



Libertés pour l'encadrement

*à la recherche des libertés professionnelles
dans l'entreprise*

Le + syndical

Janvier 2005

Libertés pour l'encadrement

À la recherche des libertés professionnelles dans l'entreprise

Un membre de l'encadrement peut-il refuser d'exécuter une mission qui lui est confiée ? Peut-il exprimer des réserves sur les orientations économiques et sociales de l'entreprise ? Peut-il revendiquer de participer à la définition des missions qui lui sont confiées ?

Une conception très restrictive de la loyauté du personnel d'encadrement a longtemps conduit les directions à exiger une fidélité aveugle de ces salariés. Ils étaient censés accepter la politique de l'entreprise et la diffuser auprès des salariés de l'entreprise. De liberté d'expression, de revendication à la participation, de droit de réserve, ou de devoir de critique, il n'a jusqu'ici été que fort peu question dans le droit, et peut-être encore moins dans les pratiques. En un mot, les membres de l'encadrement ont été longtemps assimilés à des « yes man », selon les termes d'un auteur (1) : des salariés dont la fonction est d'approuver les choix de leurs dirigeants et de les relayer.

La période actuelle est propice à des mutations et à une réévaluation de la place de l'encadrement dans l'entreprise. Les conceptions modernes tendent en effet à promouvoir de façon croissante l'initiative, les responsabilités, et l'autonomie de ces salariés. Il faut faire en sorte que les mutations qui s'amorcent aujourd'hui favorisent aussi la promotion de l'idée de liberté professionnelle du personnel d'encadrement : ces salariés doivent se voir reconnaître, dans leur activité professionnelle même, une marge d'initiative et de liberté dans laquelle les directions ne doivent pas avoir pouvoir s'immiscer. Il faut aller encore plus loin : la liberté ne peut être effective sans la reconnaissance d'un droit de regard sur les missions qui sont confiées à ces salariés, c'est pourquoi elle ne peut être construite sans la reconnaissance parallèle d'un droit à la participation à la prise de décision dans l'entreprise.

¹ J. E. Ray, La fin des « Yes man » ?, Dr. Soc. 2000, p. 165

La question de la liberté professionnelle doit d'abord être envisagée dans une problématique générale concernant la subordination dans l'entreprise : comment concevoir l'exercice de la subordination à l'égard des salariés de l'encadrement ? La période récente montre une évolution certaine des conceptions de la subordination, et permet de réfléchir au degré d'autonomie concevable pour l'encadrement dans l'entreprise (I). Il faut aller au-delà et promouvoir pour le personnel d'encadrement la reconnaissance des libertés professionnelles (II).

PLAN :

I. Les évolutions de la subordination juridique à l'égard de l'encadrement

A. La subordination grignotée par la dynamique des libertés dans l'entreprise

B. La subordination dynamitée par les nouvelles formes d'organisation des entreprises

II. La promotion des libertés professionnelles dans l'entreprise

A. La notion de liberté professionnelle

B. Le contenu des libertés professionnelles

I. Les évolutions de la subordination juridique à l'égard de l'encadrement

■ Au commencement était la subordination...

La relation qui unit les salariés à l'employeur est une relation de subordination. Cette dernière se définit comme l'exécution d'un travail sous l'autorité de l'employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements du salarié ⁽²⁾. Cette subordination permet de différencier le contrat de travail du contrat d'entreprise, dans lequel le contractant peut contrôler les résultats du travail sans pouvoir contrôler l'exécution proprement dite du travail. Le critère décisif est donc ici celui du contrôle de l'activité ⁽³⁾. Parler d'autonomie ou de liberté dans l'exécution du contrat de travail semble donc être une contradiction dans les termes mêmes : dans son travail, le salarié doit se conformer aux directives de l'employeur. Faute d'un tel contrôle de l'entreprise, la relation bascule dans le travail indépendant.

Pour l'encadrement, cette subordination a été renforcée par l'exigence d'une fidélité renforcée, en raison des responsabilités particulières qu'il assure dans le fonctionnement de l'entreprise. Cette conception a été à l'origine de la jurisprudence sur la perte de confiance, qui autorisait l'employeur à licencier les salariés (essentiellement des cadres) dès lors qu'il pouvait avoir le moindre doute sur la fidélité du salarié à l'égard de l'entreprise et des valeurs que celle-ci prône ⁽⁴⁾.

