manipulations plus difficiles<sup>110</sup>. La limite à ne pas franchir serait celle du projet ne concernant qu'un seul salarié : il ne justifierait pas le recours à l'expertise car, si le nombre de salariés n'est pas décisif, encore faut-il que le projet ait une portée collective, au moins potentiellement<sup>111</sup>.

Où sont les certitudes sur ce qu'est (ou n'est pas) un projet important ? Un projet de restructuration entraînant un transfert de salariés peut donner lieu à une expertise, quand bien même les conditions de travail concernent un petit nombre d'entre eux (une vingtaine seulement risquait d'être affectée)<sup>112</sup>. Mais l'expertise peut se glisser partout : l'introduction, dans le règlement intérieur, de dispositions pour le dépistage de produits stupéfiants (car il s'agit d'un projet important de nature à affecter les conditions de travail)<sup>113</sup>, l'augmentation du nombre des périodes d'astreintes<sup>114</sup>, le changement d'horaires affectant les salariés postés<sup>115</sup>, le recours à la sous-traitance<sup>116</sup>, la réorganisation des forces de vente<sup>117</sup>, voire la négociation d'un accord dans l'entreprise. L'importance n'est contestée qu'à des conditions rarement atteintes. Ainsi, le projet réorganisant certains services d'une grande surface alimentaire et introduisant une plus grande polyvalence ne justifie pas le recours à l'expert car il s'agit d'un projet de réorganisation « n'ayant d'incidence ni sur la rémunération, ni sur les horaires, ni sur les conditions de travail des salariés »<sup>118</sup>. Stricte application de la loi qui évoque un « projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail ».

Même s'ils sont placés sous un contrôle plus étroit de la Cour régulatrice, les juges du fond jouent un rôle décisif dans la classification des projets selon leur importance. Ils se montrent favorables au recours à l'expertise<sup>119</sup>, tendance renforcée par la montée en puissance des risques psychosociaux<sup>120</sup>. Ainsi, l'introduction dans l'entreprise d'un système d'évaluation des salariés justifie le recours à un expert<sup>121</sup>. Pour la cour de Versailles, « la mesure d'expertise à laquelle a recouru le CHSCT en présence d'un projet important qui lui a été présenté sous une forme très succincte contribue à l'exécution de sa mission, dans laquelle entre notamment la protection de la santé physique et mentale des salariés et l'évaluation des risques professionnels auxquels les salariés peuvent être exposés ».

Si l'on trace de grandes catégories, l'évaluation des salariés, l'introduction de nouvelles technologies, les restructurations internes et externes (avec changement de lieu de travail, d'outil de travail, de méthode de travail, avec changement d'employeur) sont le plus souvent rangées dans la catégorie des projets importants. Les considérations récentes pour la santé mentale des salariés accentuent la prise des CHSCT sur les projets de l'entreprise. Mais ce n'est pas systématiquement le cas : ne justifient pas une expertise la mise en œuvre d'un système de géolocalisation ; la décision d'implantation d'un logiciel informatique constituant une version améliorée d'un logiciel déjà en application ; la suppression d'un poste, à la suite du départ à la retraite de son titulaire, et son transfert sur un autre site, ou encore une redistribution et un réaménagement de bureaux au sein d'un même bâtiment. La clé du litige dépendra d'une première analyse de l'ampleur de l'impact du projet sur les conditions de santé et de sécurité des salariés ou de leurs conditions de travail. Elle dépendra aussi de savoir si le projet est temporaire ou pérenne. Autant dire que, hormis ce dernier critère (provisoire/permanent), l'appréciation est subjective, donc source d'insécurité juridique.

## 11. - Qu'est-ce qu'un risque grave ?

La notion de « risque grave », autre motif légal de recours à l'expertise, génère le même type de critiques, d'autant qu'il relève pour l'essentiel de l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>122</sup>. Les cadres posés par la Cour de

<sup>108</sup> Soc., 10 février 2010, pourvoi n° 08-15.086, *Bull.* 2010, V, n° 40, *JCP* 2010, éd. S, n° 1142, obs. J.-B. Cottin.

<sup>109</sup> Circulaire DGT du 25 mars 1993, précitée : « cas où la modification des conditions de travail qui est envisagée concerne un nombre significatif de salariés et conduit, sur le plan qualitatif, à un changement déterminant des conditions de travail des salariés concernés ».

<sup>110</sup> CA Versailles, 23 juillet 1997, RG n° 4179/97 : cité par J.-B. Cottin, *JCP* 2010, éd. S n° 1142.

<sup>111</sup> Soc., 8 février 2012, pourvoi n° 11-10.382, *Bull.* 2012, V, n° 70.

<sup>112</sup> Par ex., Soc., 29 septembre 2009, pourvoi n° 08-17.023, *Bull.* 2009, V, n° 211, *JCP* 2009, éd. S, n° 1586 ; Soc., 26 janvier 2012, pourvoi n° 10-20.353.

<sup>113</sup> Soc., 8 février 2012, pourvoi n° 11-10.382, *Bull.* 2012, V, n° 70.

<sup>114</sup> Soc., 12 décembre 2001, pourvoi n° 99-18.980.

<sup>115</sup> Soc., 24 octobre 2000, précité.

<sup>116</sup> CA Versailles, quatorzième chambre, 4 janvier 2006, RG n° 05/07820.

<sup>117</sup> CA Versailles, 17 janvier 2007, RG n° 05/7771.

<sup>118</sup> Soc., 4 mai 2011, pourvoi n° 09-66.556.

<sup>119</sup> P.-Y. Verkindt, « La montée en puissance du CHSCT », précité.

<sup>120</sup> L'ANI sur le stress au travail précise que « lorsque l'entreprise ne dispose pas de l'expertise requise, elle fait appel à une expertise externe conformément aux législations, aux conventions collectives et aux pratiques européennes et nationales, sans obérer le rôle du CHSCT ».

<sup>121</sup> CA Rouen, 19 octobre 2010, pourvoi n° 09-5096, *RJS* 3/11, n° 208 ; CA Versailles, 8 novembre 2006, précité.

<sup>122</sup> Soc., 3 avril 2001, précité : le CHSCT, avait, en raison du suicide d'un salarié et d'accidents de la circulation ayant touché des membres du personnel lors de déplacements liés à l'implantation de leurs sites d'activité, adopté une résolution demandant une expertise.

cassation sont minces. On sait que le risque grave doit se produire dans l'établissement<sup>123</sup>. On sait également que l'activité par nature dangereuse de l'entreprise ne suffit pas à justifier le recours à l'expert<sup>124</sup> ; de même, un évènement isolé peut ne pas caractériser un risque grave<sup>125</sup>. Pour le reste, une condition revient souvent dans de nombreuses décisions des juridictions de fond : si le risque grave n'exige pas la survenance d'un accident, l'existence d'un risque doit être objectivement constatée<sup>126</sup>. La probabilité de survenance du risque ne suffit pas ; la gravité du risque se mesure « par l'importance des dommages prévisibles »<sup>127</sup>. De simples impressions ou un climat général ne sauraient suffire s'ils ne sont pas étayés par des éléments plus précis. Autrement dit, le sentiment qu'il y a ou pourrait y avoir un risque grave ne suffit pas. Par exemple, la situation de tension chronique extrême existant au sein de l'établissement a constitué un risque grave parce qu'elle était génératrice de troubles chez plusieurs salariés<sup>128</sup>. Inversement, n'est pas un risque grave un sentiment diffus de crainte ou d'anxiété sur l'avenir de l'entreprise, une considération générale relative à une dégradation des relations sociales, le suicide d'un salarié, l'existence d'un conflit entre la direction et certains salariés. Ce qui importe, c'est la capacité à établir objectivement, par des éléments concrets, l'existence d'un risque grave.

Tout est donc affaire d'espèce, d'autant que l'appréciation de la gravité repose sur des critères forcément subjectifs.

En pratique, le risque grave peut être caractérisé à propos de tout type de situation : des problèmes de bruits intempestifs, l'organisation du travail de nuit, l'utilisation de produits dangereux, des situations de souffrance au travail caractérisées par des pressions et harcèlements de l'encadrement peuvent être des risques graves<sup>129</sup>. Cette incapacité à formaliser ce qu'est le risque grave, par opposition à ce que n'est pas un risque ou ce qu'est un risque non grave, est source de grande insécurité juridique pour les parties. Le CHSCT, désarmé face à des propos, des comportements ou des situations qu'on lui rapporte, préférera diligenter une expertise, au risque de s'engager dans un conflit avec l'employeur sur son « droit à l'expertise », conflit dont il n'a pas grand-chose à craindre.

Les incertitudes liées à l'interprétation des notions de « risque grave » et de « projet important » peuvent inciter le CHSCT à tirer avantage de la confusion<sup>130</sup>. Un même évènement peut en effet, en fonction du contexte, s'apparenter aux deux notions. Or le régime juridique de l'expertise n'est pas le même selon le motif qui le sous-tend<sup>131</sup>. Pour s'affranchir des délais d'expertise, en particulier si l'objectif du CHSCT (ou du CE) est de retarder la prise de décision, il est préférable de se placer sur le terrain du risque grave...

## B. - Interrogations sur la place de l'expertise dans l'activité des CHSCT

### 12. - Les limites à l'action de l'expert

Indépendamment des difficultés propres au droit de recourir à l'expertise et au-delà du choix stratégique « risque grave »/« projet important », le lien entre le CHSCT et l'expert mérite d'être étudié. L'expert, parfois syndicalement engagé et pour qui les CHSCT sont un marché<sup>132</sup>, ne menace-t-il pas d'exercer une influence trop importante et de déposséder le CHSCT des prérogatives qui lui appartiennent et qu'il doit (et pas seulement « peut ») exercer ? L'affirmation au détour d'un jugement retient l'attention : le CHSCT n'est pas censé « déléguer à un expert ses attributions, ni remédier à une carence ou à une abstention de sa part dans l'exercice de sa réflexion, de sa documentation ou dans la formulation de sa pensée ». En d'autres termes, l'expert ne doit pas se substituer au CHSCT, qui doit exercer pleinement sa mission<sup>133</sup>. Dans le même ordre d'idée, il est affirmé que l'expert étant un technicien dont la mission est d'éclairer celui qui y a recours sur une question spécifique par l'apport d'un savoir technique, il n'a pas pour objet de suppléer les pouvoirs d'analyse des risques professionnels, d'inspection ou d'enquête dont dispose le CHSCT<sup>134</sup>. Pour une autre cour d'appel, l'appel à l'expert doit être l'ultime recours, lorsque l'entreprise n'a pas apporté de réponse satisfaisante<sup>135</sup>.

Il n'est pas certain que ces précautions soient toujours suivies d'effets dans la pratique. Comment, en effet, un comité composé en petit nombre, mal formé et confronté à des problèmes hautement complexes, peut-il saisir tous les enjeux ? Surtout, l'expertise doit être faite de telle manière que le CHSCT soit en capacité de comprendre le rapport et de se l'approprier, afin d'exprimer un avis utile qui pourra être exploité par le CE. Cela implique que le rapport d'expertise soit assimilé par le CHSCT, qui doit donc être en mesure de prendre le temps nécessaire à cette fin. Le comité doit être capable, sur la base du rapport, de rédiger un avis éclairé, qui ne se résume pas à un « copier-coller ». La capacité de compréhension du rapport d'expertise est essentielle, car c'est aussi ce qui permettra au CHSCT de détecter si le rapport est insuffisant, et ce alors que l'employeur n'aura en pratique pas la possibilité d'en contester la qualité devant le juge dès lors que l'expert est agréé<sup>136</sup>.

<sup>123</sup> Soc., 3 avril 2001, pourvoi n° 99-14.002.

<sup>124</sup> Soc., 15 janvier 2013, précité.

<sup>125</sup> Soc., 10 mai 2012, pourvoi n° 10-24.878.

<sup>126</sup> J.-B. Cottin, ouvrage précité.

<sup>127</sup> Soc., 19 décembre 2012, pourvoi n° 11-11.799.

<sup>128</sup> CA Versailles, 24 novembre 2004, RG n° 04-7486, *RJS* 7/05, n° 753.

<sup>129</sup> M. Patin, « Panorama jurisprudentiel sur l'expertise du CHSCT (2010/2011) », *JCP* 2011, éd. S, 1437.

<sup>130</sup> Voir M. Caron et P.-Y. Verkindt, précités ; M. Ayadi et O. du Jonchay.

<sup>131</sup> Le délai de quarante-cinq jours pour faire l'expertise ne s'applique que lorsqu'il est fait appel à un expert agréé au titre d'un projet important.

<sup>132</sup> Sur la tentative des cabinets d'expertise de limiter l'impact de l'ANI du 11 janvier 2013 sur le processus législatif de transposition en cours, voir *Gestion sociale*, 28 février 2013.

<sup>133</sup> TGI Nanterre, référé, 9 mai 2006, RG n° 06/00775. Cité par P.-Y. Verkindt, « La montée en puissance du CHSCT », article précité.

<sup>134</sup> CA Paris, 23 juin 2010, RG n° 09/17448.

<sup>135</sup> CA Bourges, 3 mars 2011, RG n° 10/01306.

<sup>136</sup> Le président du tribunal de grande instance statue en urgence sur les contestations de l'employeur relatives à la nécessité de l'expertise, la désignation de l'expert, le coût, l'étendue ou le délai de l'expertise (article R. 4614-19) : n'est pas visée la qualité du rapport. Voir Soc., 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-16.676, *Bull.* 2009, V, n° 183. Cependant, le juge peut réduire le montant des honoraires au vu du travail effectivement réalisé par l'expert (Soc., 15 janvier 2013, pourvoi n° 11-19.640, *Bull.* 2013, V, n° 12).

Cette difficulté se conjugue avec le problème lié à la confidentialité des informations qui circulent entre la direction, l'expert, le CHSCT et les salariés<sup>137</sup>. L'expert est en principe en droit d'obtenir tous les documents nécessaires à sa mission et, s'il est tenu à une obligation de secret et de discrétion<sup>138</sup>, celle-ci peut-elle être effective ? Ainsi, l'expert peut-il opposer le secret au CHSCT pour lui dissimuler une information ? Mal exercées, mal maîtrisées ou mal comprises, elles peuvent semer un trouble injustifié dans l'entreprise, surtout si le CHSCT est lui-même débordé par la complexité du dossier.

En tant qu'organe d'expression collective, le CHSCT ne doit pas se voir confisquer son autorité par un tiers tout en maîtrisant ce que ce dernier lui rapporte. Indirectement, c'est le CE qui risque d'être contaminé, puisque son avis sur le projet peut dépendre de l'expertise. Rappelons que la Cour de cassation est sensible au fait que l'avis du CHSCT résulte d'une décision prise à l'issue d'une délibération collective<sup>139</sup>.

### 13. - Conclusion

Le CHSCT joue aujourd'hui un rôle clé. En connivence avec le CE, sous son influence ou au contraire en position de *leadership*, le CHSCT se pose à la fois en maître du temps et de la technique. Mais on pourrait aussi considérer, en raison de ses propres insuffisances, qu'il est sous la dépendance de l'expert.

Cette contribution rejoint un avis largement partagé, selon lequel les textes sur le CHSCT doivent être réécrits. La création de l'instance de coordination dans le cadre de la loi du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi ne règle qu'une toute petite partie des difficultés, en permettant, dans certains conditions, une expertise commune lorsque plusieurs établissements sont concernés par un projet. Mais cela n'est pas suffisant pour une réforme efficace. Quelques grandes options s'ouvrent<sup>140</sup>. La première consiste à refondre le CHSCT dans le CE<sup>141</sup>, opération qui pourrait d'ailleurs s'accompagner d'une refonte globale des IRP. L'avantage de cette solution serait de redonner de la cohérence au processus d'information-consultation, en particulier lors des opérations de restructuration. Au lieu de discuter séparément sur un même sujet et dans des temporalités différentes, le projet serait appréhendé dans sa globalité, c'est-à-dire dans ses dimensions économiques et sociales, et en lien avec son impact sur les conditions de travail. Moins de consultations, moins d'expertises, ne nuirait pas forcément à la qualité du processus d'information-consultation. La seconde option consiste à réformer le CHSCT sans toucher à son intégrité : il faut alors revoir la composition de l'institution, son périmètre d'implantation, les moyens qui lui sont attribués et retravailler l'articulation avec les autres IRP<sup>142</sup> ainsi qu'avec les représentants syndicaux. Point crucial : les modalités de formation des membres doivent être revues. Privé d'une réelle expertise, le CHSCT est actuellement engagé dans un jeu de rôle complexe et opaque avec les autres IRP, le médecin du travail et les experts qu'il désigne. Quelle que soient les orientations prises, elles devront rendre compte des contraintes du droit de l'Union européenne. La directive 2002/14 du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs exige ainsi que : « *Lors de la définition ou de la mise en œuvre des modalités d'information et de consultation, l'employeur et les représentants des travailleurs travaillent dans un esprit de coopération et dans le respect de leurs droits et obligations réciproques, en tenant compte à la fois des intérêts de l'entreprise ou de l'établissement et de ceux des travailleurs* ». La Cour de justice est attachée à l'effet utile de l'information-consultation des travailleurs<sup>143</sup>. De même, la directive 98/59 du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs dispose que : « *Lorsqu'un employeur envisage d'effectuer des licenciements collectifs, il est tenu de procéder, en temps utile, à des consultations avec les représentants des travailleurs en vue d'aboutir à un accord* ». La temporalité de la consultation doit se combiner avec l'objectif de celle-ci, qui est d'aboutir à un accord.

Quelle que soit la voie choisie, il faudra trancher des questions essentielles. Le régime de l'expertise en est une ; il y a aussi les prérogatives à confier aux IRP en matière de santé et de sécurité. Posons ici deux questions :

1° Faut-il conférer aux IRP un véritable droit de veto au projet de l'entreprise si la santé et la sécurité des salariés ne sont pas respectées ? L'appel est tentant et la pratique judiciaire pas si éloignée de ce résultat depuis l'arrêt Snecma du 5 mars 1988 (préc.)... Un contentieux récent montre l'audace des juges, qui ont reconnu la recevabilité d'un CHSCT à saisir le juge pour demander la suspension ou l'annulation d'un projet de réorganisation sous l'angle des risques psychosociaux<sup>144</sup>...

2° Faut-il conférer aux IRP le droit de faire cesser le travail si les salariés sont en danger<sup>145</sup> ?

<sup>137</sup> Sur cette question, I. Teraud, précité.

<sup>138</sup> Article L. 4614-13.

<sup>139</sup> Soc., 10 janvier 2012, pourvoi n° 10-23.206, *Bull.* 2012, V, n° 7.

<sup>140</sup> Pour une présentation plus complète, F. Favennec-Héry, article précité.

<sup>141</sup> En ce sens, B. Teyssié, J.-F. Césaró et A. Martinon, « Du CHSCT à la commission santé et sécurité du comité d'entreprise », *JCP* 2010, éd. S, 1291.

<sup>142</sup> Commission de réflexion sur la souffrance au travail, 16 décembre 2009.

<sup>143</sup> CJCE, 18 janvier 2007, aff. C-385/05, CGT et al. c/ Premier ministre, ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement.

<sup>144</sup> CA Paris, pôle 6, deuxième chambre, 13 décembre 2012, RG n° 12/17589 et 12/17601, *Semaine sociale Lamy* 2012, n° 1565.

<sup>145</sup> Ce que la jurisprudence dénie en l'état des textes : Soc., 15 mai 1991, pourvoi n° 88-42.744.

## *Débats autour de la troisième table ronde : le CHSCT*

### **Intervenants :**

Marc Véricel  
Laurence Pécaut-Rivolier  
Jean-Philippe Lhernould  
Olivier Dutheilhet de Lamothe  
Alexandre Linden  
Yves Struillou

### **M. le professeur Véricel :**

Parmi les institutions représentatives du personnel, le CHSCT apparaît comme une curiosité, en particulier quant à son mode de désignation.

Du fait de la crise économique et de la nécessité, pour les entreprises, de demeurer concurrentielles, cette institution tend à jouer un rôle de plus en plus important, notamment s'agissant des mesures d'organisation du travail, qui peuvent apparaître dangereuses pour la santé et la sécurité des salariés.