La relation de subordination se traduit très souvent le développement de formes de management par la peur, qui réprime toute prise de parole dans l'entreprise par le licenciement des contrevenants.

Le droit a posé peu de limites à l'exercice de la subordination par le chef d'entreprise. Depuis une vingtaine d'années, les évolutions de la jurisprudence et le droit légiféré ont pourtant introduit des limites à cette subordination. Les premières limites concernent l'objet même des ordres que peut donner le chef d'entreprise. La promotion des libertés dans l'entreprise a permis de proscrire toute atteinte par l'employeur aux droits fondamentaux dans l'entreprise (A). Au fond, ce mouvement – dont il ne faut cependant pas ignorer l'importance – n'agit que de manière périphérique sur la subordination : pour ce qui est de l'exécution du travail proprement dit, le pouvoir de contrôle de l'employeur demeure sans limite. Plus profondes sont

² Soc. 13 novembre 1996, dr. Soc. 1996, p. 1067, note J.J. Dupeyroux

³ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, Droit du travail, 20^e édition Dalloz, 2000, p. 161

⁴ La jurisprudence soulignait en particulier le besoin d'une confiance absolue de l'entreprise dans ses cadres (Soc. 2 décembre 1964, D. 1965, p. 97) ; cf. J. E. Ray, Fidélité et exécution du contrat de travail, Dr. Soc. 1991, p. 362

sans doute les évolutions qu'induisent les nouvelles formes d'organisation, qui conduisent à conférer davantage d'autonomie dans le travail aux salariés (B)

A. La subordination grignotée par la dynamique des libertés dans l'entreprise

Le droit contemporain a permis d'apporter au pouvoir de l'employeur une limite importante : l'employeur ne peut porter atteinte aux libertés des salariés.

Le terme de liberté désigne l'octroi d'une sphère d'auto-détermination aux individus, dans laquelle nul tiers ne peut s'immiscer sous peine d'application d'une sanction. Ces libertés sont de deux ordres : celles qui touchent à la vie privée du salarié et celles qui protègent plus particulièrement leur vie personnelle ⁽⁵⁾.

1. Le respect de la vie privée des salariés

Les salariés ne sont soumis au pouvoir de direction de l'employeur que pendant le temps de travail, et sur le lieu de travail. Tout ce que fait le salarié en dehors de son temps de travail relève de sa vie privée, protégée par l'article 9 du Code civil et l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dès 1953, la Cour de cassation avait admis qu'il était abusif de licencier un salarié en raison de l'attitude de ses filles sous l'occupation ⁽⁶⁾.

Le souci d'une protection de la vie privée contre des empiètements du pouvoir patronal sur la vie privée des salariés est une constante de la jurisprudence. La Cour de cassation a montré ces dernières années un ferme attachement à ce principe. Quelques exemples illustrent bien cette politique jurisprudentielle :

- Protection contre les atteintes aux mœurs des salariés : une entreprise (en l'espèce une association religieuse) ne peut licencier un aide sacristain en raison de son homosexualité, dès lors qu'il n'est pas établi que les agissements des salariés ont créé un trouble caractérisé en son sein ⁽⁷⁾.
- Protection de la liberté de consommation : il n'est pas possible pour un concessionnaire Renault de licencier un salarié parce qu'il a acquis un véhicule Peugeot ⁽⁸⁾.
- Protection de la situation matrimoniale : on ne peut licencier une salariée du seul fait que son conjoint a créé une entreprise concurrente ⁽⁹⁾. L'employeur ne saurait

⁵ Sur la distinction vie personnelle / vie privée, cf. P. Waquet, Les libertés dans l'entreprise, RJS 5/00, p. 339

⁶ Soc. 29 janvier 1953, Dr. Soc. 1953, p. 286

⁷ Soc. 17 avril 1991, Dr. Soc. 1991, p. 485, note J. Savatier

⁸ Soc. 22 janvier 1992, Dr. Soc. 1992, p. 329, note J. Savatier

⁹ Soc. 10 février 1999, Bull. Civ., V, n° 61

non plus se prévaloir d'une liaison entre deux salariés de l'entreprise pour licencier l'un d'eux ⁽¹⁰⁾. Cette protection devient effective dès lors que la perte de confiance n'est plus véritablement un motif de licenciement ⁽¹¹⁾.

- Les arrêts récents montrent que l'incarcération du salarié ne constitue pas non plus une cause de licenciement ⁽¹²⁾ : seul le trouble que constituerait cette mesure pour l'entreprise constituerait un tel motif. De même, le seul fait de commettre un délit (conduite en état d'ivresse) n'est pas suffisant pour licencier un cadre ⁽¹³⁾
- On peut enfin rattacher (paradoxalement) à la protection de la vie privée du salarié la protection de sa vie publique : les opinions politiques, religieuses, ou philosophiques que défend le salarié en dehors de son travail n'ont pas à être prises en considération par l'employeur. Cette obligation faite à l'employeur d'ignorer tout ce qui relève du for interne de ses salariés a d'ailleurs un corollaire du côté du salarié. Celui-ci ne peut imposer à l'employeur ses convictions religieuses pour refuser d'exécuter une activité, dès lors que l'opinion religieuse du salarié n'a pas été spécifiquement protégée par le contrat de travail ⁽¹⁴⁾.

Dans l'ensemble de ces cas, la jurisprudence met en avant un même principe : tout ce que le salarié peut faire en dehors de l'entreprise relève de sa seule responsabilité personnelle. L'entreprise ne peut prendre en considération des éléments tirés de la vie privée du salarié pour arrêter l'une de ses mesures.

A ce principe, la jurisprudence a toujours apporté un certain nombre de tempéraments. Certains comportements en dehors du travail peuvent concerner directement la relation de travail. Tel est le cas du salarié qui divulguerait un secret industriel en dehors de son temps de travail : la question ne relève pas de la vie privée mais de la relation contractuelle qui unit le salarié à l'entreprise (obligation de loyauté).

La jurisprudence admet également que la situation relevant de la vie privée du salarié puisse constituer un motif de sanction si ce comportement apporte un trouble caractérisé au fonctionnement de l'entreprise. Ces troubles peuvent être de deux ordres. Le comportement du salarié peut d'abord avoir des répercussions sur le bon fonctionnement de l'entreprise : une longue incarcération peut emporter la nécessité d'un remplacement du salarié. L'attitude du salarié peut par ailleurs avoir des répercussions sur la réputation de l'entreprise. La Cour de cassation a ainsi pu estimer

¹⁰ Nancy, 21 novembre 2000, RJS 5/01, n° 559

¹¹ cf. Soc. 29 mai 2001, RJS 8-9/01, n° 999 « La perte de confiance ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement même quand elle repose sur des éléments objectifs ; seuls ces éléments objectifs peuvent, le cas échéant constituer une cause de licenciement, mais non la perte de confiance qui a pu en résulter pour l'employeur »

¹² Soc. 21 novembre 2000, RJS 1/01, n° 26

¹³ Soc. 21 janvier 1992, RJS 3/92, n° 262

¹⁴ Soc. 24 mars 1998, Dr. Soc. 1998, p. 614, obs. J. Savatier : cas d'un boucher de confession musulmane refusant de débiter de la viande de porc.

que le vol d'un tableau par un cadre dirigeant peut porter atteinte à la réputation de l'entreprise et justifier un licenciement ⁽¹⁵⁾.

2. Le respect de la vie personnelle du salarié

L'analyse des évolutions jurisprudentielles révèle que la protection octroyée aux libertés du salarié a tendance à s'enrichir d'une nouvelle dimension. Alors que la liberté protégée était jusqu'alors la liberté privée du salarié – en dehors du temps du lieu de travail – la jurisprudence tend de plus en plus à protéger des libertés personnelles au salariés, c'est à dire une protection de ses actes et comportements, même lorsqu'il se trouve dans l'entreprise pendant son temps de travail.

Elle protège ainsi une sphère d'intimité à l'intérieur même de l'entreprise. Au cours de son travail, le salarié peut accomplir un acte ou avoir une attitude qui déplaît à son employeur. Le droit contemporain permet de façon croissante de protéger cette liberté personnelle des salariés.