La jurisprudence de la Cour de cassation est intéressante et devrait donc être développée, avec notamment l'obligation de consulter le CHSCT pour les mesures d'organisation du travail susceptibles d'affecter la santé et la sécurité des salariés.

Le problème est que plus on élargit le rôle et le champ de compétence du CHSCT, plus on alourdit la procédure pour les entreprises. Le défi est donc, pour la jurisprudence, de concilier un renforcement du rôle du CHSCT avec le souci d'éviter de générer des procédures trop lourdes pour les entreprises.

### **Mme la conseillère référendaire Pécaut Rivolier :**

La Cour de cassation a atteint les limites de ce qu'elle pouvait faire s'agissant du CHSCT, et une intervention du législateur s'avère nécessaire.

La Cour de cassation est tiraillée entre la nécessité de donner les moyens au CHSCT pour qu'il puisse remplir les missions qui sont les siennes, et l'exigence de ne pas trop peser sur le fonctionnement des entreprises. Le législateur doit s'emparer de cette problématique et dire ce qu'il souhaite s'agissant du rôle exact que doit jouer le CHSCT, en tranchant en particulier la question de son patrimoine propre, dont il est actuellement dépourvu.

Nous sommes actuellement saisis d'une question qui montre le blocage du système actuel : une expertise a été demandée par un CHSCT, contestée devant le président du tribunal de grande instance, qui en a confirmé le principe. L'expert a réalisé sa mission, mais, en appel, la décision de recourir à un expert a été infirmée. Qui doit prendre en charge les honoraires de l'expert ? Puisque ce ne peut pas être le CHSCT quelle que soit la décision, elle risque d'être vécue comme absurde et injuste.

### **M. le professeur Lhernould :**

Le règlement européen insiste sur cette idée d'équilibre délicat à trouver pour permettre au CHSCT de remplir ses missions sans trop peser sur le fonctionnement des entreprises. Il faut s'en inspirer.

### **M. le président Dutheilhet de Lamothe :**

Je voulais souligner deux points :

le premier point, c'est la très grande sensibilité des questions relatives au CHSCT actuellement, on en a eu une démonstration à propos de la transposition de l'accord national interprofessionnel : il y avait un article de cet accord qui concernait le CHSCT et qui créait une instance de coordination quand une opération de restructuration concernait plusieurs établissements, afin d'éviter une multiplication des consultations et, surtout, une multiplication des expertises ; c'est le seul point sur lequel le gouvernement a dû modifier son projet alors qu'il était devant le Conseil d'État. En effet, il avait fait une interprétation assez extensive de l'article de l'ANI, en considérant que l'instance de coordination se substituerait à la consultation des CHSCT et à la désignation éventuelle d'experts. La CFDT, le principal syndicat signataire, a beaucoup protesté contre cette interprétation de l'accord, non sans raison, car l'accord s'était borné à créer une instance de coordination pour la désignation d'un expert, pour éviter des expertises multiples. Finalement, on a trouvé une formule moyenne : l'instance ne sera obligatoire qu'en cas de désignation d'un expert et elle ne pourra se substituer à la consultation des CHSCT que s'il y a un accord complétant sa mission sur ce point.

Deuxième point : à cette occasion il y a eu un débat approfondi, devant le comité d'orientation des conditions de travail, entre les organisations syndicales et qui a montré un très grand désarroi et une incertitude sur le niveau pertinent du CHSCT. Plusieurs organisations syndicales ont dit que, dans les affaires des suicides à La Poste

et France Telecom, ce n'était pas au niveau de l'établissement que la réflexion était pertinente, mais au niveau du CHSCT central, donc au niveau de l'entreprise, que la consultation avait du sens, par rapport à une politique globale de l'entreprise. L'exemple de La Poste est à cet égard très intéressant, alors qu'elle avait plus d'un millier de CHSCT, un décret en 2010 a réduit le nombre des CHSCT pour les créer au niveau des grandes unités opérationnelles, et non plus au niveau de chaque établissement.

**M. le conseiller Linden :**

Sur la question de l'expert, est-ce qu'il est concevable que le débiteur soit l'État pour trouble anormal et rupture d'égalité ?

**M. le conseiller Struillou :**

J'imagine mal comment pourraient être remplies les conditions d'engagement de la responsabilité de l'État.

Permettez-moi quelques réflexions supplémentaires.

Premièrement, il me paraît important de souligner que la modification de la composition du CHSCT à partir de 1982 et le fait que s'y retrouvent également des personnes extérieures, comme l'inspecteur du travail, le médecin du travail et le contrôleur de sécurité de la CRAM, a changé substantiellement la donne. En effet, le rôle des différents membres du CHSCT est un bon révélateur de l'état des relations sociales dans les entreprises. Au sein de certains CHSCT, les représentants du personnel sont muets, car ils n'osent pas prendre la parole en présence de l'employeur. À l'autre extrême, les relations au sein de CHSCT sont extrêmement conflictuelles, chaque question d'hygiène et de sécurité étant instrumentalisée au prisme des litiges entre l'organisation syndicale et l'employeur, voire même entre les organisations syndicales. Entre ces deux extrêmes, il y a une variété de situations, mais, en tout état de cause, la modification de la composition du CHSCT a permis, dans bon nombre d'entreprises, une intervention concrète de trois acteurs principaux de la prévention.

Deuxièmement, il convient de souligner le changement fondamental résultant, depuis les années 1990, de l'évolution du cadre législatif. Nous sommes passés d'une législation « de résultat » à une « législation d'objectifs » : l'employeur a une obligation d'évaluation du risque professionnel. Dans ce processus d'évaluation, il est évident que le CHSCT a une part tout à fait importante et son action est de nature à permettre à l'employeur de prendre conscience de risques qu'il ignore. Pensons par exemple aux entreprises dans lesquelles interviennent plusieurs sociétés et aux risques induits par la coexistence de multiples activités. C'est ainsi par « une vue » qui part du bas que l'employeur peut prendre conscience du risque présent dans l'entreprise. Pour faire une évaluation pertinente des risques, le rôle du CHSCT est donc déterminant et place d'ailleurs ses membres face à leurs responsabilités. Peuvent-ils ignorer des risques ?

Troisièmement, s'agissant de la compétence collective ou individuelle du CHSCT, la réponse est liée à la nature du risque. Si le CHSCT détecte un risque qui concerne l'ensemble de la collectivité, il exerce alors une compétence collective, mais, s'il détecte un risque qui ne concerne qu'un seul salarié, il reste compétent. Il doit alors le signaler à l'employeur et définir en coopération avec celui-ci des modalités pour prévenir les situations à risques.

Quant, enfin, à l'articulation expertise/membres du CHSCT, tout dépend des configurations. Dans les PME, des représentants du personnel peuvent avoir très peu de formation, ce qui ne leur permet pas de détecter les situations à risques. En revanche, dans des entreprises plus importantes, des membres, qui ont bénéficié d'une formation, sont en mesure de porter un regard critique sur les travaux des expertises.

Pour résumer, la place du CHSCT est totalement modifiée par l'évolution du cadre législatif et des obligations de l'employeur en matière d'hygiène et de sécurité.

# La surveillance du salarié

Yves Struillou

Conseiller en service extraordinaire

La lecture de la délibération du 22 avril 2010 de la Commission nationale informatique et libertés (CNIL) permet de prendre connaissance des éléments de faits suivants<sup>1</sup> :

« Une délégation de la CNIL a procédé à un contrôle sur place auprès de la société le 2 mars 2010, successivement dans les locaux de l'agence principale [...] puis dans les locaux du siège social [...]. Ce contrôle avait notamment pour objet de vérifier les conditions de mise en œuvre du système de vidéosurveillance installé en 2006, et la mise en œuvre des engagements pris par la société dans son courrier en date du 11 décembre 2009.

Les constats effectués à l'agence principale :

La délégation a constaté la présence de quatre caméras dans ces lieux. Deux caméras filment le bureau "exploitation", comprenant des postes de travail de salariés, et deux caméras sont installées sur le parking de la société.

La société a indiqué que la finalité du dispositif était de protéger les salariés travaillant la nuit et le week-end, ainsi que de sécuriser l'accès au bureau. Cependant, lors de ce contrôle, la délégation de la CNIL a constaté que les caméras fonctionnaient en permanence, et non seulement la nuit. La délégation a également constaté que, telles qu'orientées, les deux caméras situées dans le bureau "exploitation" filmaient l'ensemble des postes de travail des salariés de ce bureau.

Elle a par ailleurs relevé qu'aucune note d'information individuelle n'avait été communiquée aux salariés et que les affichettes consistaient en un simple autocollant comportant le dessin d'une caméra et le mot "vidéo".

Trois personnes ont accès aux images transmises par le dispositif de vidéosurveillance :

- le gardien du site, qui dispose d'une console, située dans le poste de gardiennage, qui permet de visualiser et d'enregistrer les images transmises par les caméras ;
- le président de la société, qui peut accéder aux images depuis son bureau [au siège], les données étant également enregistrées sur un serveur au siège social ;
- enfin, la directrice technique de la société, qui peut visualiser les images par le biais d'un navigateur internet.

Les images transmises par les caméras du bureau "exploitation" peuvent en effet être visualisées à distance en temps réel, depuis le réseau local de la société. L'accès, qui nécessite simplement la saisie de l'adresse IP de la caméra dans le navigateur internet, n'est pas limité par la saisie d'un identifiant et d'un mot de passe.

La délégation, qui a accédé à la console du poste de gardiennage, a constaté que la société conservait des enregistrements vidéo datant du 25 décembre 2009, soit de plus de deux mois.

Les constats effectués au siège social :

La délégation a constaté dans ces lieux la présence d'un poste informatique dédié à la vidéosurveillance dans le bureau du président de la société. Un logiciel installé sur ce poste informatique permet de gérer le dispositif de vidéosurveillance et d'accéder aux images. Aucune authentification n'est nécessaire pour accéder au système d'exploitation et au logiciel de gestion de la vidéosurveillance. La délégation a également constaté qu'au moment du contrôle, la fonction "enregistrement" des deux caméras installées dans le bureau "exploitation" de M. était désactivée et qu'aucun enregistrement d'images captées par ces deux caméras n'apparaissait sur le serveur de B. Toutefois, après avoir exécuté un logiciel de récupération [...], la délégation a constaté que des fichiers émanant des caméras précitées avaient été effacés. En particulier, elle a constaté l'effacement d'un enregistrement vidéo datant du jour même à 10 h 25, soit vingt-cinq minutes après le début du contrôle sur le site. »

Cet exposé des faits, notamment la possibilité pour le président de la société de visionner en temps réel les salariés, rappelle la séquence des *Temps modernes* où Charlot, après avoir pointé, se rend dans les toilettes pour fumer une cigarette et se fait rappeler à l'ordre par son directeur, qui dispose, déjà, d'un système de surveillance lui permettant, au surplus, d'apparaître directement dans les toilettes. Charlot, dûment chapitré, après avoir de nouveau pointé, reprend son travail. Cette brève séquence était donc pour le moins prémonitoire.

La question de la surveillance des salariés est loin d'être marginale si on en juge au seul critère du nombre des affaires publiées au *Bulletin de la chambre* et dont le titre comprend les termes : « Employeur - Pouvoir de direction - Étendue - Contrôle et surveillance des salariés - Procédés de surveillance - Validité - Condition ». Le nombre conséquent d'arrêts publiés atteste que la surveillance est placée... sous surveillance. Cette surveillance par le juge appelle de multiples questions :

- quel est l'objet de la surveillance ?
- quelles sont ses modalités ?
- quels procédés peuvent être utilisés ?
- quels sont les « agents de surveillance » ?

<sup>1</sup> Délibération n° 2010-112 du 22 avril 2010 de la formation restreinte, décidant l'interruption d'un traitement mis en œuvre par la société X...

**Bien que strictement encadrée tant dans sa finalité que dans ses modalités, la surveillance dont le salarié peut faire l'objet est rendue omniprésente par l'infaillibilité des machines et la « *bienvveillance* » des hommes.**

## **I. - La surveillance dont le salarié fait l'objet est légalement strictement encadrée tant dans sa finalité que dans ses modalités**

Admis dans son principe même, le droit pour l'employeur de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés a fait l'objet d'un encadrement largement inspiré des règles assurant la protection des libertés publiques.

### *1.1. - Un contrôle admis dans son principe*

Le principe a été affirmé par la chambre sociale - « *L'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail* » (Soc., 14 mars 2000, pourvoi n° 98-42.090, *Bull.* 2000, V, n° 101) - et réaffirmé : « *L'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail* » (Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-30.266, *Bull.* 2012, V, n° 208).

En principe, c'est bien l'activité du salarié qui est surveillée, et non sa personne. Mais est-il possible de dissocier l'homme, le travailleur et son travail ? Qu'en est-il de l'homme et du citoyen ? Qu'en est-il du travailleur en dehors de sa vie professionnelle et du travailleur qui, dans sa vie professionnelle, exerce un mandat syndical ou des fonctions représentatives ? Quelle est la surveillance licite et celle qui ne l'est pas ?

La transposition au sein du code du travail du référentiel du contrôle exercé par le juge administratif sur les mesures de police de l'État, opérée par le législateur à la suite du rapport rédigé en 1992 par le professeur Gérard Lyon-Caen<sup>2</sup>, permet de définir les conditions cumulatives auxquelles est subordonnée légalement la mise en place d'un système de surveillance au regard des critères de justification et de proportionnalité.

### *1.2. - Le droit de contrôle borné à la surveillance de l'activité du salarié*

La surveillance n'est licite que si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir. La nécessité d'une justification légitime est imposée tant par le code du travail<sup>3</sup> que par la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés<sup>4</sup>.

### **Dans certaines situations, non seulement l'employeur peut, mais il doit surveiller l'activité du salarié**

Ainsi, selon la nature des travaux à accomplir et du risque inhérent à l'activité, le salarié fera l'objet non seulement d'une surveillance médicale spécifique, mais également d'une surveillance de son exposition au risque (*surveillance radiologique*) donnant lieu à la tenue d'une fiche d'exposition qui porte la trace de cette surveillance. De manière générale, dans le cadre de son devoir de prévention, l'employeur peut être amené à décider de mesures de surveillances destinées notamment à permettre une intervention rapide des secours dans les situations d'urgence. Pour la réalisation de certains travaux, présentant des risques particuliers et graves, le code du travail peut également imposer une étude de sécurité spécifique devant déboucher sur des mesures de sécurité particulières. Tel est le cas pour les travaux sur les ascenseurs, qui doivent être précédés d'une étude sur les risques nés d'une intervention isolée<sup>5</sup>. La surveillance est alors au nombre des mesures de sécurité qui doivent être définies et mises en œuvre.

À ce titre, est admise par la CNIL la protection assurée par un système d'empreintes d'une zone spécifique à l'intérieur d'une installation nucléaire de base ou de certains sites classés SEVESO II. La finalité est de protéger des installations comportant un risque élevé d'explosion ou de diffusion de matières dangereuses ou de détournement de celles-ci par des tiers non autorisés, et d'assurer la protection de personnes exposées à des risques particuliers en raison de ces activités<sup>6</sup>.

### **Le principe selon lequel seule l'activité du salarié doit être l'objet de la surveillance emporte plusieurs conséquences**

**En premier lieu**, est prohibée la surveillance du salarié dans sa vie personnelle et, *a fortiori*, dans sa vie privée. L'employeur n'a pas à surveiller les opinions de son salarié, son mode de vie, et encore moins s'enquérir de ce qui relève de ces sphères.

La protection de la vie personnelle se comprend tant en dehors de l'exécution du contrat de travail que pendant :

#### **- en dehors de l'exécution du contrat de travail :**

Ainsi, par un arrêt du 23 janvier 2013, il a été jugé que caractérise un manquement suffisamment grave de l'employeur à ses obligations, justifiant la prise d'acte du salarié, le fait pour un employeur de faire irruption brutalement dans le club de bridge où se trouvait son salarié, qui bénéficiait d'un arrêt maladie, et de tenir à son encontre en public des propos agressifs et véhéments au sujet de cet arrêt de travail pour maladie (Soc., pourvoi n° 11-20.356, *Bull.* 2013, V, n° 16) ;

#### **- pendant l'exécution du contrat de travail et sur le lieu de travail, la surveillance de l'employeur ne peut le conduire à s'immiscer dans la vie personnelle de son salarié.**

<sup>2</sup> *Les libertés publiques et l'emploi*, La Documentation française, 1992.

<sup>3</sup> Article L. 1121-1 du code du travail.

<sup>4</sup> Article 6 : « *Un traitement ne peut porter que sur des données à caractère personnel qui satisfont aux conditions suivantes : 1° Les données sont collectées et traitées de manière loyale et licite ; 2° Elles sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités [...]; 3° Elles sont adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs [...]* ».

<sup>5</sup> Voir H. Lanouzière, *Prévenir la santé et la sécurité au travail*, vol. 2, p. 307, éd. Lamy, 2012.

<sup>6</sup> Communication de la CNIL relative à la mise en œuvre de dispositifs de reconnaissance par empreinte digitale avec stockage dans une base de données.

Ainsi, il a été jugé en chambre mixte que même si l'ouverture d'un pli destiné au salarié et qui est adressé dans son entreprise est licite, faute d'indication apparente quant à son caractère personnel, l'employeur ne peut, sans méconnaître le respect dû à la vie privée du salarié, se fonder sur le contenu de cette correspondance privée pour sanctionner son destinataire (chambre mixte, 18 mai 2007, pourvoi n° 05-40.803, *Bull.* 2007, Ch. mixte, n° 3).

C'est la protection de la vie privée qui justifie que, sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne puisse ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé (Soc., 17 mai 2005, pourvoi n° 03-40.017, *Bull.* 2005, V, n° 165). Pour la même raison, la CNIL veille ainsi à ce que le dispositif de « géolocalisation » puisse être « désactivé » lorsque le salarié est autorisé à utiliser le véhicule de l'entreprise à des fins personnelles<sup>7</sup>.

**Deuxième conséquence du principe**, l'employeur n'a pas à surveiller ses salariés pour déterminer leurs préférences syndicales, ni leur choix lors des élections professionnelles. Non seulement il n'a pas à surveiller les salariés, mais ceux-ci doivent être protégés contre toute éventuelle intrusion. La liberté de vote ne peut être assurée que si le salarié ne craint pas que, par une voie quelconque, l'employeur ait connaissance de son choix.

Ce raisonnement a conduit la chambre sociale à rappeler que le système de vote électronique doit assurer la confidentialité des données transmises, notamment de celles des fichiers constitués pour établir les listes électorales, ainsi que la sécurité de l'adressage des moyens d'authentification, de l'émargement, de l'enregistrement et du dépouillement des votes. Elle a jugé, le 27 février 2013, que ne répond pas à une telle exigence l'envoi aux salariés-électeurs de leurs codes personnels d'authentification sur leur messagerie professionnelle, sans autre précaution destinée notamment à éviter qu'une personne non autorisée puisse se substituer frauduleusement à l'électeur (Soc., 27 février 2013, pourvoi n° 12-14.415, *Bull.* 2013, V, n° 60).

**Troisième conséquence**, l'employeur n'a pas à surveiller son salarié lorsque ce dernier exerce, tant dans l'entreprise qu'en dehors de celle-ci, un mandat syndical ou des fonctions représentatives.

Un système de bon de délégation peut être mis en place, mais il ne peut avoir pour objet de contrôler *a priori* l'utilisation par le représentant du personnel de ces heures de délégation. Plus généralement, dans l'exercice de ses fonctions représentatives, le salarié doit être soustrait à toute surveillance effective ou potentielle de la part de son employeur.

La chambre sociale a rappelé, à ce titre, que, pour l'accomplissement de leur mission légale et la préservation de la confidentialité qui s'y attache, les salariés protégés doivent pouvoir disposer sur leur lieu de travail d'un matériel ou procédé excluant l'interception de leurs communications téléphoniques et l'identification de leurs correspondants. Elle a censuré le juge du fond qui avait débouté le salarié protégé de sa demande de résiliation judiciaire alors qu'il avait constaté que l'examen par l'employeur des relevés téléphoniques du téléphone mis à disposition du salarié permettait l'identification des correspondants de celui-ci (Soc., 4 avril 2012, pourvoi n° 10-20.845, *Bull.* 2012, V, n° 117).