La jurisprudence a pu ainsi, en des termes particulièrement vifs, proclamer que le salarié jouit pendant son temps de travail d'une protection de l'intimité de sa vie privée, et que, par conséquent, l'employeur ne peut porter atteinte au secret de ses correspondances en consultant sur son ordinateur un fichier personnel ⁽¹⁶⁾. La Cour de cassation a rendu récemment un arrêt venant confirmer de manière explicite cette jurisprudence « Nikon ». Dans sa décision du 12 octobre 2004, la chambre sociale de la Cour de cassation précise en effet « que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur. » ⁽¹⁷⁾

Aux confins de la liberté personnelle et de la protection de la vie privée se trouve la question de la liberté d'expression des salariés. Les salariés sont en effet fréquemment amenés, tant dans leur vie extra-professionnelle, que dans leur vie professionnelle, à exprimer leurs opinions sur leur travail, ou sur leur entreprise.

La jurisprudence sur cette question est particulièrement intéressante à observer pour comprendre la manière dont le lien de subordination peut se combiner dans l'entreprise avec la reconnaissance de libertés aux salariés.

La question s'est posée en des termes très clairs à partir de « l'affaire Clavaud », litige dans lequel un salarié de chez Dunlop a été licencié à la suite de propos qu'il avait tenus dans une interview sur ses conditions de travail ⁽¹⁸⁾. La Cour de cassation a

¹⁵ Soc. 7 février 1985, BCV, n° 90.

¹⁶ Soc. 2 octobre 2001, Dr. Soc. 2001, p. 915, note J.E. Ray. ;

¹⁷ Soc., 12 octobre 2004, n° 02-40.392

¹⁸ Soc. 28 avril 1988, D. 1988, J, p. 437, Note E. Wagner

reconnu à cette occasion que le salarié dispose hors de l'entreprise d'un droit d'expression que l'employeur ne peut sanctionner. Elle déduisait l'existence de ce droit de la reconnaissance, dans l'enceinte même de l'entreprise d'un droit d'expression de l'article L. 461-1 du Code du travail. La Cour de cassation admettait ainsi que la liberté d'expression peut s'exercer en dehors de l'entreprise « où il s'exerce, sauf abus, dans toute sa plénitude ».

La formule qui semble aujourd'hui être adoptée par la Cour de cassation est plus nette. Elle distingue l'exercice du droit d'expression de l'article L. 461-1 du Code du travail, qui permet l'organisation d'une expression sur les conditions d'exercice et l'organisation du travail dans un cadre collectif, et la liberté d'expression. Celle-ci est reconnue individuellement à chaque salarié qui jouit « dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées »⁽¹⁹⁾.

La Cour de cassation a ainsi jugé récemment que la diffusion par un cadre supérieur d'une lettre ouverte répondant à celle adressée par la direction à l'ensemble du personnel pour dénoncer les dysfonctionnements ou insuffisances de l'entreprise et mettant en cause personnellement l'intéressé, n'est pas constitutive d'une faute grave dès lors que ses critiques n'étaient pas excessives, mais à la mesure de l'émotion suscitée par la mise en cause publique de ses compétences et de sa conscience professionnelle, et alors que jusqu'à présent son travail n'avait donné lieu à aucun reproche²⁰.

De même, la Cour de cassation a estimé que cette liberté d'expression pouvait légitimer :

- la réponse par courrier à un avertissement de l'employeur, dès lors que les termes ne sont ni injurieux, ni diffamatoires, ni excessifs⁽²¹⁾
- l'expression de critiques en termes vifs sur une restructuration de l'entreprise au cours de la réunion d'un comité de direction⁽²²⁾
- la diffusion de tracts dans les boîtes aux lettres relatant la situation de l'entreprise⁽²³⁾
- la dénonciation d'une attitude excessive de l'employeur au Canard Enchaîné⁽²⁴⁾

¹⁹ Soc. 2 mai 2001, Dr. Soc. 2001, p. 100 ; Voir dans le même sens Soc. 14 décembre 1999, Dr. Soc. 2000, p. 163, note JE Ray, Concl. J. Duplat

²⁰ Soc. 22 juin 2004, n° 02-42.446

²¹ Soc. 2 mai 2001, prec.