1.3. - *Il existe donc en quelque sorte des « zones interdites », qui sont placées hors champ de la surveillance de l'employeur. Mais, pour être licite, il ne suffit pas que le système de surveillance porte sur l'activité professionnelle : encore faut-il qu'il soit justifié par la nécessité de contrôler l'activité des salariés*

Il s'ensuit que si les salariés disposent, dans leur travail, d'une autonomie qui leur a été accordée par l'employeur, ce dernier ne peut utiliser un dispositif de « géolocalisation » qui a pour objet de contrôler l'activité quotidienne de ses salariés, ces derniers devant respecter un programme d'activité fixé et rédiger un compte-rendu journalier précis et détaillé (Soc., 3 novembre 2011, pourvoi n° 10-18.036, *Bull.* 2011, V, n° 247). Dans un tel cas de figure, où le juge du fond a constaté que le dispositif était utilisé à d'autres fins que celles qui avaient été portées à la connaissance du salarié, sont sanctionnés tant le défaut de justification que le détournement de pouvoir<sup>8</sup>.

De même, la CNIL a ordonné la suspension d'un système de vidéosurveillance mis en place uniquement dans la salle de repos du salarié. Si un tel système peut être mis en place, il ne peut viser que la seule protection des biens, et non la surveillance de tout le local salarié<sup>9</sup>.

Le souci de prévenir un « détournement de pouvoir » est évident dans la délibération récente de la CNIL du 3 janvier 2013 par laquelle a été infligée une sanction pécuniaire à un syndicat de propriétaires, à la suite d'un contrôle sur place ayant mis en évidence qu'un système de vidéosurveillance, mis en place dans un immeuble pour assurer la sécurité des biens et des personnes, était utilisé, compte tenu du nombre, de la disposition et de l'orientation des caméras et de la possibilité d'écoute du son, pour surveiller les salariés de l'entreprise de sécurité<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> CNIL, notice « La géolocalisation des véhicules », janvier 2013.

<sup>8</sup> Dans sa délibération n° 2006-06 du 16 mars 2006, portant adoption d'une recommandation relative à la mise en œuvre de dispositifs destinés à géolocaliser les véhicules automobiles utilisés par les employés d'un organisme privé ou public, la CNIL a retenu que la géolocalisation « n'était admissible que dans le cadre des finalités suivantes :

- la sûreté ou la sécurité de l'employé lui-même ou des marchandises ou véhicules dont il a la charge (travailleurs isolés, transports de fonds et de valeurs, etc.) ;

- une meilleure allocation des moyens pour des prestations à accomplir en des lieux dispersés (interventions d'urgence, chauffeurs de taxis, flottes de dépannage, etc.) ;

- le suivi et la facturation d'une prestation de transport de personnes ou de marchandises ou d'une prestation de services directement liée à l'utilisation du véhicule (ramassage scolaire, nettoyage des accotements, déneigement routier, patrouilles de service sur le réseau routier, etc.) ;

- le suivi du temps de travail, lorsque ce suivi ne peut être réalisé par d'autres moyens ».

<sup>9</sup> Voir sur cette question E. Wolton et S. Pompey, « Données à caractère personnel et droit du salarié », *Chronique, RJS* 4/13, p. 215-220.

<sup>10</sup> Délibération n° 2012-475 du 3 janvier 2013.



1.4. - *Le droit de contrôle est soumis à des conditions de mise en place destinées à assurer l'information des salariés et de leurs représentants*

Il ne suffit pas que la surveillance se rattache à l'activité professionnelle et soit justifiée pour qu'elle soit licite. Encore faut-il que soit respectée une procédure, laquelle se rattache, en quelque sorte - pour reprendre une classification usuelle du contentieux administratif, à la légalité « externe » de la mesure de surveillance.

Cette procédure s'impose avec d'autant plus de force et de rigueur qu'il ne s'agit pas pour le juge de concilier des principes agissant en sens contraire mais, tout au contraire, de veiller au respect de principes qui se confortent les uns les autres, et au nombre desquels on peut citer :

- **la protection des données personnelles** (article 8 de la CEDH et article L. 1222-4 du code du travail<sup>11</sup>) ;
- **le principe de loyauté dans l'administration de la preuve** (article 9 du code de procédure civile) ;
- **le droit, à tout le moins, à l'information des représentants du personnel posé par le code du travail.**

Le code du travail impose :

- l'information du comité d'entreprise avant l'utilisation des techniques de recrutement ou l'introduction de traitements automatisés de gestion du personnel ;

- sa consultation « *préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise [de] moyens ou [de] techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés* »<sup>12</sup>.

S'agissant des données personnelles, leur collecte est soumise à une information préalable du salarié prévue par le code du travail (article L. 1222-4), renforcée par les dispositions spécifiques de la loi du 6 janvier 1978 quant à l'information du salarié sur les caractéristiques du traitement (article 32).

Le non-respect de ces procédures a un effet radical qui rejaillit sur le bien-fondé de la mesure prise par l'employeur au vu des éléments de preuve qu'il a réunis. La démarche du juge judiciaire s'est ainsi - et ce n'est pas un hasard - « *publicisée* » : de même qu'une irrégularité de procédure, en principe, entache d'illégalité la décision prise par l'autorité administrative à l'issue de cette procédure, le licenciement prononcé sur la base d'éléments de preuve obtenus de manière illicite est privé de cause réelle et sérieuse<sup>13</sup>.

À titre d'illustration, peut être cité, parmi de nombreux arrêts, celui du 15 mai 2001 par lequel la chambre sociale juge que « *ayant relevé que la société avait fait appel, à l'insu du personnel, à une société de surveillance extérieure à l'entreprise pour procéder au contrôle de l'utilisation par ses salariés des distributeurs de boissons et sandwiches, la cour d'appel a décidé à bon droit que le rapport de cette société de surveillance constituait un moyen de preuve illicite [et] ayant constaté que le licenciement pour faute grave des salariés reposait exclusivement sur le rapport de la société de surveillance, la cour d'appel [...] en a justement déduit que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse* » (Soc., 15 mai 2001, pourvoi n° 99-42.219, Bull. 2001, V, n° 167).

Ainsi :

- sauf circonstances exceptionnelles, l'employeur ne peut **procéder à l'ouverture des sacs appartenant aux salariés** pour en vérifier le contenu qu'avec leur accord et à la condition de les avoir avertis de leur droit de s'y opposer et d'exiger la présence d'un témoin (Soc., 11 février 2009, pourvoi n° 07-42.068, Bull. 2009, V, n° 40).

- l'employeur ne peut procéder à **l'ouverture de l'armoire individuelle d'un salarié** que dans les cas et aux conditions prévus par le règlement intérieur et en présence de l'intéressé ou celui-ci prévenu (Soc., 11 décembre 2001, pourvoi n° 99-43.030, Bull. 2001, V, n° 377 : *cassation de l'arrêt jugeant que le licenciement repose sur une faute grave au motif qu'il retient qu'il résulte des attestations produites que trois cannettes de bière ont été trouvées dans l'armoire personnelle du salarié, faute pour le juge du fond de rechercher quelles étaient les dispositions du règlement intérieur alors que la fouille, effectuée hors la présence de l'intéressé, n'était justifiée par aucun risque ou événement particulier*) ;

- la clause du règlement intérieur selon laquelle « *la direction se réserve le droit de faire ouvrir à tout moment... afin d'en contrôler l'état et le contenu* » **les vestiaires ou armoires individuelles** mis à la disposition de chaque salarié pour ses vêtements et ses objets personnels, faute de prévoir l'information préalable des salariés concernés, excède l'étendue des restrictions que l'employeur peut légalement apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles en vue d'assurer l'hygiène et la sécurité dans l'entreprise (*Conseil d'État, 12 juin 1987, n° 72388, société Gantois, au Recueil Lebon*).

- **l'enregistrement d'une conversation téléphonique** réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve (assemblée plénière, 7 janvier 2011, pourvoi n° 09-14.667, Bull. 2011, Ass. plén., n° 1) ;

- si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, **tout enregistrement**, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu constitue un mode de preuve illicite (Soc., 20 novembre 1991, pourvoi n° 88-43.120, Bull. 1991, V, n° 519 : « *Une cour d'appel ne peut, sans violer l'article 9 du nouveau code de procédure civile, retenir à l'encontre d'une salariée l'existence d'une faute grave, en se fondant sur un enregistrement effectué par l'employeur, au moyen d'une caméra, du comportement* »).

<sup>11</sup> « *Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance* ».

<sup>12</sup> Article L. 2323-32 du code du travail.

<sup>13</sup> CE, Ass., 23 décembre 2011, n° 335.033 : « *si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie [...]* ».

*et des paroles de la salariée, tandis qu'il résulte du procès-verbal de transport sur les lieux effectué par les juges du second degré que la caméra était dissimulée dans une caisse, de manière à surveiller le comportement des salariés sans qu'ils s'en doutent »).*

Ce qui est déterminant, c'est moins l'objet affiché du système de surveillance mis en place que son utilisation : ainsi, dès lors que le système de vidéo mis en place dans une grande surface commerciale pour surveiller la clientèle est également utilisé par l'employeur pour contrôler ses salariés, il doit, préalablement à son introduction, faire l'objet d'une information et d'une consultation du comité d'entreprise. À défaut, le moyen de preuve est illicite (Soc., 7 juin 2006, pourvoi n° 04-43.866, *Bull.* 2006, V, n° 206).

Plus généralement, est condamné tout « stratagème » qui disqualifie, en le rendant illicite, le moyen de preuve ainsi obtenu, tel que l'utilisation par La Poste de lettres piégées à l'insu du personnel et destinées à le piéger (Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-30.266, *Bull.* 2012, V, n° 208).

L'employeur a donc intérêt à constater que le système de surveillance mis en place ne soit pas ou ne reste pas inconnu des salariés : une cour d'appel, se fondant sur des photos de vidéosurveillance, peut retenir que des faits se trouvent ainsi établis conformément à la loi après avoir relevé que, selon constat d'un huissier de justice, l'avertissement de l'existence des caméras figurait sur trois panneaux placés dans les lieux concernés, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'immeuble (1<sup>re</sup> Civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-19.482, *Bull.* 2009, I, n° 182).

A été reconnu au délégué du personnel, sur le fondement des dispositions de l'article L. 2313-2 du code du travail, qui instituent un « droit d'alerte » en vue d'assurer la protection des droits des personnes, le pouvoir d'agir en justice à l'effet de réclamer le retrait d'éléments de preuve obtenus par l'employeur par des moyens frauduleux qui constituent une atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles (Soc., 10 décembre 1997, pourvoi n° 95-42.661, *Bull.* 1997, V, n° 434). Et, en raison des pouvoirs ainsi reconnus aux délégués du personnel, une cour d'appel peut ordonner à l'employeur d'organiser une enquête avec ces délégués sur les conditions dans lesquelles avaient été consultées et exploitées les messageries de dix-sept salariés après l'envoi de lettres anonymes à la direction, et notamment de rechercher si des messages qualifiés de personnels avaient été ouverts (Soc., 17 juin 2009, pourvoi n° 08-40.274, *Bull.* 2009, V, n° 153).

Mais, *a contrario*, si les salariés et leurs représentants ont été informés, l'employeur est en droit :

- d'écouter les conversations téléphoniques des salariés et d'utiliser les écoutes comme mode de preuve valable (Soc., 14 mars 2000, pourvoi n° 98-42.090, *Bull.* 2000, V, n° 101 : *pour un salarié recruté par une société de bourse fournissant des informations financières sur le monde entier et ayant pour activité de recevoir et de transmettre au téléphone des ordres d'achats en bourse et licencié pour faute grave, au motif qu'il se livrait pendant le temps du travail, en utilisant le matériel, à des jeux de hasard avec des tiers, tels que paris sur l'élection présidentielle et sur les matches de football*) ;

- d'ouvrir un coffre mis à la disposition des agents pour le dépôt des fonds mis à leur disposition, le règlement intérieur précisant que la hiérarchie est autorisée à procéder à son contrôle à tout moment (Soc., 21 octobre 2008, pourvoi n° 07-41.513, *Bull.* 2008, V, n° 193).

#### **Deux réserves :**

- **l'employeur est libre de mettre en place des procédés de surveillance des entrepôts ou autres locaux de rangement dans lesquels les salariés ne travaillent pas**, et une cour d'appel, ayant constaté que le système de vidéosurveillance avait été installé par l'employeur dans un entrepôt de marchandise et qu'il n'enregistrait pas l'activité de salariés affectés à un poste de travail déterminé, a pu retenir, à l'appui de sa décision, ce moyen de preuve (Soc., 31 janvier 2001, pourvoi n° 98-44.290, *Bull.* 2001, V, n° 28) ;

- **de même, l'employeur n'est pas tenu de divulguer l'existence de procédés installés par les clients de l'entreprise**, et une cour d'appel, ayant constaté que la mise en place d'une camera décidée par un client n'avait pas pour but de contrôler le travail des salariés mais uniquement de surveiller la porte d'accès d'un local dans lequel ils ne devaient avoir aucune activité, a pu décider que les enregistrements vidéo litigieux constituaient un moyen de preuve licite (Soc., 19 avril 2005, pourvoi n° 02-46.295, *Bull.* 2005, V, n° 141). En revanche, si la caméra est installée chez le client pour contrôler les heures d'arrivée et de départ sur le lieu du travail des salariés, une cour d'appel doit rétracter l'ordonnance sur requête par laquelle elle avait désigné un huissier de justice aux fins de visionner les enregistrements, dès lors que les salariés n'avaient pas été informés de l'installation de ces caméras (Soc., 10 janvier 2012, pourvoi n° 10-23.482, *Bull.* 2012, V, n° 2).

Enfin, ne sont pas soumis aux obligations procédurales les mesures qui ne sont pas regardées comme étant au nombre des dispositifs de contrôle de l'activité des salariés telles que l'audit mis en œuvre pour apprécier, à un moment donné, l'organisation d'un service (Soc., 12 juillet 2010, pourvoi n° 09-66.339, *Bull.* 2010, V, n° 168).

#### *1.5. - Un droit de contrôle des salariés ... soumis à un contrôle de proportionnalité*

Certains procédés, en raison de leur nature, ne peuvent passer avec succès le « test de proportionnalité ».

Il en est ainsi des filatures organisées à l'insu du salarié visé.

En effet, il est jugé qu'organisée par l'employeur pour surveiller l'activité d'un salarié, elle constitue en tant que telle un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur (Soc., 26 novembre 2002, pourvoi n° 00-42.401, *Bull.* 2002, V, n° 352).

Les comptes-rendus de filature constituent, par suite, un moyen de preuve illicite (Soc., 22 mai 1995, pourvoi n° 93-44.078, *Bull.* 1995, V, n° 164) dans leur intégralité, sans qu'il soit possible pour le juge de considérer certaines parties du compte-rendu comme une attestation émanant d'un sachant (Soc., 4 février 1998, pourvoi n° 95-43.421, *Bull.* 1998, V, n° 64).

Il en est ainsi quelle que soit la nature des griefs faits au salarié et la gravité de la faute alléguée par l'employeur (Soc., 23 novembre 2005, pourvoi n° 03-41.401, *Bull.* 2005, V, n° 333 : *licenciement pour faute lourde d'un commis de bar, six rapports de deux détectives privés engagés par l'employeur établissant les dates et la réalité de l'absence d'enregistrement des consommations dont il s'appropriait le montant*).

À noter, toutefois, la décision de la cour administrative d'appel de Versailles du 20 octobre 2011 admettant comme licite la preuve obtenue par la filature d'un agent public placé en congé de longue maladie<sup>14</sup> : la circonstance que les enquêteurs ne soient intervenus que sur la voie publique suffit-elle à justifier la solution retenue de même que l'objet de leurs investigations, à savoir l'activité de l'agent public dans la société gérée par son épouse, en violation des règles applicables au cumul d'activités ?

Le recours à d'autres procédés de surveillance, tels que les caméras, les relevés biométriques<sup>15</sup> ou l'installation de logiciels de cybersurveillance<sup>16</sup>, donnent lieu à la mise en œuvre par la CNIL d'un test « *in concreto* » de proportionnalité.

Ainsi, est censuré par la CNIL un dispositif de surveillance par caméras qui a pour effet « *de placer les salariés sous la surveillance constante de leur employeur* » par son plan d'implantation et l'orientation des caméras, la taille des caches mis en place et le déclenchement du système dès lors qu'un mouvement est détecté permettant ainsi de connaître le moment précis auquel un salarié s'absente de son poste de travail et y revient<sup>17</sup>.

De même, est refusée l'autorisation de mise en place d'un système de traitement de données à caractère personnel reposant sur la reconnaissance des empreintes digitales et ayant pour finalité le contrôle de l'accès à ses locaux, dès lors que ce contrôle n'a pas pour objet de sécuriser l'accès à une zone représentant un enjeu majeur dépassant l'intérêt strict de l'entreprise et que d'autres techniques peuvent être utilisées qui ne comportent pas le risque d'une « *captation frauduleuse des empreintes* », rendue facile par l'évolution des techniques et qui permettrait soit l'identification d'une personne à son insu par rapprochement avec un fichier d'empreintes digitales, soit l'usurpation de l'identité d'une personne, par exemple pour frauder un dispositif reposant sur la reconnaissance de l'empreinte digitale. La CNIL recommande, par suite, « *un système reposant sur un badge, ou via des dispositifs reposant sur la reconnaissance d'autres données biométriques telles que le contour de la main ou le réseau veineux du doigt de la main, qui, en l'état actuel de la technique, ne sont pas susceptibles d'être capturées à l'insu des personnes et, dès lors, ne comportent pas de risques particuliers pour les libertés et les droits fondamentaux des personnes* »<sup>18</sup>.

Le « *test de proportionnalité* » n'est pas une exclusivité du juge français : il est pratiqué par la Cour européenne des droits de l'homme (2 septembre 2010, *Uzun c/ Allemagne*, D. 2010, p. 724, note H. Matsopoulou : conventionnalité au regard de l'article 8 d'un dispositif de géolocalisation<sup>19</sup>).

## **II. - Nonobstant cet encadrement juridique, le salarié fait l'objet d'une surveillance rendue omniprésente par l'infaillibilité des machines et la bienveillance des hommes**

Le salarié a toujours travaillé sous le regard de ses collègues de travail et de ses supérieurs hiérarchiques. Ce regard est plus ou moins bienveillant, mais, à n'en pas douter, cette bienveillance permet à l'employeur d'être informé du comportement de son salarié, tant dans son activité professionnelle que dans sa vie personnelle, voire dans sa vie privée. De même, dans le cadre de la mise en place du travail industriel, le respect des horaires a été contrôlé d'abord visuellement par « *le chef* », voire les collègues, puis mécaniquement, grâce aux fiches de pointage. Faut-il en déduire que la surveillance exercée sur le salarié n'est pas substantiellement modifiée et que, désormais juridiquement mieux encadrée, elle s'est quelque peu « *relâchée* », desserrant ainsi « *l'étau de la subordination* », pour reprendre l'expression de Simone Weil ? Une telle conclusion serait peut-être un peu hâtive et on peut raisonnablement se demander si la diffusion des nouvelles technologies, combinées au contrôle social, ne rendent pas finalement plus prégnante la surveillance du salarié.

### **2.1. - La surveillance des hommes par les machines**

De multiples supports peuvent être utilisés pour surveiller le salarié. On peut ainsi mentionner :

- **1. les relevés téléphoniques** : il est admis qu'une entreprise puisse procéder à la vérification de ses communications téléphoniques, à partir d'un relevé fourni par France Télécom, et que ce procédé ne constitue pas un procédé de surveillance des salariés illicite pour n'avoir pas été préalablement porté à leur connaissance (Soc., 15 mai 2001, pourvoi n° 99-42.937, *Bull.* 2001, V, n° 168) ;

<sup>14</sup> CAA Versailles, 20 octobre 2011, n° 10VE01892, Commune de Jouy-en-Josas, *AJDA* 2012, p. 1412, note S. Guérard.

<sup>15</sup> Communication de la CNIL relative à la mise en œuvre de dispositifs de reconnaissance par empreinte digitale avec stockage dans une base de données.

<sup>16</sup> Fiche pratique CNIL : « *Keylogger* : des dispositifs de cybersurveillance particulièrement intrusifs ».

<sup>17</sup> CNIL, délibération n° 2010-112 du 22 avril 2010.

<sup>18</sup> Délibération n° 2011-259 du 21 septembre 2011 refusant la mise en œuvre par la société SWEDSPAN d'un traitement de données à caractère personnel reposant sur la reconnaissance des empreintes digitales et ayant pour finalité le contrôle de l'accès à ses locaux.

<sup>19</sup> Dans sa délibération n° 2006-06 du 16 mars 2006, portant adoption d'une recommandation relative à la mise en œuvre de dispositifs destinés à géolocaliser les véhicules automobiles utilisés par les employés d'un organisme privé ou public, la CNIL a retenu que la géolocalisation « *n'était admissible que dans le cadre des finalités suivantes* :

- la sûreté ou la sécurité de l'employé lui-même ou des marchandises ou véhicules dont il a la charge (travailleurs isolés, transports de fonds et de valeurs, etc.) ;

- une meilleure allocation des moyens pour des prestations à accomplir en des lieux dispersés (interventions d'urgence, chauffeurs de taxis, flottes de dépannage, etc.) ;

- le suivi et la facturation d'une prestation de transport de personnes ou de marchandise ou d'une prestation de services directement liée à l'utilisation du véhicule (ramassage scolaire, nettoyage des accotements, déneigement routier, patrouilles de service sur le réseau routier, etc.) ;

- le suivi du temps de travail, lorsque ce suivi ne peut être réalisé par d'autres moyens ».

- 2. **les écoutes des conversations téléphoniques** ;

- 3. **le relevé des connexions** : en effet, les connexions établies par un salarié sur des sites internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, hors de sa présence (Soc., 9 juillet 2008, pourvoi n° 06-45.800, *Bull.* 2008, V, n° 150) ;

- 4. **les messages émis reçus et stockés sur des messageries électroniques** et qui ne sont pas identifiés comme des messages personnels (Soc., 2 octobre 2001, pourvoi n° 99-42.942, *Bull.* 2001, V, n° 291) ;

- 5. **les fichiers** qui ne sont pas identifiés comme personnels, et la seule indication « *mes documents* » donnée à un fichier ne lui confère pas un caractère personnel et il peut donc être ouvert en dehors de la présence du salarié (Soc., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-13.884, *Bull.* 2012, V, n° 135), y compris si ces fichiers sont stockés sur une « *clé USB* » : dès lors qu'elle est connectée à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur pour l'exécution du contrat de travail, elle est présumée utilisée à des fins professionnelles (Soc., 12 février 2013, pourvoi n° 11-28.649, *Bull.* 2013, V, n° 34). De même, ne constitue pas une identification du caractère personnel des fichiers la simple indication des initiales du salarié (Soc., 21 octobre 2009, pourvoi n° 07-43.877, *Bull.* 2009, V, n° 226) ;

- 6. **le disque « dur »** lui-même de l'ordinateur mis à la disposition du salarié, le juge du fond pouvant confier à un huissier de justice la mission de prendre copie, en présence du salarié ou celui-ci dûment appelé, des messages échangés avec des personnes identifiées comme étant susceptibles d'être concernées par les faits de concurrence déloyale (Soc., 10 juin 2008, pourvoi n° 06-19.229, *Bull.* 2008, V, n° 129).

Substantiellement, la surveillance dont peut faire l'objet le salarié est modifiée : elle devient à la fois plus aisée, plus fiable, quasiment sans limites de capacités. Cette surveillance potentiellement de tous les instants de l'homme au travail se combine avec celle du travail lui-même. L'informatique permet précisément de connaître « *en temps réel* », de manière complète et exhaustive, l'activité du salarié. Le « *brouillard* » dans lequel le salarié pouvait se réfugier s'est dissipé : immédiatement, l'employeur peut connaître l'état de l'activité d'un salarié et la comparer à celle de ses collègues. Tout fléchissement de l'activité peut être instantanément repéré. La généralisation des méthodes de surveillance de l'activité des salariés au secteur des services a largement favorisé le mouvement d'intensification du travail repéré par les ergonomes. Il est impossible de ne pas faire le lien entre ce mouvement et la question des risques psychosociaux.

La surveillance par les machines ne doit pas faire oublier celle née du regard des hommes.

2.2. - *La surveillance des hommes par les hommes*

Les « *agents de surveillance* » sont multiples. L'employeur peut faire appel, en effet, à des sociétés extérieures ou aux salariés de l'entreprise, affectés ou non à des tâches de surveillance et de contrôle de leurs collègues. L'employeur peut également faire appel à « *la surveillance* » des tiers, clients, usagers ou organismes de contrôle. Il peut, enfin, faire appel à l'autosurveillance du salarié.

2.2.1. - Le recours à la surveillance des sociétés de surveillance

Ainsi, il a été jugé qu'un employeur ne peut faire appel, à l'insu du personnel, à une société de surveillance extérieure à l'entreprise pour procéder au contrôle de l'utilisation par ses salariés des distributeurs de boissons et sandwiches (Soc., 15 mai 2001, pourvoi n° 99-42.219, *Bull.* 2001, V, n° 167). *A contrario*, sous réserve du respect de la procédure d'information des salariés, le recours à une telle société est admis.

2.2.2. - Le recours aux agents de sécurité employés dans l'entreprise

Il a été admis que l'employeur pouvait, après consultation du comité d'entreprise, imposer l'ouverture des sacs du personnel par des agents de sécurité, à l'entrée de l'entreprise, qui a fait l'objet d'alertes à la bombe à une époque où une série d'attentats avaient eu lieu, et que cela ne dispensait pas un salarié, fût-il protégé, de se soumettre à cette mesure justifiée par des circonstances exceptionnelles et des exigences de sécurité, et proportionnée au but recherché, puisqu'elle excluait la fouille des sacs (Soc., 3 avril 2001, pourvoi n° 98-45.818, *Bull.* 2001, V, n° 115).

2.2.3. - Le recours à la surveillance par le responsable hiérarchique

Fallait-il le rappeler ? En tout état de cause, la chambre l'a fait par un arrêt du 26 avril 2006 : la simple surveillance d'un salarié faite sur les lieux du travail par son supérieur hiérarchique, même en l'absence d'information préalable du salarié, ne constitue pas en soi un mode de preuve illicite (Soc., 26 avril 2006, pourvoi n° 04-43.582, *Bull.* 2006, V, n° 145).

2.2.4. - Le recours à la surveillance des collègues de travail

- *La surveillance peut être* « spontanée » : le contentieux soumis à la chambre révèle que des salariés peuvent enregistrer, à l'insu de leurs collègues, leur conversation à l'aide d'un dictaphone (Soc., 23 mai 2012, pourvoi n° 10-23.521, *Bull.* 2012, V, n° 156). L'employeur, en l'espèce, avait commis « *l'erreur* » de ne pas écouter l'enregistrement en présence du salarié et l'avait détruit.

L'arrêt de la première chambre civile du 16 octobre 2008 illustre cette « *bienveillance* » : est jugée régulière la procédure disciplinaire diligentée contre une avocate et fondée sur la communication faite au bâtonnier par un de ses associés, chargé de l'ouverture et de la répartition du courrier reçu dans le cabinet, des relevés des prestations sociales que cette avocate avait perçues alors même qu'elle poursuivait son activité professionnelle. L'arrêt précise que ces relevés ne portaient aucune indication sur les affections dont elle souffrait ni aucun renseignement sur l'état de ses comptes et ne faisaient que rappeler ses arrêts de travail notoires, de sorte que l'associé n'avait commis aucune atteinte à la vie privée en informant l'autorité ordinaire de ce qui était susceptible de constituer un manquement déontologique (pourvoi n° 07-11.810, *Bull.* 2008, I, n° 225).

- *La surveillance peut aussi être commandée* : a été cassé l'arrêt qui s'était fondé, pour retenir une faute du salarié, sur des rapports dressés par d'autres agents mandatés par un supérieur hiérarchique pour se rendre dans le restaurant exploité par l'épouse de l'intéressé afin de vérifier si celui-ci y travaillait pendant ses heures de service, en se présentant comme de simples clients, sans révéler leurs qualités et le but de leur visite (Soc., 18 mars 2008, pourvoi n° 06-45.093, *Bull.* 2008, V, n° 64).

- *La surveillance peut aussi être organisée* : l'entreprise peut vouloir mettre en place un système dit « *d'alerte professionnelle* ». Cette pratique est loin d'être négligeable : pour l'année 2011, la CNIL avait enregistré dans ce domaine 357 déclarations de conformité à l'autorisation unique et plus de 2 000 depuis 2005<sup>20</sup>.

À la suite de l'arrêt de la chambre sociale du 8 décembre 2009 ayant cassé l'arrêt par lequel une cour d'appel avait admis qu'un dispositif d'alerte, ayant fait l'objet d'une autorisation unique délivrée par la CNIL, pouvait avoir un objet plus large que celui visant à établir des procédures de contrôle interne dans les domaines financier, comptable, bancaire et de lutte contre la corruption (Soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-17.191, *Bull.* 2009, V, n° 276), la CNIL, après avoir procédé à une série d'auditions d'organisations syndicales et patronales, d'institutions publiques et de grandes entreprises, a décidé, le 14 octobre 2010, la mise en place de deux régimes d'autorisations.

Le premier régime - dit d'engagement de conformité au regard de la délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 « *d'autorisation unique* »<sup>21</sup> - concerne uniquement les alertes professionnelles signalant des manquements graves en rapport avec les domaines comptable, financier, bancaire et de lutte contre la corruption. Relèvent également de ce régime les manquements aux règles en matière de concurrence.

Le second régime - dit d'autorisation individuelle - est applicable aux systèmes d'alerte couvrant d'autres domaines.

Ainsi, par une délibération du 15 décembre 2011, la CNIL a autorisé une société spécialisée dans le recrutement et le conseil à déposer un dossier de demande d'autorisation pour la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte professionnelle permettant aux salariés et aux candidats à un emploi de signaler des faits de discriminations dont ils pensent être victimes, après avoir relevé que : « [...] *l'utilisation du dispositif d'alerte doit demeurer facultative et complémentaire par rapport aux autres voies légales de remontée de réclamations des salariés, notamment les instances représentatives du personnel qui sont habilitées par le code du travail à recueillir les réclamations des salariés [...] l'obligation de s'identifier pour la personne à l'origine de l'alerte est de nature à limiter les risques de mise en cause abusive ou disproportionnée de l'intégrité professionnelle, voire personnelle, des personnes concernées [...] le dispositif ne permet pas d'émettre des signalements anonymes. L'émetteur de l'alerte doit nécessairement s'identifier. Son identité est par la suite traitée de façon confidentielle par les personnes chargées du recueil des alertes [...] il est clairement rappelé que l'utilisation abusive de ce dispositif peut exposer son auteur à des sanctions disciplinaires, ainsi qu'à des poursuites judiciaires* »<sup>22</sup>.

Le champ du dispositif d'alerte est apprécié par la CNIL en fonction de considérations générales et de considérations propres à l'activité de l'entreprise. S'agissant d'EDF, elle a admis que soient englobés les domaines suivants :

- « *les accusations de harcèlement moral ou sexuel, de violences morales ou verbales, les mesures altérant fortement les conditions de vie au travail ;*
- *les comportements de discrimination ;*
- *la divulgation d'informations strictement confidentielles ;*
- *les situations de conflits d'intérêts tels que définis dans le mémento éthique d'EDF ;*
- *les actes de pollutions directes et indirectes ayant des conséquences importantes sur l'environnement* »<sup>23</sup>.

A été autorisé un dispositif d'alerte concernant le non-respect de la législation en matière d'hygiène et la sécurité<sup>24</sup>.

Certaines autorisations ont été accordées alors même que les domaines visés sont entendus de manière large, incluant les manquements graves aux droits de l'homme, tels que visés dans la Déclaration des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948 ou au respect de la vie privée et à la protection des informations à caractère personnel, conformément à la loi du 6 janvier 1978<sup>25</sup>.

S'agissant des modalités, les points les plus discutés sont les suivants :

- le caractère obligatoire du dispositif ;

<sup>20</sup> CNIL, Rapport 2001.

<sup>21</sup> Délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle - Autorisation unique n° AU-004. Son article premier précise que « *Seuls peuvent faire l'objet d'un engagement de conformité par référence à la présente décision unique les traitements mis en œuvre par les organismes publics ou privés dans le cadre d'un dispositif d'alerte professionnelle répondant à une obligation législative ou réglementaire de droit français visant à l'établissement de procédures de contrôle interne dans les domaines financier, comptable, bancaire et de la lutte contre la corruption. Conformément à l'article 7 (5°) de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, entrent également dans le champ de la présente décision : 1. les traitements mis en œuvre dans les domaines précités par les entreprises concernées par la section 301 (4) de la loi américaine dite "Sarbanes-Oxley" du 31 juillet 2002, ainsi que par la loi japonaise "Financial Instrument and Exchange Act" du 6 juin 2006, dite "Japanese SOX". 2. les traitements mis en œuvre pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles au sein de l'organisme concerné* ».

<sup>22</sup> Délibération n° 2011-405 du 15 décembre 2011 autorisant la société ROBERT HALF à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle.

<sup>23</sup> Délibération n° 2011-345 du 10 novembre 2011 autorisant la société EDF SA à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle.

<sup>24</sup> Délibération n° 2011-346 du 10 novembre 2011 autorisant la société THALES à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle.

<sup>25</sup> Délibération n° 2012-395 du 8 novembre 2012 autorisant la société l'Oréal à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle.

- la possibilité de signalements anonymes.

La CNIL manifeste une grande réserve, compréhensible, lorsque le dispositif autorise des signalements anonymes<sup>26</sup>. Elle cherche à éviter que le dispositif d'alerte ne favorise un « système généralisé de délation grâce au recueil et au traitement de signalements anonymes »<sup>27</sup>.

Au final, on a quand même le sentiment que l'arrêt de 2009 a eu un effet contraire à l'objectif poursuivi, si on en juge par les domaines très vastes et très vagues des dispositifs d'alertes ayant donné lieu à une autorisation spécifique de la CNIL.

#### 2.2.5. - Le recours à la surveillance par des tiers

Ceux-ci peuvent être des clients, des usagers, voire des organismes officiels, témoins du comportement du salarié ou destinataires de correspondances du salarié portées ensuite à la connaissance de l'employeur et utilisées par ce dernier à l'appui d'une procédure de licenciement.

Ainsi, il a été jugé que dès lors que seuls les courriers à caractère privé étant couverts par le secret des correspondances, les lettres adressées à des organismes sociaux et professionnels pour dénoncer le comportement de l'employeur dans la gestion de l'étude ne revêtaient pas ce caractère et pouvaient être retenues au soutien d'une procédure disciplinaire (Soc., 15 décembre 2009, pourvoi n° 07-44.264, Bull. 2009, V, n° 284).

Le salarié, recruté en qualité de personnel médical dans un cabinet, soumis à une obligation de discrétion absolue en application des clauses de la convention collective, peut se voir reprocher les propos tenus en public « dans une agence bancaire ou dans des fonds de commerce du quartier » ou auprès de patients qui ne sont étayés par aucun élément et ont pour but de « ruiner la réputation » du médecin qui l'emploie (Soc., 7 octobre 1997, pourvoi n° 93-41.747, Bull. 1997, V, n° 303).

#### 2.2.6. - Le recours à la surveillance par les autorités judiciaires

Les agissements du salarié susceptibles de constituer des infractions pénales peuvent justifier, dans les conditions prévues par le code de procédure pénale, la mise en œuvre de mesures telles que la surveillance de l'intéressé - la filature - ou l'interception de ses correspondances émises par la voie des télécommunications, pour que soit établie la matérialité des faits allégués<sup>28</sup>. Ces mesures sont bien évidemment mises en place à l'insu de la personne visée.

C'est ainsi que le salarié peut se trouver faire l'objet de filatures ou d'écoutes dans le cadre de la politique de lutte contre le travail dissimulé ou à la suite de signalement dans les institutions sociales et médicosociales de cas de maltraitance, d'abandon ou d'absence de soins des personnes hébergées, ou encore les agressions sexuelles.

#### 2.2.7. - Le recours à l'autosurveillance du salarié lui-même

Notamment quand le salarié est soumis à des règles déontologiques. Le respect de ces règles impose un auto-contrôle et, à tout le moins, le respect d'un principe de précaution. Le salarié doit veiller à ne pas se placer dans certaines situations.

Le moniteur d'atelier d'un centre accueillant des jeunes gens fragilisés par un handicap doit savoir « garder une distance nécessaire » à leur égard, y compris lorsque le jeune, devenu majeur, a quitté le centre (Soc., 28 novembre 2002, pourvoi n° 11-20.070). Le comportement, en l'espèce, a été jugé comme constituant une faute de nature à justifier le licenciement du salarié pour faute grave, en raison de « la violation des règles éthiques et déontologiques ». La violation de ces règles est donc regardée comme un manquement aux obligations contractuelles, ce qui autorise l'employeur à sanctionner sur le terrain disciplinaire un fait relevant de la vie personnelle.

De même, peut faire l'objet d'une sanction disciplinaire la méconnaissance par un éducateur des dispositions du règlement intérieur de l'institution qui l'emploie, spécialisée dans l'accueil des mineures en difficulté, qui interdisent aux salariés « de laisser les enfants ou adolescents, en séjour dans l'établissement ou pris en charge, pénétrer dans son appartement, son studio ou sa chambre, ou dans des locaux réservés aux adultes » (Soc., 13 janvier 2009, pourvoi n° 07-43.282, Bull. 2009, V, n° 3 : l'arrêt de la cour d'appel, qui avait annulé la mise à pied au motif que les faits reprochés au salarié, qui relevaient de sa vie personnelle, ne pouvaient constituer une faute, a été cassé). La cour a estimé que, s'agissant d'un établissement spécialisé dans l'accueil des mineures en difficulté, l'interdiction faite aux membres du personnel éducatif de recevoir à leur domicile des mineurs placés dans l'établissement était une sujétion professionnelle pouvant légalement figurer dans le règlement intérieur, cette restriction à la liberté du salarié, justifiée par la nature du travail à accomplir et proportionnée au but recherché, était légitime.

Un comportement méconnaissant des règles déontologiques peut également entraîner des sanctions pénales (Crim., 6 décembre 2000, pourvoi n° 00-83.386).

<sup>26</sup> Pour un exemple : délibération n° 2011-406 du 15 décembre 2011 autorisant la société AGGREKO FRANCE SARL à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle : « La Commission considère que l'obligation de s'identifier pour la personne à l'origine de l'alerte est de nature à limiter le risque de mise en cause abusive ou disproportionnée de l'intégrité professionnelle, voire personnelle des personnes concernées. L'émetteur de l'alerte professionnelle est invité à s'identifier. Son identité est traitée de façon confidentielle par les personnes chargées de la gestion des alertes. À titre exceptionnel, le prestataire peut être amené à recueillir une alerte anonyme. Dans ce cadre, l'alerte sera traitée dans les conditions suivantes : le traitement des alertes anonymes doit être entouré de précautions particulières, telles qu'un examen préalable, par son premier destinataire, de l'opportunité de sa diffusion dans le cadre du dispositif ; l'organisme ne doit pas inciter les personnes ayant vocation à utiliser le dispositif à le faire de manière anonyme. En ce sens, la publicité faite sur l'existence du dispositif doit en tenir compte. La procédure doit être conçue de façon à ce que les employés s'identifient auprès de l'organisation chargée de la gestion des alertes ».

<sup>27</sup> Rapport CNIL 2001, p. 55.

<sup>28</sup> Voir F. Desportes et L. Lazergues-Couquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2009, § 2246 et suivants.

En conclusion, quels enseignements tirer de la dialectique du fait et du droit ?

L'encadrement juridique de la surveillance du salarié a été posé. Les lignes directrices de la jurisprudence sont connues ainsi que son référentiel bâti sur les critères de justification et de proportionnalité.