²² Soc. 14 décembre 1999, prec.

²³ Soc. 12 novembre 1996, Bull., Civ., V, n° 373

²⁴ Soc. 5 mai 1993, Dr. Soc. 1993, p. 600

- le soutien d'un candidat à une élection municipale par un salarié d'une association intercommunale ⁽²⁵⁾
- la dénonciation de violation de règles auprès de l'inspection du travail ⁽²⁶⁾

La liberté d'expression, comme toute liberté, ne peut cependant être protégée lorsqu'elle dégénère en abus. Sans qu'une définition unique de l'abus puisse être identifiée dans la jurisprudence, quelques cas topiques illustrent la démarche de la jurisprudence :

- l'abus peut d'abord être défini comme l'exercice de la liberté d'expression avec l'intention de nuire à l'employeur. Cette conception répond à une définition classique de l'abus de droit comme l'exercice d'un droit dans le seul but de nuire à autrui. Un arrêt du 7 octobre 1997 admet ainsi que le fait, pour une secrétaire médicale, de déclarer en public que le médecin qui l'emploie ne stérilise pas ses seringues ne constitue pas l'exercice de la liberté d'expression : la salariée avait pour seul but de ruiner la réputation de son employeur ⁽²⁷⁾. De même, la tenue de propos mensongers avec l'intention de nuire est considérée comme un abus de la liberté d'expression ⁽²⁸⁾. La Cour de cassation a enfin admis que des critiques « excessives et malveillantes à l'égard de l'employeur et de sa gestion » justifient un licenciement pour faute grave ⁽²⁹⁾.

- De même, la dénonciation publique de faits irréguliers, dès lors qu'elle participe à une campagne de dénigrement de l'entreprise, est considérée comme un abus de la liberté d'expression ⁽³⁰⁾. La position des cadres dans ce genre d'affaires est particulièrement délicate, car, s'ils ne dénoncent pas des faits irréguliers, ils risquent d'être condamnés pour complicité avec le chef d'entreprise ⁽³¹⁾. Sans doute faut-il comprendre que la dénonciation est possible si elle s'effectue auprès d'une autorité publique (parquet, inspection du travail), mais non si elle s'inscrit dans une campagne de dénigrement.

- La manière dont sont énoncés les propos est très importante pour apprécier la présence d'un abus : la tenue de propos personnels et désobligeants sera le plus souvent considérée comme un abus ⁽³²⁾. Il en est de même lorsque les propos sont injurieux ⁽³³⁾.

²⁵ Grenoble, 22 juin 1992, RJS 7/93, n° 718

²⁶ Solution implicite : Soc. 14 mars 2000, RJS 4/00, n° 388

²⁷ Soc. 7 octobre 1997, RJS 11/1997, n° 1199

²⁸ Soc. 16 novembre 1993, RJS 1/1994, n° 63

²⁹ Soc. 20 janvier 1993, RJS 3/1993, n° 296

³⁰ Soc. 4 février 1997, Dr. Soc. 1997, p. 413, obs. Savatier

³¹ Cf. obs prec. de J. Savatier citant Crim. 8 janvier 1991, RJS 3/1991, n° 321

³² Soc. 31 janvier 2001, jurispr. UIMM 2001.236

³³ Soc. 28 avril 1994, Bull. civ., V, n° 159. Egalement Soc. 9 novembre 2004 : une salariée ayant qualifié devant témoins son directeur de « nul et incompétent » et ses collègues de « bœufs » a pu être licenciée pour faute grave.

- Comme en matière de presse la Cour de cassation retire toute protection aux propos mensongers, diffamatoires, injurieux ⁽³⁴⁾.

- Autre illustration : un chef du service informatique ayant fait part de critiques sur le fonctionnement de la direction du système d'information auquel il était rattaché en adressant au directeur général un rapport a pu être licencié pour faute grave au regard de son comportement et du contenu du rapport. La Cour de cassation a reconnu dans cette affaire l'abus qui justifie la faute grave ³⁵. Pour qualifier d'abusif le comportement de ce salarié, la cour a relevé les éléments suivants :

- le salarié avait envoyé un rapport au directeur général de la société, à l'insu de son supérieur hiérarchique
- ce rapport ne se bornait pas à contester la politique menée par la direction des systèmes d'information et à préconiser de nouvelles orientations mais recommandait l'éviction des responsables de ladite direction, comportait des informations confidentielles que le salarié s'était procuré sans en informer qui que ce soit, par une intrusion dans des fichiers qui ne lui étaient pas accessibles au prétexte de mettre en évidence des carences déjà avérées du système d'information.

Dans cette affaire, les propos écrits par le salarié ont paru à la cour dépasser le cadre autorisé de la liberté d'expression. Le non-respect de la hiérarchie, les préconisations de changement du salarié envers la composition de la direction des systèmes d'information et la collecte officieuse d'informations confidentielles qui ne lui étaient pas accessibles, semblent constituer les éléments caractérisant un abus.

Suite à cet arrêt, en l'état actuel de la jurisprudence, le cadre d'un exercice de la liberté d'expression dans le champ professionnel serait donc le suivant :

- la liberté d'expression doit s'exercer entre pairs (directeur à directeur par ex.),
- si les remarques du salarié exigent d'interpeller le chef d'entreprise, il est important d'en informer sa hiérarchie,
- des critiques aux orientations peuvent être apportées mais en étant étayées sur des éléments tangibles et accessibles à l'auteur des critiques
- les propos tenus doivent concerner les orientations de l'entreprise, de la direction ou du service, peuvent envisager des alternatives mais sans personnalisation en des termes inconvenants.

En conclusion :

Les évolutions récentes du droit montrent la force de la protection des libertés dans l'entreprise. Une jurisprudence constante permet de protéger les salariés contre l'exercice du pouvoir de direction et du pouvoir disciplinaire lorsque ce pouvoir porte

³⁴ Voir les arrêts cités ci-dessus notes 27, 28 et 29

³⁵ Soc. 1er octobre 2002, non publié, Semaine sociale Lamy n° 1093

atteinte à des droits et libertés fondamentaux des salariés. Ces solutions jurisprudentielles ont été encouragées par la loi du 31 décembre 1992 qui interdit toute restriction aux « droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives (...) qui ne seraient pas justifié[e] par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Désormais, toute atteinte à ces droits et libertés par l'employeur est donc fermement prohibés. En tant que principes fondamentaux, ces règles reçoivent d'ailleurs une sanction énergique, qui est en principe la nullité de tous les actes qui leur contreviennent ⁽³⁶⁾

Malgré cette promotion croissante des droits et libertés fondamentaux on peut estimer que les règles restent insuffisamment protectrices. En effet, la protection est souvent accordée pour tout ce qui concerne la vie hors travail, et la protection de l'intimité de la vie privée. Tout ce qui relève de l'exercice proprement dit de l'activité professionnelle ne bénéficie d'aucune garantie. En la matière, le principe reste celui d'un contrôle de l'employeur.

B. La subordination dynamitée par les nouvelles formes d'organisation des entreprises

Les évolutions des modes de production, et, par conséquent, des modes d'organisation de la gestion du personnel conduit à conférer aux salariés une part importante d'initiative et de créativité. Ces nouvelles formes de travail permettent aujourd'hui de conjuguer autonomie et subordination ⁽³⁷⁾.

En effet, dans une société au sein de laquelle la compétitivité des entreprises et leur réussite est basée sur l'innovation et la connaissance, nul ne concevrait plus que le rapport salarial se décline sous la forme d'une subordination pesante et tatillonne. Par nature, les nouvelles relations de travail liées aux évolutions des organisations exigent que les salariés concernés – dont la plupart relèvent de l'encadrement – disposent d'une marge d'initiative, d'un pouvoir de proposition, d'une participation à l'innovation, en un mot d'une autonomie dans l'exercice de leur activité professionnelle.

- Ces formes de travail n'excluent pas le rapport de subordination : le critère de l'intégration à un service organisé suffit aujourd'hui pour caractériser la subordination ⁽³⁸⁾. Il suffit déjà d'examiner la situation des travailleurs à domicile, des journalistes, et des professionnels salariés (avocats, médecin) pour des déclinaisons particulières de la subordination qui préservent une marge d'autonomie dans le travail pour les salariés).