Est-il temps alors de relâcher la surveillance de la surveillance ? Ce n'est pas certain. La règle de droit « *court* » toujours derrière la technique. Surtout, certaines évolutions ne peuvent manquer d'inquiéter. Pour les salariés qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur travail, le contrôle exercé sur l'activité peut être finalement perçu comme la nécessaire contrepartie de leur autonomie. L'essentiel est que le travail soit fait et bien fait. En revanche, lorsqu'à la surveillance individuelle et constante de l'activité professionnelle s'ajoute celle de la personne - le travailleur ne pouvant être dissocié de son travail -, le principe selon lequel le salarié ne doit pas faire l'objet d'une surveillance permanente n'est-il pas effectivement méconnu ?

Finalement, G. Orwell n'avait-il pas, malheureusement, raison : « *Big brother is watching you !* » ?

# Cybersurveillance du citoyen-salarié une « sur-veillance » pas vraiment virtuelle

Jean-Emmanuel Ray,  
Professeur à l'école de droit de Paris-I/Sorbonne

« Dans la vie, tout le monde prend des tuiles.  
Mais certains se les fabriquent eux-mêmes »  
Jules Renard, *Journal*, 1898.

Où est le bon vieux temps de l'arrêt du 26 novembre 2002, où un manager avait attendu tôt devant chez elle puis suivi pas à pas une déléguée médicale pas vraiment du matin ? « Une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur ».

Certes, la géolocalisation (ou plutôt la télélocalisation) ne date pas d'hier : des témoins racontaient à l'employeur avoir vu M. X... longuement attablé au café du commerce, le chef téléphonait au client pour savoir si le colis - et donc le salarié - était bien arrivé. Dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la TSF puis le téléphone fixe avait tué l'équation distance = indépendance et, avec elle, le métier de préfet ou d'ambassadeur.

Aujourd'hui, des logiciels de géolocalisation sont installés partout, et en particulier dans nos téléphones et autres ordiphones. Bref, dans ces « portables » qui ne nous quittent jamais, contrairement à la voiture équipée d'un gros GPS que le commercial prudent et avisé laissait bien en vue sur le parking du client avant d'aller vaquer à ses occupations très personnelles. Beaucoup plus précise, elle est par ailleurs permanente : techniquement, l'employeur titulaire de l'abonnement téléphonique peut alors suivre 24/7 le collaborateur. Doit-il rester le nez sur son écran toute la journée ? Que nenni : des logiciels permettent de l'alerter en affichant immédiatement la position du salarié quittant une zone prédélimitée.

La fin du délicieux « sous-préfet aux champs » d'Alphonse Daudet version 2013 - vous êtes à 569 km du siège et un peu en avance, la campagne est magnifique, une auberge conviviale vous tend les couverts à 500 mètres, vous sortez discrètement de l'autoroute... « Où vas-tu ? Que fais-tu ? » demande une voix nasillarde en provenance de La Défense.

Mais tout salaire méritant travail, sur le temps de travail, l'employeur est en droit de surveiller ses collaborateurs, dans le respect de l'article L. 1221-1<sup>1</sup> et des lois informatique et libertés.

La question la plus actuelle, mais aussi la plus complexe - le but de ces rencontres de la chambre sociale n'est-il pas de réfléchir ensemble sur des thèmes d'actualité ? - n'est pas la surveillance du salarié au travail en dehors de l'entreprise : c'est l'éventuelle surveillance du citoyen-salarié<sup>2</sup> en dehors des temps et lieux de travail.

Pourquoi cette attention *a priori* surprenante ?

77 % des internautes français sont membres d'un réseau social. Qu'y font-ils ? Ici, des directeurs commerciaux ou des chercheurs de services R&D mondialement connus commentent sur Twitter mais aussi le très dangereux car très convivial « Copainsd'avant » leur journée de travail, avec des détails qui intéressent vivement les ennemis de leurs amis (la concurrence).

Là, sans du tout penser à mal mais voulant simplement démontrer leurs exceptionnelles performances, de braves cadres mettent en ligne leur CV sur des réseaux professionnels comme Viadeo ou LinkedIn<sup>3</sup> avec des informations commerciales très sensibles : prix, clients nouveaux, croissance incroyable de tel produit, échec de tel autre pour telle raison, etc.

Ce qui inquiète légitimement de nombreux employeurs, dans le monde entier.

<sup>1</sup> Soc., 3 novembre 2011, pourvoi n° 10-18.036, *Bull.* 2011, V, n° 247 : « Un système de géolocalisation ne peut être utilisé par l'employeur pour d'autres finalités que celles qui ont été déclarées auprès de la CNIL et porté à la connaissance des salariés [...]. L'utilisation d'un tel système pour assurer le contrôle de la durée du travail, laquelle n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, n'est pas justifiée lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail » ; voir Ph. Florès, « La géolocalisation et le contrôle de la durée du travail : l'état des cartes », *Semaine sociale Lamy*, n° 1518, p. 7. Voir aussi cour d'appel de Bordeaux, 4<sup>e</sup> chambre civile, 27 novembre 2012, RG n° 11/06565 : un simple grisage des données est insuffisamment protecteur de la vie privée (« Dès que la localisation du salarié est effectuée en dehors de la sphère d'exercice du pouvoir de direction de l'employeur, à savoir en dehors des heures de travail, elle est illicite comme portant atteinte au droit au respect de la vie privée du salarié »), mais aussi de la liberté de circulation des représentants du personnel (« Seule une désactivation complète du dispositif de géolocalisation, impliquant qu'aucune donnée ne soit transmise à partir du véhicule, donc recueillie par l'employeur, est de nature à préserver totalement le libre exercice par les salariés de leur mandat représentatif »). Le 22 juin 2012, la formation contentieuse de la CNIL a prononcé une sanction pécuniaire de 10 000 euros à l'égard d'un employeur ayant refusé la demande d'un salarié voulant accéder aux données de géolocalisation du véhicule utilisé à titre professionnel, pour démontrer en justice le caractère professionnel de l'accident de la circulation dont elle avait été victime (mais l'on pense aussi au temps de travail...).

<sup>2</sup> Pour reprendre le sous-titre de l'ouvrage du doyen Ph. Waquet et de Yves Struillou, « *Pouvoirs et libertés dans l'entreprise* », édition Liaisons, 2<sup>e</sup> édition, septembre 2013.

<sup>3</sup> Viadeo revendique 6 millions de membres en France, contre 4 millions pour LinkedIn (mais 200 millions dans le monde).



## Conflit des logiques

**Côté chef d'entreprise, l'image de l'entreprise** est essentielle dans notre société de la réputation : il faut être bien placé sur le nouveau marché mondial de la vertu. Toute atteinte à cette image est donc mal ressentie, y compris d'ailleurs de la part de nombreux collègues trouvant les dérapages de quelques-uns dangereux pour leur emploi. Mais cette e-réputation est aussi essentielle pour attirer puis fidéliser les meilleurs collaborateurs. Bref, les discussions très critiques, voire dénigrantes, sur les profils ou les forums des 24 millions de *Facebookers* français peuvent coûter extrêmement cher.

Certes, à Clochemerle, la Boucherie Sanzot était-elle également sensible à sa réputation. Mais en 2013, avec la démocratisation du *Web 2.0* horizontal et interactif ouvert au monde entier, jamais si peu de personnes, pourvu qu'elles soient créatives ou hélas provocantes, n'ont pu créer autant de dégâts d'image à une entreprise, voire un groupe mondial dans son ensemble. Ainsi du feuilleton « @EquipierQuick » fin 2012, où un jeune collaborateur a *tweeté* 260 commentaires de plus en plus dénigrants sur cette chaîne de restauration rapide<sup>4</sup>. Mais c'est parfois l'employeur qui demande à ses collaborateurs, devenus « ambassadeurs » sur les réseaux sociaux externes, d'y être présents et très actifs, afin de valoriser la e-réputation de l'entreprise.

**Côté salariés, et en particulier pour les jeunes générations, ces très libres discussions orales/écrites ne portent pas à conséquence.** Et dans la culture du Net, où l'on « surfe » entre « amis », la liberté d'expression est considérée comme totale. Certes les salariés ont toujours eu besoin de se « dé-fouler », et « se payer le chef » n'est pas vraiment nouveau : mais, à la machine à café ou au Café du commerce, cette discussion très haute en couleurs réunit trois ou cinq collègues, ne laisse aucune « empreinte digitale » dans le marbre numérique, n'est ni enregistrée, ni dupliquée, ni *réexpédiée* au monde entier.

Sur Facebook, ce sont en moyenne 210 « amis » qui vont pouvoir immédiatement en profiter ; pour peu que le collaborateur ait ouvert son profil aux « amis de ses amis » (en clair, n'importe qui), ce sont 44 100 personnes qui peuvent prendre connaissance. Sans paramétrage spécifique ? Par défaut, le 1,1 milliard des *Facebookiens* de la planète...

## La question est loin d'être franco-française.

Grande victoire des syndicats californiens : depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, il est interdit à l'employeur d'exiger du candidat à l'embauche ses codes d'accès Facebook ou Twitter. En Irlande, des employeurs font la chasse aux arrêts maladie injustifiés en se promenant sur les pages Facebook des collaborateurs malades. Ainsi de cette assistante en arrêt pour d'insupportables migraines liées à son écran d'ordinateur, mais passant plus de six heures par jour sur le Réseau. Ou cette cadre harcelée en grave dépression professionnelle mettant en ligne des vidéos de fêtes pleines de gaieté, où elle mène une endiablée danse du canard... avec ses collègues du bureau, les lâches harceleurs.

## Trois mises au point :

1. Entre ce qui est techniquement possible et les pratiques des entreprises, le gap est infini : c'est une infime minorité qui se livre à d'éventuelles dérives, mais « *Big Brother* » fait vendre.

2. À l'instar des collaborateurs allant pleurnicher en justice car ils ont été sanctionnés ou licenciés en raison de leur nombreux surfs très personnels sur le temps et lieu de travail (principe élémentaire : pour faire respecter sa vie personnelle, il faut d'abord ne pas l'importer massivement dans l'entreprise), ceux qui se plaignent d'incroyables intrusions patronales dans leur vie privée à l'extérieur ne ressemblent-ils pas à ces propriétaires s'étant fait cambrioler après avoir laissé leurs clefs sur la porte et le numéro du coffre bien en évidence<sup>5</sup> ?

Faut-il alors vraiment compatir aux malheurs de ces adultes pleurnichant sur leur vie privée alors que, pour exister sur la Toile, ils « *publient* » partout un maximum de textes, photos et vidéos ? Les « *murs* » de Facebook ont des oreilles, mais surtout les yeux du milliard d'amis de nos amis d'amis.

Au XXI<sup>e</sup> siècle, il faut avoir un QI numérique minimum, et éviter de jouer au Grand Poucet afin de ne pas finir comme le Petit Chaperon Rouge : « *Grand Frère Facebook, as-tu vraiment besoin de collecter et d'enregistrer toutes ces informations sur moi et tous mes contacts ?* » - « *C'est pour mieux te connaître, mon enfant* ».

3. Ce qui est ici décrit n'est qu'une manifestation supplémentaire de la dissolution des frontières vie professionnelle / vie personnelle, facilitée par le caractère immatériel du travail et des communications d'aujourd'hui.

Il nous faut inventer un code du savoir-vivre au pays des TIC.

<sup>4</sup> L'auteur, qui avait fait déjà moult procès (à ses parents, son lycée, le procureur de la République, Facebook, etc.) écrivait par exemple : « *Une sauce a passé la nuit hors du frigo mais j'ai reçu l'ordre de la mettre en place pour midi* », et autres « *problèmes d'hygiène* », comme la chaîne du froid non respectée ou des traces de sauces datant de plusieurs jours sur les murs de la cuisine. Licenciement pour faute grave : « *Les propos infondés tenus par le compte @EquipierQuick au site Mlactu ont mis à jour la volonté délibérée de nuire et la recherche d'une publicité personnelle au détriment de ses collègues et de l'enseigne* ».

<sup>5</sup> En janvier 2009, le très sérieux site français « *Le Tigre* » publiait un article de plusieurs pages avec beaucoup de croustillants détails montrant ce qui peut arriver à n'importe quel internaute. À force de vagabonder sur le *Web* (blogs, Facebook, Twitter, Instagram, forums...), ce cousin de Narcisse y laisse de multiples traces (textes, photos et vidéos) permettant ensuite à un tiers de reconstituer comme un puzzle sa vie personnelle, et parfois son environnement professionnel : « *Bon anniversaire, Marc. Le 5 décembre 2009, tu fêteras tes trente ans. Tu permets qu'on se tutoie, Marc ? Tu ne me connais pas, c'est vrai. Mais moi, je te connais très bien. C'est sur toi qu'est tombée la (mal)chance d'être le premier portrait Google du Tigre. Tout simple : on prend un anonyme et on raconte sa vie grâce à toutes les traces qu'il a laissées, volontairement ou non, sur internet. Un message se cache derrière cette rubrique ? Evidemment ! L'idée qu'on ne fait pas vraiment attention aux informations privées disponibles sur internet ; or, une fois synthétisées, elles prennent soudain un relief inquiétant. Je préfère te prévenir : ce sera violemment impudique, mais c'est pour la bonne cause. Et puis, c'est de ta faute : tu n'avais qu'à faire attention. Je t'ai rencontré, cher Marc, sur Flickr, cette immense banque d'images qui permet de partager ses photos avec ses amis, puis sur Facebook : tu es célibataire et hétérosexuel. Au printemps 2008, tu as eu une histoire avec Claudia, qui travaille au centre culturel franco-autrichien de Bordeaux : elle est charmante, cheveux courts, très jolies jambes ! Le 31 mai, vous aviez une façon de vous enlacer qui ne laisse que peu de doutes. Et le 22 juin, cette fois c'est sûr, vous vous tenez par la main lors d'une petite promenade au Cap-Ferret. Avant Claudia, tu étais avec Jennifer (ça a duré deux ans), qui s'intéressait à l'art contemporain : le 12 janvier 2007, vous avez visité ensemble Beaubourg ; tu l'as emmenée le lendemain au concert de Madonna à Bercy. Elle a habité successivement Angers puis Metz, son chat s'appelle Lula, et physiquement elle a un peu le même genre que Claudia...* » Pour vivre heureux demain, vivons numériquement cachés aujourd'hui.

## A. - Une surveillance potentiellement permanente

### A.1. - Esclavage et servage étant abolis, quelle peut être la légitimité d'un employeur à contrôler ce que font ses salariés lorsqu'ils ne sont pas au travail ?

N'étant plus subordonné, le citoyen fait ce qu'il veut. Et s'il met en cause un collègue ou son employeur, le droit commun de la responsabilité, civile ou pénale, trouvera à s'appliquer.

**1. - Stratagèmes ?** Comment l'employeur peut-il avoir accès à ces écrits, photos ou vidéos *a priori* privés ? Dans la plupart des cas, sans aucune manipulation ni stratagème. Un candidat à l'embauche se présente : quoi de plus simple que taper son nom sur *Google* puis de naviguer de lien en lien puisqu'ils sont ouvert à tous<sup>6</sup> ? Une enquête privée approfondie, mondiale, immédiate et gratuite.

Alors bien sûr, il n'est pas exclu que de très rares managers demandent à devenir « l'ami » de leurs collaborateurs pour avoir accès à de précieuses informations. Ou que la jeune stagiaire soit fermement priée de le faire, pour, le cas échéant, réaliser des captures d'écran : stratagème illicite.

**2. - Sur le fond ?** Dans l'entreprise, et *a fortiori* en dehors, le salarié, redevenu citoyen, bénéficie de sa liberté d'expression, l'une des plus grandes conquêtes de la Révolution : « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la Loi* » ; Voltaire a inspiré la liberté de communication figurant dans l'article 11 de la Déclaration de 1789.

Deux siècles plus tard, le Conseil constitutionnel l'a d'ailleurs repris à propos de la loi Hadopi, le 10 juin 2009, pour affirmer que « *la liberté d'expression et de communication par internet est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie, et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés* ».

Dans son arrêt Secodip du 5 mars 2008, la chambre sociale l'a décliné s'agissant de communication électronique : « *Vu l'article 10, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article premier de la loi du 21 juin 2004 ;*

*Attendu que, selon le premier de ces textes, des restrictions peuvent être prévues par la loi lorsqu'elles sont nécessaires à la protection des droits d'autrui, notamment pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles, de telles restrictions devant être proportionnées au but légitime poursuivi ;*

*Que, selon le second, l'exercice de la liberté de communication électronique peut être limité dans la mesure requise notamment par la protection de la liberté et de la propriété d'autrui ; qu'il en résulte que si un syndicat a le droit de communiquer librement des informations au public sur un site internet, cette liberté peut être limitée dans la mesure de ce qui est nécessaire pour éviter que la divulgation d'informations confidentielles porte atteinte aux droits des tiers ».*

**3. - Limites.** Mais, comme l'a constaté la Cour européenne des droits de l'homme à propos de syndicalistes espagnols<sup>7</sup> licenciés pour faute grave : « *L'article 10 de la Convention ne garantit pas une liberté d'expression illimitée. La protection de la réputation ou des droits d'autrui constituent un but légitime permettant de restreindre cette liberté d'expression.* » Ajoutant, dans l'attendu 76, bien peu dans la tradition de nos gauloises relations sociales : « *La Cour rappelle que pour pouvoir prospérer, les relations de travail doivent se fonder sur la confiance entre les personnes. Comme le juge du travail l'a souligné à juste titre, même si la bonne foi devant être respectée dans le cadre d'un contrat de travail n'implique pas un devoir de loyauté absolue envers l'employeur ni une obligation de réserve entraînant la sujétion du travailleur aux intérêts de l'employeur, certaines manifestations du droit à la liberté d'expression qui pourraient être légitimes dans d'autres contextes ne le sont pas dans le cadre de la relation de travail. De plus, une atteinte à l'honorabilité des personnes faite par voie d'expressions grossièrement insultantes ou injurieuses au sein du milieu professionnel revêt, en raison de ses effets perturbateurs, une gravité particulière, susceptible de justifier des sanctions sévères.* »

**4. - Démontrant une fois de plus l'évolution d'un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail<sup>8</sup>,** la chambre sociale se montre pour sa part très ferme dans sa défense de cette liberté depuis l'arrêt Pierre de 1999. Ainsi, dans celui du 27 mars 2013<sup>9</sup>, où un directeur commercial avait été licencié pour faute lourde en raison de la lettre pour le moins critique adressée aux membres du conseil d'administration et aux dirigeants de la société mère : « *Décisions incohérentes et contradictoires qui compromettent la pérennité de l'entreprise* », « *désordre interne, détournement* », « *abus d'autorité, conséquences financières et sociales désastreuses* ». La cour d'appel avait disqualifié la faute lourde en faute grave, mais confirmé le bien-fondé du licenciement.

Cassation : « *Sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression* ». Et dans cette affaire, « *la lettre litigieuse ne comportait pas de termes injurieux, diffamatoires ou excessifs* ». « *Détournement* » : ni abus, ni diffamation, ni même terme excessif ?

### A.2. - La vie privée du citoyen ne peut en principe fonder une sanction disciplinaire

« *Un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut, en principe, justifier un licenciement disciplinaire, sauf s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail* » : l'arrêt du 3 mai 2011 a fixé la jurisprudence de la chambre sociale. La vie privée et autres surfs sur les réseaux sociaux en

<sup>6</sup> Avec des agrégateurs comme 123.people.

<sup>7</sup> Pas inintéressant s'agissant du Net, où le style est oral mais où les mots qui fâchent restent écrits : « *43. Les requérants se sont exprimés par écrit, et non dans le cadre d'un échange oral et spontané d'opinions, avec une diffusion générale dans l'entreprise, au moyen du bulletin syndical et du tableau d'affichage. Il s'agit, par conséquent, d'une activité réfléchie des requérants, qui étaient pleinement conscients des conséquences de leurs actes et de la manière dont ils pouvaient nuire à la réputation d'autres personnes.* »

<sup>8</sup> Conclusion de Gilles Trudeau au colloque de *Droit social* d'octobre 2009, publié dans le numéro spécial de janvier 2010 : « *Vie professionnelle et vie personnelle* ».

<sup>9</sup> Soc., 27 mars 2013, pourvoi n° 11-19.734, FS-P+B.

dehors des temps et lieu de travail ne concernant pas l'exécution du contrat, l'employeur ne peut exercer son pouvoir disciplinaire à l'égard d'un collaborateur dont les actes de la vie personnelle lui déplaisent, voire lui posent un réel problème dans notre société de l'image (de marque).

Et comme l'avait relevé la chambre mixte le 18 mai 2007<sup>10</sup>, « *un trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise ne permet pas en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est survenu* ».

Comme le notait le Rapport 2008, « *La Cour de cassation réaffirme avec force le principe de la séparation entre les faits relevant de la vie privée, sur lesquels l'employeur ne peut pas s'appuyer pour prononcer une sanction disciplinaire, et ceux relevant de l'exercice du contrat de travail. La chambre mixte se situait en l'espèce dans le cadre d'une sanction disciplinaire, qui suppose par hypothèse de caractériser une faute à l'encontre du salarié, et non sur le terrain d'un licenciement non disciplinaire, qui aurait pu, lui, être justifié par l'existence d'un trouble objectif dans l'entreprise à condition de le démontrer. La notion de trouble objectif, invoquée par l'employeur en l'espèce, ne pouvait à l'évidence pas être accueillie dans ce contexte purement disciplinaire.* »

**A.3. - A contrario, un manquement à une obligation contractuelle inhérente au contrat** peut justifier un licenciement disciplinaire : obligation de non-concurrence<sup>11</sup>, loyauté minimum<sup>12</sup>, respect des règles de secret ou de confidentialité...

Aux temps et lieu de travail, la solution est aisée. Mais au centre-ville à 22 heures ?

**Une collègue reste une collègue.** Sur MSN hier, sur les réseaux sociaux aujourd'hui mais toujours en dehors des lieux et heures de travail, un superviseur poursuivi de ses lourdes assiduités deux de ses standardistes : « *Les propos à caractère sexuel et les attitudes déplacées du salarié à l'égard de personnes avec lesquelles il était en contact en raison de son travail ne relevaient pas de sa vie personnelle* » (Soc., 19 octobre 2011, pourvoi n° 09-72.672, Bull. 2011, V, n° 236).

**Mais un employeur reste l'employeur** si le différend est professionnel, même dans un cadre *a priori* privé pour les deux parties. Ainsi de cette salariée en arrêt de travail « *s'étant rendue à son club de bridge, où son employeur avait fait irruption brutalement en remettant en cause avec véhémence son état de santé et exigeant qu'elle lui remette son arrêt de travail* ». Prise d'acte justifiée, « *peu important que les faits, qui étaient relatifs à un différend d'ordre professionnel, se soient déroulés en dehors du temps et du lieu de travail* » (chambre sociale, 23 janvier 2013, pourvoi n° 11-20.356<sup>13</sup>). Or les « *différends d'ordre professionnel* » ne manquent pas sur les réseaux sociaux...

Sans aller jusqu'à la création d'un devoir de réserve, réservé aux fonctionnaires, comme l'a pourtant fait le conseil des prud'hommes de Guingamp le 20 octobre 2011<sup>14</sup> : « *En l'espèce, M. X... a choisi de partager sa page Facebook avec "ses amis et leurs amis", permettant ainsi un accès ouvert ; qu'il a même convié son employeur à venir lire ses propos. Attendu que tout salarié est tenu d'une obligation de loyauté dans l'exécution de son contrat de travail ; [...] Cette obligation consiste donc, de façon générale, à ne pas nuire à la réputation de son employeur durant toute l'exécution du contrat de travail, notamment par des actes de dénigrement contraires à l'intérêt de l'entreprise ; qu'en application de ce principe, le salarié qui blogue en dehors de ses heures de travail ne doit pas évoquer de manière négative l'entreprise qui l'emploie.* »

« **Les paroles s'envolent, les écrits restent.** » Il faut rappeler à tous ces inconscients Petits Poucets que, même si aucun écho de la très vive discussion d'hier sur le « *mur* » d'un collègue n'a été transmis à qui que ce soit, les propos en cause, même échangés entre « *amis* » (disons « *contacts* »), resteront gravés dans le marbre numérique et pourront ressortir dans quelques mois ou années, dans un tout autre contexte (ex. : quand le collègue tête de turc sera devenu grand chef).

Dès la connexion sur les réseaux sociaux, faudra-t-il un jour faire apparaître ce message automatique : « *Tout ce que vous allez écrire pourra être un jour retenu contre vous ?* »

## **B. - Réseaux sociaux externes : propos publics ou non publics ?**

Le samedi 22 novembre 2008 en fin d'après-midi, Mlle B., chargée du recrutement dans la société A, discute de chez elle avec Mme S. sur le mur de François, un de ses quinze « *amis* » de Facebook, parmi lesquels des collègues et anciens collègues.

Elle évoque un « *Club des Néfastes* » dans lequel veut entrer François, et indique à l'impétrant avec moult smileys et autres « *hi, hi* » le rite initiatique allant avec : « *Se foutre de la gueule de la DRH toute la journée sans qu'elle s'en rende compte, et lui rendre la vie impossible pendant plusieurs mois : après, nous pourrions examiner votre candidature* ». Mme S. répond immédiatement : « *Bienvenue au Club, mon cher François* ». Mais un de ses « *amis d'amis* » transmet une copie d'écran à la direction : Mlle B. et Mme S. sont mises à pied puis finalement licenciées pour faute grave le 21 janvier 2009. Elles saisissent le conseil des prud'hommes de Boulogne-Billancourt, qui, comme souvent, fait appel au juge départiteur pour trancher : faute grave reconnue. Appel.

<sup>10</sup> Cf. Ph. Waquet : « Trouble objectif : retour à la case Départ », *Semaine sociale Lamy*, 4 juin 2007, p. 5.

<sup>11</sup> Soc., 12 janvier 2005, pourvoi n° 02-46.002 : le salarié menant une activité concurrente à celle de son employeur pendant un arrêt maladie commet une faute grave.

<sup>12</sup> Soc., 25 juin 2002, pourvoi n° 00-44.001, Bull. 2002, V, n° 211 : le salarié en arrêt maladie qui avait tenu publiquement des propos particulièrement insultants et injurieux à l'encontre des membres du personnel de l'entreprise a manqué à son devoir de loyauté et commis une faute grave.

<sup>13</sup> « *Dans la soirée du 28 juin 2006, alors que la salariée, qui était en arrêt de travail depuis le même jour, s'était rendue à son club de bridge, l'employeur avait fait irruption brutalement dans la pièce où se trouvait Mme Y..., remettant en cause avec véhémence l'état de santé de celle-ci et exigeant qu'elle lui remette son arrêt de travail, et qu'agressée publiquement, l'intéressée, choquée, s'était trouvée dans un état de sidération nécessitant le secours des personnes présentes. La cour d'appel a ainsi caractérisé un manquement suffisamment grave de l'employeur à ses obligations justifiant la prise d'acte, peu important que les faits, qui étaient relatifs à un différend d'ordre professionnel, se soient déroulés en dehors du temps et du lieu de travail.* »

<sup>14</sup> Conseil des prud'hommes de Guingamp, 20 octobre 2011, n° 10/00097.

Discuter sur un réseau social externe un samedi soir, de chez soi et sur son propre matériel, relevant *a priori* de la vie personnelle, un trouble objectif grave pouvait fonder un licenciement pour simple cause réelle et sérieuse, non pour faute. Mais la lettre de licenciement ne visant que des fautes, la cour d'appel ne pouvait tenter de couper la poire en deux en choisissant ce dernier terrain, nettement moins glissant que le terrain disciplinaire. Le 22 février 2012, la cour d'appel de Versailles a évité la question en réformant la décision sur la règle « *non bis in idem* » : mise à pied + licenciement...

### B.1. - Les réseaux sociaux externes facilitent pour l'employeur la démonstration d'un trouble objectif grave

Quel trouble caractérisé aurait pu démontrer l'entreprise ?

Tout dépend du caractère privé ou public : si le réseau est considéré comme public, que de nombreux autres salariés mais aussi de futurs candidats, voire des clients tombent sur cet étalage de problèmes internes fait désordre : « *Mme B. a nui à l'image de la société en raison des fonctions qu'elle exerçait en sa qualité de chargée de recrutement, la conduisant à être en contact avec des candidats et des futurs candidats.* » Comme le remarque justement le conseil des prud'hommes, Mme B., cadre RH chargée du recrutement, était donc le premier contact de l'entreprise avec ses futurs collaborateurs : double qualité qui aurait dû l'inciter à plus de prudence, à l'instar de journalistes célèbres devant se montrer raisonnable sur leur blog personnel : si un présentateur du 20 heures se met à y soutenir ou au contraire descendre d'éminentes personnalités politiques...

Plus généralement, en cas de dérapage, les réactions écrites de clients ou fournisseurs scandalisés étaient hier fort rares : rédiger, affranchir puis envoyer une lettre manuscrite pour se plaindre de l'attitude de tel salarié... Avec les si simples courriels et pages Facebook en particulier, ces réactions sont aujourd'hui rapides, nombreuses, mais aussi beaucoup plus vives, avec leur ton plus oral qu'écrit.

Horizontal et interactif, le Web 2.0 s'enflamme enfin beaucoup plus vite que le blog d'hier, lu par la seule famille du collaborateur. Avec le Web 2.0, la bêtise pense... et publie.

### B.2. - Réseaux sociaux externes : espace public ou non public ?

- S'agissant de blogs<sup>15</sup> et autres sites directement accessibles à tous à partir de Google notamment, la question ne se pose guère, car le caractère public des propos est avéré. À moins qu'un code d'accès ne soit exigé pour accéder à certains espaces, comme c'est le cas pour nombre de sites syndicaux d'entreprise ne voulant pas permettre à des tiers d'avoir accès à des informations sensibles. Accès limité qui doit devenir la norme avec la création par la loi Sapin de la fameuse BDU, la banque de données unique...

- Twitter joue le jeu de la transparence : « *Ce que vous dites sur Twitter est visible partout dans le monde instantanément.* » En principe espace public donc, *a fortiori* dans ce monde de communicants à l'ego surdimensionné où ce qui compte est le nombre de « *suiveurs* ».

- Et Facebook ? Nos « *amis Facebook* » sont-ils nos amis ? Poser la question, c'est déjà y répondre : souvent de très vagues contacts, mais comme tout un chacun doit montrer qu'il a le maximum d'« *amis* », ils sont souvent acceptés. Y compris d'ailleurs des personnes qui ne vous veulent pas du bien, voire faire une capture d'écran vous conduisant à Pôle emploi, y compris par pseudonyme<sup>16</sup> interposé (stratagème exclu en droit du travail).

Les juges du fond s'étaient divisés, sinon opposés, comme l'avait constaté la cour de Rouen le 15 novembre 2011<sup>17</sup> : « *Il ne peut être affirmé de manière absolue que la jurisprudence actuelle nie à Facebook le caractère d'espace privé, alors que ce réseau peut constituer soit un espace privé, soit un espace public, en fonction des paramètres effectués par son utilisateur.* »

#### « *Vie privée sociale* » contre « *vie privée personnelle* »<sup>18</sup> ?

Alors les « *amis d'amis* »... Absolument n'importe qui, comme l'avait relevé la cour d'appel de Reims le 9 juin 2010 : « *Nul ne peut ignorer que Facebook ne garantit pas toujours la confidentialité nécessaire. Le "mur" s'apparente à un forum de discussion qui peut être limité à certaines personnes ou non. M. X... évoque un accès bloqué à son profil sur Facebook à toute personne non souhaitée ; toutefois, en mettant un message sur le*

<sup>15</sup> Voir TGI Paris, 17<sup>e</sup> chambre correctionnelle, 17 janvier 2012, RG n° 10/340083 : « *Le passage litigieux ("Journée de merde, temps de merde, boulot de merde, boîte de merde, chefs de merde [...] ; J'aime pas les petits cheffillons qui jouent au grand"), dont il n'est pas contesté qu'il a été rédigé et posté sur le mur Facebook de "CGT-faptwebhelp" par le prévenu, comporte clairement des expressions outrageantes à l'encontre de la direction de l'entreprise, ainsi que l'adresse de postage des propos mentionnant expressément le nom de la société et l'un de ses syndicats. Il n'est pas douteux, par ailleurs, à la lecture des pièces produites aux débats, que Virginie D., qui est la supérieure hiérarchique directe d'Eric B., se soit sentie - comme elle l'a rappelé à l'audience - visée personnellement par le terme de "petits cheffillons". Les expressions incriminées excèdent les limites de la critique admissible, y compris lorsqu'elle s'exerce dans un cadre syndical, par l'utilisation de mots ou de termes insultants ou injurieux, voire vexatoires. Les propos seront donc considérés comme injurieux » (500 euros d'amende avec sursis).*

<sup>16</sup> Raison pour laquelle ce type de dérapage est tout à fait exceptionnel sur un réseau social interne, où le pseudonymat est exclu et l'accès permanent de l'employeur garanti.

<sup>17</sup> Cour d'appel de Rouen, 15 novembre 2011, RG n° 11/01827.

<sup>18</sup> Pour reprendre le distinguo de Ludovic Pailler (*Les réseaux sociaux et le respect du droit à la vie privée*, éditions Larcier, 2012). L'auteur y oppose la « *vie privée personnelle* » telle qu'elle ressort classiquement de l'article 9 du code civil et la « *vie privée sociale* », reprenant ainsi l'expression de notre collègue J.-P. Marguénaud, elle-même issue de l'arrêt Niemietz de la Cour européenne des droits de l'homme, évoquant « *la façon dont l'individu forge son identité sociale par le développement des relations avec ses semblables. C'est dans le cadre de leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur* », et qui s'épanouit pleinement dans Facebook and Co. Voir aussi Cour européenne des droits de l'homme, 2<sup>e</sup> section, 19 octobre 2010, Özpinar c/ Turquie, requête n° 20999/04 : après avoir rappelé que ce droit « *comprend aussi le droit de mener une "vie privée sociale", à savoir la possibilité pour l'individu de développer son identité sociale* » (§ 45), la CEDH souligne qu'il n'y a aucune raison de principe de considérer que la « *vie privée* » exclut les activités professionnelles. Des restrictions apportées à la *vie professionnelle* peuvent tomber sous le coup de l'article 8 lorsqu'elles se répercutent dans la façon dont l'individu forge son identité sociale par le développement des relations avec ses semblables. Il convient sur ce point de noter que c'est dans le cadre de leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum, d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur » (§ 46). Mais opposition bien réelle entre elles, car la *vie privée sociale* peut porter, surtout sur les réseaux sociaux, de graves atteintes à la *vie privée personnelle*... et à la *vie professionnelle* (« *licenciement Facebook* »).

*mur d'une autre personne dénommée "ami", il s'expose à ce que cette personne ait des centaines d'"amis" ou n'ait pas bloqué les accès à son profil, et que tout individu inscrit sur Facebook puisse accéder librement à ces informations (coordonnées, mur, messages, photos).*

*Dans ces conditions et contrairement à ce qu'avance le salarié, il ne s'agit pas d'une atteinte à la sphère privée au regard de tous les individus, amis ou non, qui peuvent voir le profil d'une personne et accéder à son mur et aux messages qu'elle écrit ou qui lui sont adressés. Il n'y a donc pas de violation de la correspondance privée. »*

Alors exclusivement les amis (au sens FB) = espace privé, et au-delà (amis d'amis) = espace public ? L'adolescente aux 869 amis gèrerait un espace fermé privé ? Et le juriste méfiant aux trois amis qui lui ont garanti la fiabilité de leurs quatre amis, un espace public ?

**« Quand sur internet on vous propose un service gratuit, vous n'êtes pas le client : vous êtes le produit »**

Ce réseau « social » où l'on « surfe » nuit et jour avec des dizaines d'« amis » dans la pénombre de sa propre chambre affiche chaque jour (et surtout depuis sa calamiteuse introduction en bourse de mai 2012) davantage sa préoccupation essentielle : le respect de la vie privée de chacun. Or, par définition, il ne peut se développer qu'en obtenant toujours plus de renseignements sur celle-ci, afin de vendre cet exceptionnel ciblage aux publicitaires qui le font vivre<sup>19</sup>.

Osons ici sortir du strict cadre juridique pour examiner le modèle économique de ces réseaux dits gratuits, entreprises privées mais quasi monopolistiques, obtenant au préalable l'adhésion de chaque membre les autorisant à modifier comme bon leur semble leurs conditions générales d'utilisation et, le cas échéant, le paramétrage.

Ce qu'avait fait la cour d'appel de Besançon dans son remarquable arrêt du 15 novembre 2011<sup>20</sup> : « Facebook a pour objectif affiché de créer entre ses différents membres un maillage relationnel destiné à s'accroître de façon exponentielle par application du principe "les contacts de mes contacts deviennent mes contacts", afin de leur permettre de partager toutes sortes d'informations ; ces échanges s'effectuent librement via "le mur" de chacun des membres, auquel tout un chacun peut accéder si son titulaire n'a pas apporté de restrictions ;

*Il s'ensuit que ce réseau doit être nécessairement considéré, au regard de sa finalité et de son organisation, comme un espace public ;*

*Il appartient en conséquence à celui qui souhaite conserver la confidentialité de ses propos tenus sur Facebook, soit d'adopter les fonctionnalités idoines offertes par ce site, soit de s'assurer préalablement auprès de son interlocuteur qu'il a limité l'accès à son "mur".*

Facebook est en effet un espace public par destination. C'est indirectement ce à quoi a conclu la 1<sup>re</sup> chambre civile le 10 avril 2013.

### **Des milliers de faux @mis à la (petite) communauté d'intérêts**

Immédiatement mis en ligne sur internet, l'arrêt de la première chambre civile du 10 avril 2013 retient une solution d'un grand classicisme : l'existence d'une « communauté d'intérêts ».

*« Éliminons nos patrons, et surtout nos patronnes mal baisées qui nous pourrissent la vie !!! » « Sarko devrait voter une loi pour exterminer les directrice chieuses comme la mienne !! » « Elle est plus que jamais motivée à ne pas me laisser faire. Y'en a marre des connes ! »* avait « posté » une collaboratrice...

*« Après avoir constaté que les propos litigieux avaient été diffusés sur les comptes ouverts par Mme Y... tant sur le site Facebook que sur le site MSN, lesquels n'étaient en l'espèce accessibles qu'aux seules personnes agréées par l'intéressée, en nombre très restreint, la cour d'appel a retenu que celles-ci formaient une communauté d'intérêts. Elle en a exactement déduit que ces propos ne constituaient pas des injures publiques ».*

Selon notre collègue spécialiste Yves Mayaud, exclut en effet le caractère public « l'appartenance commune, des inspirations ou des objectifs partagés, formant une entité suffisamment fermée pour ne pas être perçue comme regroupant des tiers par rapport à l'auteur des propos ».

- C'est certainement le cas d'un « groupe Facebook » fermé ou d'un réseau social interne, par exemple créé par des salariés d'une même entreprise pour parler philatélie ou course à pied.

- Même s'ils ont en commun de vous apprécier, voire d'aimer le droit du travail, vos 242 « amis » constituent-ils pour autant une communauté d'intérêts ? Sélectionner ses contacts, est-ce en constituer une ? Quelles sont leurs seules « affinités », sinon votre ego, et surtout voir et être vus sur Facebook ?

La jurisprudence est heureusement plus sévère : s'agissant d'universitaires ayant mis en ligne une pétition diffamatoire, la cour d'appel de Paris avait remarqué, le 16 janvier 2003, que « la communauté scientifique ne se confond pas avec la communauté d'intérêts, la qualité d'universitaires-chercheurs étant insuffisante pour la caractériser ». Exact.

- L'arrêt du 10 avril 2013 précisant à juste titre que le profil Facebook en cause « n'était en l'espèce accessible qu'aux seules personnes agréées par l'intéressée, en nombre très restreint », sont donc exclus les comptes

<sup>19</sup> Ce qui fait souvent très désordre face aux lois informatique et libertés, et plus généralement à la protection des données personnelles, ayant accédé au rang de droit fondamental avec l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. D'où la guerre de tranchées entre le G 29 européen, Facebook et Google, fermement relayée par la CNIL le 10 septembre 2012 : « Le fonctionnement de la majorité des réseaux sociaux repose sur la mise à disposition d'un service gratuit en contrepartie d'une collecte d'informations pour une utilisation commerciale (analyse des profils et de la navigation sur internet pour délivrer de la publicité ciblée, transmissions de données à des tiers...). Or, il est difficile de déterminer le devenir de ces informations une fois qu'elles sont sur le réseau. »

<sup>20</sup> Cour d'appel de Besançon, 15 novembre 2011, RG n° 10/02642.

ouverts aux amis d'amis, et *a fortiori* publics. On peut s'attendre à une magnifique casuistique : 6 amis : ça va, 20 : bon ; 30, peut-être ? Mais sachant que la moyenne française est de 210 et qu'en dessous de 100, on passe pour un être asocial ?