³⁶ article L. 122-45 C. Trav. ; voir aussi l'arrêt Clavaud (prec. note 18) sur la question de la réintégration pour licenciement en violation du respect de la liberté d'expression

³⁷ Cf. A. Supiot, Les nouveaux visages de la subordination, Dr. Soc. 2000, p. 133

³⁸ Cf. Soc. 13 novembre 1996, Dr. Soc. 1996, 1067 (conférenciers extérieurs à l'entreprise) ; voir en particulier le cas des chauffeurs de taxi que certains arrêts n'hésitent pas à qualifier de salariés : Soc. 19 décembre 2000, Dr. Soc. 2001, p. 237, note A. Jammaud.

- Cette autonomisation du travail salarié a dorénavant déjà été officialisée en matière de forfaits cadres dans la loi « Aubry », avec la création de la notion de cadre autonome.

Force pourtant est de constater que la reconnaissance de cette autonomie n'a pas eu pour conséquence l'octroi corrélatif d'une protection des salariés concernés. Tout se passe comme si l'entreprise souhaitait transférer les risques de l'activité sur les salariés sans pour autant renoncer au contrôle qu'assure la relation de subordination. Devant ce caractère unilatéral de la détermination des responsabilités des salariés de l'encadrement, il est aujourd'hui nécessaire de définir avec davantage de précision le contour de leurs droits et obligations.

La construction d'un concept nouveau, celui de *libertés professionnelles*, permettra de mieux cerner ces droits et obligations. Il est à bien noter que la liberté professionnelle n'est pour l'instant que très faiblement protégée : elle est un concept à construire et à défendre.

II. La promotion des libertés professionnelles dans l'entreprise

■ Un concept nouveau

Le salariat, par nature, place les salariés sous la dépendance de l'employeur pour tout ce qui est exécution de la prestation de travail.

La place particulière des salariés de l'encadrement dans l'entreprise et les évolutions qui conduisent à leur conférer une part accrue de créativité, d'initiative et de responsabilité, exige cependant de préciser dans quelle mesure ils doivent être en mesure de déterminer eux-mêmes la manière dont ils organisent leur travail, et assurer de manière effective l'exercice de leurs responsabilités en les associant à la prise de décision.

Cette protection de la liberté professionnelle du personnel serait conçue en des termes trop étroits si elle se réduisait à la reconnaissance d'un « pouvoir de dire non ». En effet, réduire les capacités d'expression à un simple refus ne préfigure nullement un droit de regard dans le fonctionnement de l'entreprise, mais seulement une faculté de refuser, qui est un acte qui emporte peu de droits au profit des salariés : le refus d'une modification du contrat de travail emporte un droit à être licencié ; l'avis négatif voté par le comité d'entreprise rend régulière la consultation. Ce n'est pas seulement le fait de pouvoir refuser un ordre ou une directive qui doit être reconnu : c'est le pouvoir d'influer sur les choix de l'entreprise, et la reconnaissance de l'autonomie de l'encadrement dans l'exercice de sa professionnalité.

Les libertés professionnelles

A. La notion de liberté professionnelle

1. La définition

La liberté professionnelle renvoie à deux notions juridiques essentielles :

- Liberté : sphère d'autonomie.

Le respect de cette sphère d'autonomie exige une protection de toute immixtion de tiers dans cette sphère. En clair : interdiction pour l'employeur de prendre en considération son exercice pour sanctionner le salarié.

L'autonomie suppose par ailleurs le libre choix dans l'action, ce qui suppose à la fois une information et une participation à la prise de décision.

- Professionnelle : c'est dans le travail lui-même qu'elle s'exerce : elle ne porte pas sur des questions périphériques au travail (contrairement à la protection des libertés personnelles).