Contrairement donc à ce que laisse penser une lecture un peu rapide, l'arrêt du 10 avril 2013 signifie que la majorité des comptes Facebook est publique<sup>21</sup>.

On espère que cette excellente solution sera reprise par la chambre sociale.

### Conclusion

1. - À l'instar de Guillaume d'Orange : « *Gardez-moi de mes amis...* » ;
2. - Au lieu de pleurnicher sur les déboires successifs dus à sa détestable e-reputation, l'*homo numericus* évite de laisser ses nouvelles « empreintes digitales » partout, et invite ses (vrais) amis à faire de même.
3. - Ces décisions très médiatisées ont eu au moins un aspect positif : mettre en garde les salariés sur les risques d'une utilisation laxiste du *Web*, qui n'est pas une zone de non-droit.
4. - Il faut donc d'abord prévenir, à l'instar du remarquable, car avant tout pédagogique, « *Guide AXA du bon sens numérique* » :

*« Entre l'image de marque de l'entreprise, la vie privée et la liberté d'expression, un équilibre fragile est à trouver. Pour l'atteindre, chacun doit prendre pleinement conscience de ses droits et de ses devoirs. Beaucoup de salariés ignorent les obligations qui leur incombent lorsqu'ils sont dans les médias sociaux, alors que ce sont les mêmes que dans le monde physique.*

*À travers vos profils, vos prises de parole ou celles de votre entourage, il est possible de vous identifier comme salarié d'une entreprise et de connaître votre fonction. Cela peut se faire à travers votre profil sur LinkedIn, votre biographie sur Facebook, mais aussi les contenus que vous publiez, ou qui sont publiés sur vous. En tant que salarié, votre marque personnelle est de facto en interaction avec la marque de votre entreprise.*

*C'est pourquoi il faut savoir les gérer, notamment dans les médias sociaux. Vous avez une vie personnelle et une vie professionnelle, alors pourquoi pas deux profils ? C'est une cloison qui sera plus étanche que les options de création de groupes proposées par Facebook et Google +, qui ne prennent pas en compte les évolutions de vos relations.*

*Tous les collaborateurs doivent respecter la confidentialité des informations qui leur sont confiées par leur employeur ou les clients de l'entreprise. Les informations sur les produits, les services, la fabrication, les plans marketing et commerciaux, les données financières peuvent avoir un caractère confidentiel, et leur divulgation serait préjudiciable pour l'entreprise ».*

---

<sup>21</sup> Mais la récente modification du paramétrage par Facebook, avec de nouvelles options « *Amis, sauf connaissances* » et « *Amis proches* » ne va-t-elle pas dans le sens de la communauté d'intérêts ? Question très, très perverse : en termes de vie privée, le titulaire ayant à sa disposition ces nouvelles options nettement plus restrictives ne va-t-il pas être moins sur la défensive, davantage s'épancher et donc donner encore davantage d'informations en pensant qu'il ne « *parle* » qu'à ses « *amis proches* » ? Car l'idée de « *communauté d'intérêts* » appliquée à Facebook, dont le modèle repose sur la monétisation de la vie privée des « *amis* », joue justement sur cette idée de « *communautés* » qui se croisent puis s'enlacent, au plus grand bonheur des annonceurs et donc de Facebook... Allant toujours plus loin dans le *data-mining*, ce duo constitue, lui, une véritable communauté d'intérêts.

## Débats autour de la quatrième table ronde : surveillance et cybersurveillance du salarié

### Intervenants :

François Ballouhey  
Jean-Emmanuel Ray  
Laurence Pécaut-Rivolier  
Emmanuel Dockès  
Alain Lacabarats  
Cyril Wolmark  
Yves Struillou

### M. le conseiller Ballouhey :

Le professeur Ray est toujours égal à lui-même, et c'est toujours un moment délicieux de l'écouter.

Vous finissez votre propos en disant : le contrôle est-il contre-productif ? Vous dites qu'il faut renvoyer chacun à l'autorégulation et vous opposez continuellement dans votre propos la vie réelle et la vie du droit. D'abord, c'est un petit peu original d'entendre un professeur de droit opposer ainsi la vie réelle et la vie du droit, comme si le droit n'avait pas quelques liens avec la vie réelle. C'est vrai que le temps du droit, le temps du juge, n'est pas le temps de la vie quotidienne, mais ça fait 2 000 ans, 4 000 ans, 10 000 ans que c'est comme ça. On sait bien qu'il est plus facile et rapide de casser la figure de son voisin plutôt que d'attendre une réparation indemnitaire de la part du juge. Les conséquences des uns et des autres seront différentes, mais le temps réel, c'est effectivement coup pour coup, le temps du droit, c'est le temps du procès. Et la vie sociale, c'est aussi la vie réelle, la vie judiciaire fait partie du réel. Alors je reviens à la fin de votre propos, contrôle contre-productif. Une grande partie de la théorie de la jurisprudence de la chambre sociale est fondée sur l'idée que l'employeur doit exercer un contrôle sur ses salariés parce qu'il y a un lien de subordination, que vous avez d'ailleurs rappelé tout au long de votre propos, et ce contrôle est bien nécessaire parce que l'employeur a, par ce contrôle, les moyens et le devoir de remplir ses obligations et ne serait-ce que, par exemple, l'obligation de santé et de sécurité. Il faut bien que l'employeur puisse mesurer un peu et pas seulement se satisfaire de : « *Tu as fait ton job, c'est bien* ». Je rebondis sur la fin de votre phrase et sur la fin de votre propos. On ne peut pas limiter le débat, que vous avez si brillamment illustré, par cette chute. On ne peut pas dire simplement : « *Le contrôle est contre-productif, ce qui m'importe, c'est le résultat* », puisque tout ce que nous faisons, vous et nous, chacun à nos places, c'est de s'assurer que la façon dont le résultat est obtenu est respectueux d'un certain nombre de règles et de rapports, qui ne sont pas simplement faits pour la beauté des dorures des palais de justice, mais pour la santé et la sécurité de chacun.

### M. le professeur Ray :

Sur la « vraie vie », il s'agissait d'un « *private joke* » : sur le Net, on oppose IRL (« *In real life* ») et vie sur le Réseau.

D'une part, pour reprendre une phrase d'Alain Supiot, que je répète volontiers à mes étudiants : « *La subordination à vie n'est pas un idéal insurpassable.* » D'autre part, de la famille à l'école puis l'entreprise, l'évolution de notre société mène à moins de subordination. Pour des raisons non pas juridiques mais d'abord sociétales, notre modèle de subordination forte est partout en train d'évoluer. Alors, bien sûr, je ne disconviens pas que le lien de subordination reste une réalité. Mais si je voulais vous provoquer, j'ajouterais... que l'esclavage a sans doute duré 4 000 ans, le servage 800 à 900 ans... La subordination, le contrat de travail ne deviendront-ils pas une phase dépassée de notre organisation sociale ? Bien sûr, ce n'est pas pour 2014 ou pour 2030, mais n'est-ce pas une évolution qui se dessine à long terme ?

### M. Ballouhey :

Vous dites que la subordination n'est pas la panacée, je veux bien en convenir et, sur ce point-là, c'est vrai qu'on n'est pas destiné à être dans la subordination la vie durant. Simplement, vous avez souligné l'apparition d'une nouvelle subordination qui existe désormais très clairement et qui va à la vitesse du Net. On la trouve dans la phrase du tribunal de Besançon que vous avez soulignée : « *Vous n'êtes pas le client, vous êtes le produit.* » Voilà une belle subordination.

### M. le professeur Ray :

Nous savons tous les deux que nous ne sommes plus dans la subordination mais dans quelque chose de peut-être pire au quotidien, qu'ont en commun certains magistrats et professeurs d'université. J'ai souhaité, et vous également peut-être, exercer un travail d'intérêt général sans patron ni subordination. Et pourtant, nous travaillons souvent le samedi, le dimanche et au-delà. Nous sommes peu sub/ordonnés mais nous soumettons à une sub/organisation beaucoup plus envahissante : comment refuser à un collègue un coup de main pour un article ?

Dans nombre d'entreprises, les équipes-projet n'ont pas non plus de patron au sens habituel. Mais quand vos *alter ego* Tom l'Américain ou Bernd l'Allemand vous envoient un mail un peu embêté : « *Peux-tu m'envoyer quand tu pourras la suite de notre projet ?* », on oublie les 35 heures et le travail dominical...

**Mme la conseillère référendaire Pécaut-Rivolier :**

J'aurais voulu parler éducation des enfants avec Jean-Emmanuel Ray.

Nous sommes bien d'accord sur le fait que nos enfants comme nous-mêmes doivent bénéficier d'une liberté d'expression totale et qu'en sortant du travail, ils peuvent avoir à dire à leurs amis qu'ils n'en peuvent plus de leur patron, de leurs conditions de travail ou de leurs collègues. Il se trouve que les nouveaux moyens de communication sont ceux que vous avez décrits, et notamment Facebook, et que la jeune génération va s'exprimer par ces canaux plutôt que par téléphone ou rencontre physique. Mais le contenu de ses propos et la nécessité de se défouler sont identiques.

Par conséquent, le point important n'est-il pas d'alerter nos enfants sur la différence entre sphère publique et sphère privée et sur la nécessité d'apprendre à se servir correctement des moyens de communication modernes, notamment Facebook, et des paramétrages appropriés, plutôt que de tenter de les dissuader de s'en servir ? Est-ce que, si on veut vraiment leur donner des conseils d'avenir, il ne faut pas plus essayer de faire la différence, pour laquelle ont opté un certain nombre de décisions de juges du fond, entre ce qui est visible de l'extérieur et ce qui ne l'est pas, entre ce qui est confidentiel et ce qui ne l'est pas ?

**M. le professeur Ray :**

En préparant cet exposé, j'avais une idée que je n'ai pas mise en œuvre : aller sur le *Web* pour chercher tout ce qui y concerne les intervenants de ce beau colloque, par exemple mon coauteur, ou notre Grande Organisatrice. Certains sourient et me répondent : « *Ne t'inquiète pas, tu ne trouveras rien, je ne suis pas sur Facebook ou Twitter* » (éclat de rire). Car tous ceux qui ont par exemple des enfants savent, ou plutôt ne savent pas toujours, et tant mieux pour eux, qu'il suffit d'aller regarder les photos que mettent en ligne nos enfants. Ce n'est certes pas nous qui nous exposons en ligne, ce sont des tiers dans une remise de décorations, mais aussi dans une fête d'enfants, voire un carnaval déchaîné... Et ces photos ne sont pas du tout celles qu'on aimerait voir diffusées. Ce que vous décrivez, Laurence, c'est l'opposition parents/trans-parents. Comme beaucoup ici, j'ai été éduqué sur le culte du secret : si dans la rue on me demandait comment je m'appelle, ce que font mes parents, je répondais « *Je ne sais pas* ». J'étais prêt à devenir un parfait salarié, déjà imprégné du culte du secret de l'entreprise-bunker. À l'inverse, nos enfants ont une culture d'exposition de soi, une « *extimité* » extrêmement dangereuse pour eux et leurs proches, et qu'ils ne savent pas entièrement maîtriser : il faut avoir au minimum trois cents amis pour être crédible !

Mais, pour terminer, il y a une chose importante : la nouvelle vogue des réseaux sociaux internes. Imaginez ce que représente un Facebook interne à BP, Total ou l'Oréal. Ces entreprises se disent justement : il faut réinternaliser tout ce qui déborde sur les réseaux sociaux externes comme Facebook. Il vaut mieux que les critiques restent chez nous et ne sortent pas à l'extérieur. C'est une forme intelligente de réponse - nécessairement partielle - à un débordement des critiques à l'extérieur.

**M. le professeur Dockès :**

Je voudrais répondre à deux-trois choses, d'abord au magnifique optimisme de Jean-Emmanuel Ray, qui nous dit que la subordination est en voie de disparition ; j'ai certes envie de le croire, car ce serait merveilleux.

**M. le professeur Ray :**

Pour le siècle prochain, comme je l'ai dit !

**M. le professeur Dockès :**

Pour l'instant, ce que je vois, c'est plutôt une montée de l'autoritarisme, notamment du fait des nouveaux moyens de contrôle et des nouveaux moyens de surveillance qui sont possibles et donc pas une disparition forcément immédiate de lien de subordination...

**M. le professeur Ray :**

Il n'en a jamais été question.

**M. le professeur Dockès :**

Je souhaitais aussi reposer la qualification de Facebook comme « *espace privé* », ou « *espace public* ». Si je vous ai bien entendu, de votre côté, vous considérez que c'est plutôt un espace public.

**M. le professeur Ray :**

Oui, par prudence, car son modèle économique consiste à créer des liens toujours plus larges. Réseau « *social* » où l'on « *surfe* » nuit et jour avec des dizaines d'« *amis* » dans la pénombre de sa propre chambre affiche chaque jour davantage sa préoccupation essentielle : le respect de la vie privée de chacun. Or, par définition, il ne peut se développer qu'en obtenant toujours plus de renseignements sur celle-ci, afin de vendre cet exceptionnel ciblage aux publicitaires qui le font vivre.

Osons donc sortir du strict cadre juridique pour examiner le modèle économique de ces réseaux dits gratuits, entreprises privées obtenant au préalable l'adhésion de chaque membre les autorisant à modifier comme bon leur semble leurs conditions générales d'utilisation et, le cas échéant, le paramétrage. Ce qu'a fait la cour d'appel de Besançon dans son remarquable arrêt du 15 novembre 2011 : « *Facebook a pour objectif affiché de créer entre ses différents membres un maillage relationnel destiné à s'accroître de façon exponentielle par*



*application du principe "les contacts de mes contacts deviennent mes contacts", afin de leur permettre de partager toutes sortes d'informations ; ces échanges s'effectuent librement via "le mur" de chacun des membres, auquel tout un chacun peut accéder si son titulaire n'a pas apporté de restrictions ; il s'ensuit que ce réseau doit être nécessairement considéré, au regard de sa finalité et de son organisation, comme un espace public ; il appartient en conséquence à celui qui souhaite conserver la confidentialité de ses propos tenus sur Facebook, soit d'adopter les fonctionnalités idoines offertes par ce site, soit de s'assurer préalablement auprès de son interlocuteur qu'il a limité l'accès à son mur. »*

Facebook est en effet un espace public par destination.

NB : entre-temps est intervenu l'arrêt de la 1<sup>re</sup> chambre civile du 10 avril 2013 : « *Attendu qu'après avoir constaté que les propos litigieux avaient été diffusés sur les comptes ouverts par Mme Y... tant sur le site Facebook que sur le site MSN, lesquels n'étaient en l'espèce accessibles qu'aux seules personnes agréées par l'intéressée, en nombre très restreint, la cour d'appel a retenu que celles-ci formaient une communauté d'intérêts ; qu'elle en a exactement déduit que ces propos ne constituaient pas des injures publiques* ».

#### **M. le professeur Dockès :**

Il me semble pourtant qu'en l'occurrence, les faits sont plus forts que les peurs. Certes, on peut comprendre la crainte devant l'irruption de nouveaux moyens de communication, aux inconnues nombreuses. Celle-ci est très présente, notamment chez ceux attachés aux secrets de famille. Et les dangers de l'outil Facebook sont incontestables. Mais il faut aussi se demander en définitive à quoi sert cet outil. Je rejoins ici ce que disait Laurence Pécaut-Rivolier : Facebook sert à la vie privée. Il s'agit d'une réalité pratique : ce qui se passe sur Facebook relève profondément de la vie privée. C'est bien le papa déguisé en Père Noël dansant dans une fête qui se retrouve sur Facebook. Dire qu'il s'agit d'un espace public est un point de vue technique qui n'y change rien : cette photo est un élément de la vie privée de la personne. Qu'on l'approuve ou qu'on le regrette, cette vie privée est aujourd'hui sur Facebook.

#### **M. le professeur Ray :**

Mais c'est une « *vie privée sociale* » au sens de la CEDH.

#### **M. le professeur Dockès :**

Dans ces conditions, protéger la vie privée, c'est protéger ce qui est placé sur Facebook. Prétendre protéger la vie privée et considérer que ce qui est sur Facebook et libre d'usage pour tous est un non-sens. Soit on considère que la protection de la vie privée est aujourd'hui une cause perdue, qu'elle n'a plus sens. Soit on considère que cette protection impose de protéger certains aspects de ce qui se passe sur Facebook. Le fait qu'un employeur puisse, comme on l'a vu dans certains espèces, sanctionner un dérapage du samedi soir, rien d'autre finalement qu'une conversation téléphonique dans laquelle un salarié se laisserait aller à dire : « *Ah qu'est ce qu'il m'emmerde X... , Y...* », c'est à mon avis l'archétype de l'atteinte à la vie privée.

#### **M. le professeur Ray :**

Juste sur le premier point, le titre de ma partie : je le reprends : « *Il : la surveillance numérique du citoyen salarié* ». Sous-titre : « *Une surveillance tout sauf virtuelle* ».

#### **M. le président Lacabarats :**

L'appréciation de ce qui relève du public ou du privé est une problématique très importante. Savoir si on est en présence d'un support où les personnes sont liées par une communauté d'intérêts, qui est le critère de l'espace privé, c'est vraiment compliqué et on a quand même un peu de mal à l'appliquer à des supports tels que Facebook ou Twitter.

Vous avez parlé tout à l'heure à juste titre de l'inadéquation potentielle de l'intervention du juge vis-à-vis d'internet, mais c'est un problème général que rencontre le juge dans tous les contentieux où est en cause internet. Je prends deux exemples récents. Une ordonnance de référé du président du tribunal de grande instance de Paris qui, sauf erreur de ma part, est du 24 janvier 2013, et une autre du président du tribunal de commerce de Paris du 1<sup>er</sup> février 2013. De quoi s'agit-il ? Dans la première affaire, on saisit le juge des requêtes ou des référés, pour obtenir l'identification de personnes qui ont diffusé, sur Twitter, des messages susceptibles de constituer des provocations à la haine raciale. Première problématique. Deuxième problématique, celle jugée par le tribunal de commerce de Paris : il s'agit d'obtenir l'identification des personnes qui sont susceptibles d'avoir mis en ligne des messages publicitaires constitutifs de concurrence déloyale à l'égard d'une autre entreprise. Qui sont les défendeurs à l'action ? La société américaine Twitter, dans la première affaire jugée par le tribunal de grande instance de Paris, et Google dans la deuxième affaire, jugée par le tribunal de commerce de Paris. Que font les juges dans ces affaires ? Ils prononcent des injonctions de communication d'informations sous astreinte. Ce sont certainement de bonnes mesures, mais elles ne sont pas susceptibles d'exécution sans exécution volontaire ou *exequatur*, et ça montre bien le décalage entre les pouvoirs théoriques du juge et l'application concrète des mesures, et cela dépasse très largement le domaine du droit du travail, c'est un problème que rencontre tout juge dans tous les contentieux pour tous les cas où il est confronté à internet.

#### **M. le professeur Wolmark :**

Je voulais juste dire un mot sur la prise en compte des nouvelles technologies quand on est travailleur. Je n'ai pas l'impression que l'irruption des nouvelles technologies perturbe à ce point-là le travailleur, et j'ai même plutôt le sentiment que la chambre sociale, à chaque fois qu'elle est saisie de ces questions un peu nouvelles, s'en sort très bien avec des principes plus ou moins anciens. Ce qui me paraît plus nouveau et parfois moins vu, c'est ce que sous-entend, pour reprendre votre phrase, « *le citoyen n'est plus client, il est produit* ». Je dirai même que le citoyen est devenu producteur et producteur d'un travail gratuit. On peut penser à Wikipédia, aux œuvres

dites collaboratives. Ce travail gratuit grâce aux nouvelles technologies d'information et de communication pose vraiment des questions de fond aux travaillistes. Il y a des questions de propriété intellectuelle, qui vont surgir un jour ou l'autre, mais il y a aussi des questions de solidarité qui se posent. Quand une personne travaille gratuitement sur internet en collaborant à une œuvre et que le gérant du site gagne de l'argent, je me demande où sont les cotisations sociales, où est la rémunération, où est l'éventuelle protection du producteur citoyen ? Or, sur cette apparition d'un travail non rémunéré, volontaire, qui participe de la richesse nationale mais qui n'est pas pour autant intégré dans le calcul des prestations sociales ou même dans la prise en compte de la solidarité, il y a un vaste champ de réflexion dont les travaillistes ont à se saisir.

**M. le professeur Ray :**

Vous avez parfaitement raison. Quiconque va sur internet, sur le site d'un journal du soir et d'hebdomadaires les plus variés, découvre des dizaines et des dizaines de personnes qui contribuent gratuitement à leur contenu. Mais il ne faut pas non plus voir des salariés partout, y compris sur Wikipédia ! Vive l'acte gratuit et le partage des connaissances ! Sur le plan du droit du travail, y a-t-il subordination alors qu'ils contribuent à leur rythme, quand et comme ils le souhaitent... souvent pour la fierté d'apparaître sur le site d'un journal ?

**M. le professeur Dockès :**

Cette discussion public-privé est vraiment cruciale. Pendant longtemps, on a pensé que la vie privée était peu diffusée. Elle s'arrêtait au cercle des proches. Tandis que la vie publique était caractérisée par la diffusion au public. Il me semble que c'est ceci qui vient de craquer. Aujourd'hui, la vie privée est diffusée. Mais elle n'en demeure pas moins de la vie privée. Il existe une vie privée qui n'est pas restreinte quant à son public, sans changer pour autant de nature. C'est un peu comme si vous aviez volontairement enlevé les rideaux de votre maison de village. Désormais, chacun peut voir à l'intérieur. Pourtant, ce qui se passe chez vous relève encore de la vie privée. Facebook a très largement enlevé les rideaux, désormais les choses sont devenues extrêmement visibles. Est-ce qu'elles ont changé de nature ? Je crois que non. Il va falloir inventer une protection de la vie privée diffusée, laquelle doit être protégée, au moins quand on s'en sert de motivation pour licencier.

**M. Struillou :**

Je me demande si ce ne sont pas les rideaux, ou même les murs qui ont explosé. L'utilisation de Facebook par des collégiens, avec la mise en cause, dans des termes plus que vifs, soit de leurs collègues, soit de leurs camarades de classe, soit d'un professeur, pose indéniablement problème. Il est légitime que le professeur mis en cause demande la protection de son administration, parce que sa considération et sa personnalité sont mises en cause. La protection de la vie privée doit alors jouer dans les deux sens, de l'émetteur certes, mais aussi de la personne en cause. Partir du postulat que, y compris dans ces cas, les propos s'inscrivent toujours dans le cadre de la vie privée, est-ce une démarche pertinente lorsque l'honnêteté et la compétence des professeurs sont critiquées ou lorsque des élèves font l'objet de moqueries ou de dénigrements en rapport avec leurs origines ou leur apparence physique ? Le support des propos a lui-même une influence sur la nature de ces derniers. C'est une relation dialectique entre le support et l'information. À partir du moment où cette mise en cause est faite, que répondre à la personne mise en cause ? « *Vie privée. On ne peut rien faire* », alors que l'autorité hiérarchique est interpellée et qu'elle est tenue de prendre les initiatives qui s'imposent pour assurer la protection des élèves et des agents publics, notamment en engageant éventuellement une procédure disciplinaire à l'égard de l'élève quand ses propos ont dépassé ce qui est admissible et ont été mis sur la place publique ?

# Synthèse

Jean-Marc Béraud

Conseiller à la Cour de cassation

La synthèse est un art d'autant plus difficile que les thèmes abordés sont divers et, surtout, que la qualité de l'auditoire vouerait à l'échec toute tentative de faire passer un propos cousu de fil blanc pour une démonstration articulée autour d'un fil rouge. Le plus sage est peut-être alors de renoncer à une entreprise trop ambitieuse et de délaissier la synthèse au profit du journal. Non pas le livre-journal qui relate les opérations de la journée, mais le journal au sens que ce terme avait dans la France rurale ancienne, à savoir une étendue de terre susceptible d'être travaillée en une journée, ou une distance pouvant être parcourue dans ce même laps de temps. Cette superficie ou cette distance dépendaient, bien entendu, des difficultés du terrain et de l'habileté des hommes.

Pour notre journée, les difficultés du terrain étaient réelles. Pourtant, la distance parcourue est grande, les champs labourés l'ont été en profondeur. C'est que les hommes ont été à la hauteur des attentes.

Un premier champ intéresse les acteurs de la jurisprudence : le juge d'abord, mais aussi le justiciable, représenté par l'avocat, et l'universitaire. Un second s'attache à l'examen de certaines contributions jurisprudentielles sur des thèmes dits d'actualité et qui traduisent alors quelques ruptures sociales.

## I. - Juge, justiciable et universitaire

Le premier champ travaillé s'intéresse au juge et à la fonction de justice. Ouvrant la journée, le président Lacabarats a livré une intervention engagée, quasi militante, aux accents de réquisitoire : « *le Conseil de l'Europe rappelle avec constance que la crédibilité de l'action des juges et la confiance du public dans le fonctionnement du système judiciaire impliquent la mise en place de mécanismes simples et accessibles de règlement des litiges* », rappel suivi de ce constat du président : « *de ce point de vue, le droit du travail ne répond pas à cette condition* ».

Le propos n'était pas de pointer d'éventuels dysfonctionnements des juridictions du travail, mais de repenser le système de la justice du travail, confrontée à un excès de compétences juridictionnelles avérées et aux incertitudes en résultant, une justice fragilisée à la fois par l'excès et le trop-peu. Comment reconstruire un système replaçant le justiciable au centre de toutes les préoccupations afin qu'il ne soit plus victime d'une obscurité propice aux égarements, ni contraint à des parcours labyrinthiques, conduisant parfois à des allongements déraisonnables des délais de règlement de son litige ? Cette quête d'une justice du travail qui serait à l'image de la tragédie grecque - une seule action en un seul lieu et en un seul temps déroulé - a donné lieu à peu de débats. Signe d'un désintérêt ? Sans doute plus d'une résignation (« *mais que peut-on réellement changer ?* »). Certains y verront peut-être la fin des utopies. Il en est pourtant de nécessaires à l'action.

La présence du justiciable a également imprégné les exposés des professeurs Cyril Wolmark et Alain Supiot, du conseiller Jean-Yves Frouin ainsi que les débats qui ont suivi. M. Wolmark a invité notamment à faire une lecture des arrêts de la Cour de cassation à travers le regard du justiciable, et non plus seulement à travers celui de la communauté des juristes. Le diagnostic est alors un déficit de motivation et l'absence de pesée des intérêts en présence, contrairement aux pratiques des juridictions européennes, notamment de la Cour de Strasbourg. Les griefs adressés à la Cour de cassation relativement à la motivation de ses décisions sont anciens. Le juge de cassation a néanmoins le sentiment que des efforts ont été accomplis ces dernières années. Mais peuvent-ils conduire à une rupture alors que la fonction normative appelle l'énonciation plus que la motivation ?

Quant à la pesée des intérêts « incarnés », elle n'est pas absente de la réflexion du juge. Elle n'apparaît toutefois que rarement dans les décisions et reste limitée dès lors qu'un encadrement normatif oriente de façon suffisante la solution. En outre, une telle pesée relève en partie d'une fonction transactionnelle tendant à produire des décisions d'espèce, là encore en rupture avec le rôle de la Cour de cassation et de la conception française d'une normativité empreinte d'abstraction. Un autre risque de la pesée des intérêts incarnés découle assez directement de la postmodernité, dont le professeur Supiot a rappelé qu'elle était marquée par des difficultés d'identification des valeurs et une perte du sens pouvant conduire à placer sur les plateaux d'une même balance, d'un côté, des droits liés à la dignité et, de l'autre, des prérogatives liées à la liberté d'entreprendre... En cela, la pratique des juridictions européennes n'est pas nécessairement un modèle à suivre, et si la supériorité hiérarchique de ces institutions s'exprime dans l'autorité de leurs décisions, elle n'implique en rien une autorité de leur mode d'élaboration ou de leur construction formelle.

Les avantages de la pratique française n'ont d'ailleurs pas été ignorés par M. Wolmark. D'une certaine façon, cette pratique contribue à assurer la place et l'apport de la doctrine en tant qu'analyste critique et prospectif de la jurisprudence.

S'interrogeant sur la définition ontologique de la doctrine, M. Supiot a insisté sur la nécessité pour la science juridique de s'alimenter de discussions pour chercher le juste, afin d'aboutir à un système normatif énonçant le devoir-être en tenant compte des situations concrètes et en faisant appel à des disciplines extérieures. On témoignera ici que, dans les affaires délicates touchant des intérêts de société, c'est ce que tente de faire la chambre sociale. Ainsi, et pour ne prendre que ces exemples, deux séries d'arrêts récents relatifs à la protection

sociale complémentaire et à la manifestation de la liberté religieuse en entreprise ont été rendues après auditions de spécialistes apportant au juge des connaissances relevant d'autres savoirs. Mais là encore, ces apports, leur discussion, leur appréciation, notamment au regard d'un encadrement normatif existant, n'apparaissent pas.

La technique même de cassation s'y oppose en partie. Ses rouages ont été démontés avec une précision d'horloger par M. Frouin. Mais, derrière les développements consacrés au pourvoi, se profilent les avocats aux Conseils. Le juge doit en effet statuer dans le temps et surtout dans le champ du procès. Or, ce champ n'est pas fixé par lui, mais par les justiciables. Ce sont eux qui délimitent son périmètre d'action et, pour une grande part, placent dans le débat les moyens juridiques de cette action. La jurisprudence est donc aussi le produit d'une volonté des parties. M<sup>e</sup> Masse-Dessen a ainsi souligné l'importance des avocats aux Conseils, qui déterminent l'espace assigné au juge et servent souvent d'interface entre lui et la doctrine, dont le rôle et la déontologie sont aujourd'hui source d'interrogations pour certains.

La porosité entre des intérêts financiers d'universitaires, consultants ou avocats, et l'expression d'opinions doctrinales a en effet été l'objet de débats. Si poison il y a, quel peut être son degré de diffusion dans le corps universitaire et, surtout, pour ce qui est de l'objet de ces rencontres, quelle peut être son influence sur un juge plus informé qu'on ne le pense de ce qui pourrait relever du conflit d'intérêts et avant tout attentif à la pertinence juridique des moyens ou des opinions doctrinales qui lui sont soumis ?

En définitive, la première partie de la journée a porté sur l'acte de juger. Quels en sont les ressorts ? Si l'on peut démonter la technique, identifier les contraintes procédurales et leur influence sur le fond, reste, selon la formule du président Dutheillet de Lamothe, une alchimie, une part de mystère... Expression d'une forme de sagesse, d'audace, voire d'inconscience, l'acte de juger fait-il la jurisprudence ? Le professeur Antoine Jeammaud a souligné que, depuis une vingtaine d'années, on assiste à une appropriation par le juge de sa production normative. Plus enclin que par le passé à expliquer ses décisions, à les diffuser, à les synthétiser, à répondre à des questions, le juge participe davantage à la construction de la jurisprudence, qui, naguère, était plus largement fabriquée par le discours des auteurs. Mais ce changement est relatif. Juge, doctrine, avocat et, à travers ce dernier, justiciable demeurent les acteurs liés et obligés de la production jurisprudentielle. Leur action combinée contribue à ancrer la jurisprudence dans les évolutions de la société.

## **II. - Jurisprudence et société**

La seconde partie de la journée a été consacrée à des thèmes particuliers d'application de la norme : le CHSCT et la surveillance du salarié. Leur étude a montré la capacité de la jurisprudence à répondre à certaines évolutions de la société, même si les limites de cette adaptabilité ont aussi été soulignées.

### **A. - Le CHSCT : d'une société de la certitude à une société de l'inquiétude**

L'exposé conjoint du professeur Jean-Philippe Lhernould et du conseiller Laurence Pécaut-Rivolier, bel exemple de collaboration entre juge et universitaire, a donné une vision à la fois compacte et précise d'une institution en plein essor et qui, reposant sur des textes parcellaires, non coordonnés avec ceux relatifs aux autres institutions représentatives, ou faisant appel à des standards juridiques, a besoin plus que tout autre de l'apport du juge. Des notions comme celles de « *risque grave* » ou de « *projet important* » ne peuvent en effet saisir le réel qu'après que le juge a déterminé leur contenu.

Replacée dans une perspective historique, la question des risques est, pratiquement dans tous les domaines, marquée par le passage d'une société des certitudes à une société de l'inquiétude. En matière de relations de travail, l'implication des salariés dans la prévention des risques à travers une instance représentative est apparue dans une société industrielle, plus précisément dans des activités particulièrement dangereuses, comme les mines. Il s'agissait d'éviter la survenance d'accidents face à des dangers considérés comme avérés et comme précisément identifiés. Cette origine industrielle, transmise en dernière génération par le CHS, a imprégné le CHSCT lors de sa création en 1982, aussi bien dans la conception de ses missions que dans celle de son implantation. Mais les choses ont changé. L'attention nouvelle portée aux risques plus diffus des secteurs autres que le secteur industriel, aujourd'hui rétréci, peut ainsi conduire à la consultation obligatoire du CHSCT préalablement à la mise en place d'un système d'entretiens d'évaluation des salariés, ce qui était difficilement imaginable à l'origine. Surtout, il ne s'agit plus aujourd'hui de faire face à des risques prédéfinis et certains, mais avant tout de les identifier. De même, l'obligation pour l'employeur, par exemple, d'installer une barrière d'une hauteur précisément déterminée devant protéger le salarié du bâtiment s'est transformée en une obligation de prendre les mesures de prévention appropriées. Sur ce registre aussi, les certitudes ancrées dans des normes techniques ont cédé le pas à l'inquiétude manifestée des règles juridiques.

La question a alors été posée de la nécessité d'une intervention législative. Le juge est-il au bout de ce qu'il peut faire, en matière de périmètre d'implantation des CHSCT, question dont il a été dit qu'elle suscitait désarroi et incertitude chez les acteurs eux-mêmes ? Par ailleurs, même si l'on peut se demander dans quelle mesure le coût des expertises, souvent dénoncé comme excessif, serait pareillement critiqué si, à prestations identiques, ces études étaient demandées par l'employeur, l'absence de ressources financières des CHSCT conduit à des impasses : qui doit supporter le coût d'une expertise « *approuvée* » en première instance mais dont la nécessité est par la suite remise en cause par le juge d'appel ? Quelles conséquences tirer de la règle selon laquelle les frais de procédure sont à la charge de l'employeur, sauf abus du CHSCT, lorsqu'un tel abus sera constaté ? Plus immédiatement, quel sens a l'article 700 du code de procédure civile, relatif aux frais non compris dans les dépens, alors que, gagnant ou perdant son procès, l'employeur en sera toujours débiteur ?

### **B. - La surveillance du salarié : d'une société de la curiosité à une société de l'inquisition**

De l'exposé très complet du conseiller Yves Strouillou, il ressort que la surveillance du salarié est inhérente au contrat de travail. La définition de ce contrat inclut en effet l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un

employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements. Il ne peut donc y avoir contrat de travail sans surveillance du respect des ordres donnés. Partant, les limites de la surveillance sont assez faciles à tracer dans leur principe : liée à la condition salariale, la surveillance ne peut porter que sur l'exécution du travail. Ainsi limitée, la surveillance doit aussi présenter un certain nombre de qualités découlant de l'obligation de loyauté.

La jurisprudence est attentive à faire respecter ces limites, notamment à sanctionner la curiosité ancestrale d'employeurs portant leur regard au-delà du champ professionnel. Le danger vient aujourd'hui de l'efficacité des techniques d'investigation, notamment offertes par l'informatique et qui font que ce qui pouvait n'être qu'une société de la curiosité peut devenir aujourd'hui une société de l'inquisition.

Le professeur Jean-Emmanuel Ray a brossé un tableau se voulant inquiétant de ces techniques d'inquisition, de ces risques nouveaux, tout en pointant l'émergence et l'importance de la réputation, spécialement exprimée et mesurée sur la « toile ». Il a aussi pronostiqué, pour le siècle prochain, la disparition de la subordination au profit d'un autocontrôle exercé par le travailleur lui-même, auquel seront assignés des objectifs à atteindre.

Cette intervention a suscité des débats animés. Mise en garde contre des risques qu'il importe de connaître, en particulier celui de voir des éléments de sa vie privée diffusés sur des réseaux sociaux par ses amis ou ses enfants ? Certainement ! Propos alarmistes qu'il convient de relativiser ? Sûrement aussi ! Pour ne prendre que l'exemple de la réputation, combien de personnes sont encore assez naïves, à supposer qu'il y en ait jamais eu beaucoup, pour croire que les appréciations qu'on peut trouver sur internet concernant tel ou tel établissement émanent bien toutes de clients ? Qui ne sait qu'aujourd'hui, il est même des sociétés qui rémunèrent des anonymes pour ce genre de travail ? C'est même devenu un jeu pour les visiteurs de ces sites que tenter de dépister le vrai du faux. S'il ne faut donc pas sous-estimer les risques, il ne faut pas non plus sous-estimer la capacité d'adaptation et d'éducation des citoyens face à ces nouveaux outils.

Au plan juridique en tout cas, les régimes juridiques propres aux catégories de vie privée ou personnelle, et de vie professionnelle, ont vocation à recevoir application selon que la diffusion litigieuse est faite dans un espace fermé ou ouvert. Le président Lacabarats a en revanche souligné les difficultés tenant à la localisation des serveurs informatiques à l'étranger lorsqu'il est demandé au juge d'ordonner les mesures permettant d'identifier les auteurs de tel ou tel propos ou tendant à leur suppression. Là encore, les limites de son action n'ont pas été ignorées.

Certes, il est plus facile d'en appeler à une intervention législative en matière de CHSCT que d'en appeler à une intervention conventionnelle internationale en matière de réseaux informatiques. Les ruptures sociales sont aussi celles de la mondialisation. Mais, là encore, les chimères restent nécessaires. Que serait finalement un juge sans utopies ?



## Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

---

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la librairie de la Documentation française, 29-31, quai Voltaire, 75007 Paris

Je souhaite m'abonner<sup>1</sup> :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 91) : **146,90 €<sup>2</sup>**
- Abonnement annuel D.O.M.-T.O.M. : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon  
la zone de destination, tarif sur demande

Société : .....

Civilité - Nom - Prénom : .....

Complément de nom : .....

Adresse : .....

Complément d'adresse : .....

Code postal : .....

Ville : .....

Téléphone : ..... Télécopie : .....

Adresse électronique : .....

Numéro d'abonné (*si déjà abonné à une autre édition*) : .....

Numéro de payeur : .....

Date : ..... Signature : .....

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement,  
indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

---

<sup>1</sup> Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

<sup>2</sup> Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2013, frais de port inclus.



191137870-000913

Imprimerie de la Direction de l'information  
légale et administrative, 26, rue Desaix,  
75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le président de  
chambre à la Cour de cassation, directeur du  
service de documentation, d'études et du rapport :  
Daniel Tardif

Reproduction sans autorisation interdite  
-Copyright Service de documentation et d'études

Le *Bulletin d'information* peut être consulté sur  
le site internet de la Cour de cassation :

<http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction artistique : PPA ■ PARIS



# intranet

l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

Accessible par l'intranet justice, les magistrats y trouveront notamment :

- l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation depuis 1990 ;
- les arrêts publiés depuis 1960 ;
- une sélection des décisions des cours d'appel et des tribunaux ;
- des fiches méthodologiques en matière civile et en matière pénale ;
- les listes d'experts établies par la Cour de cassation et par les cours d'appel.



Prix : 8,80 €  
ISSN 0750-3865



Direction de l'information  
légale et administrative  
accueil commercial :  
01 40 15 70 10  
commande :  
Administration des ventes  
23, rue d'Estrées, CS 10733  
75345 Paris Cedex 07  
télécopie : 01 40 15 68 00  
[ladocumentationfrancaise.fr](http://ladocumentationfrancaise.fr)