La manière dont on distingue le travail subordonné et le travail indépendant n'a pas permis jusqu'ici de donner une véritable reconnaissance de cette liberté. Nous avons pourtant vu *supra* que le passage de la reconnaissance des libertés privées vers des libertés personnelles permettait de reconnaître, dans le travail même, une sphère dans laquelle le salarié dispose d'une marge d'indépendance. Ce qui est intéressant de constater, c'est que certains arrêts ont ainsi permis non seulement le respect de l'intimité de la personne en tant que telle, mais la reconnaissance de la liberté d'action de la personne en tant que salarié exerçant des fonctions spécifiques dans l'entreprise.

Ce passage d'une liberté personnelle à une liberté proprement professionnelle est particulièrement net dans l'arrêt de la Chambre sociale du 14 décembre 1999, Sanijura c/ Pierre ⁽³⁹⁾.

Dans l'espèce qui a donné lieu à cet arrêt, un directeur administratif et financier avait émis des critiques sur la réorganisation opérée par l'entreprise au cours d'un comité de direction. Le pourvoi précise que ces critiques ont été vives, et qu'elles portaient sur l'organisation administrative, financière et comptable mise en place à la suite de la prise de contrôle de l'entreprise. L'employeur le licencie, vraisemblablement pour faute. De manière classique, le débat porte sur la question de la liberté d'expression des salariés, et la Cour de cassation relève que seul l'abus de cette liberté permet de sanctionner le salarié. La manière dont elle apprécie l'absence d'abus en l'espèce est particulièrement intéressante : la Cour relève que « l'intéressé était chargé d'une mission administrative, comptable et financière de très haut niveau dans des circonstances difficiles, de sorte qu'il pouvait être amené à formuler, dans l'exercice restreint de ses fonctions, et du cercle restreint du comité directeur dont il était membre, des critiques, même vives, concernant la nouvelle organisation proposée par la direction ». L'appréciation très concrète de l'abus (ou de son absence) amène ainsi à apprécier le degré de liberté dans le travail reconnu au salarié en fonction de son

³⁹ Soc. 14 décembre 1999, Dr. Soc. 2000, p. 165

activité professionnelle. Ici, ce qui a justifié l'absence de tout abus par le salarié est le fait qu'il est un cadre de direction : l'exercice de telles responsabilités qui justifie que le salarié dispose d'une autonomie, qu'il dispose d'un droit de regard critique sur les évolutions de l'entreprise, et qu'il puisse en faire part au sein d'un public relativement restreint.

C'est exactement de type de raisonnement qu'il convient de promouvoir au travers de la notion de liberté professionnelle.

2. La source des libertés professionnelles

Il est difficile, s'agissant d'un concept nouveau, aux contours nécessairement imprécis, de dire quelle est la source de la liberté professionnelle : droit ou liberté fondamentale, prérogative contractuelle, droit inhérent au « statut cadre »...

Elle peut avant tout être considérée comme la contrepartie de l'exercice des responsabilités et des risques qui s'ensuivent pour le personnel d'encadrement. L'encadrement doit en effet répondre pénalement, civilement, et professionnellement de ses actes, d'une manière significativement accrue par rapport aux autres salariés de l'entreprise. Il est dès lors indispensable pour lui de disposer, dans les choix qu'il effectue, de la liberté nécessaire pour faire des choix qui pourront éventuellement lui être reprochés par la suite. En d'autres termes, les responsabilités inhérentes aux fonctions d'encadrement présupposent que ces populations disposent, dans l'exercice de leurs activités professionnelles, d'une marge d'initiative et de liberté⁽⁴⁰⁾. L'exercice de responsabilités est l'un des traits caractéristiques de l'encadrement. Toute cette population doit donc se voir reconnaître le bénéfice de libertés professionnelles.

Il faut cependant admettre qu'il est concevable d'admettre des degrés pour cette liberté : plus le salarié exerce des responsabilités, plus sa liberté d'action et d'initiative doit être reconnue. Un cadre dirigeant doit voir sa liberté professionnelle davantage protégée qu'un agent de maîtrise.

B. Le contenu des libertés professionnelles

La notion de liberté professionnelle étant précisée, il convient de définir des moyens concrets pour en assurer la protection.

1. Les libertés professionnelles présupposent une implication effective de l'encadrement dans la prise de décision dans l'entreprise

La liberté n'est pas concevable si les salariés se voient systématiquement imposer l'ensemble des décisions qu'ils sont chargés de mettre en œuvre.

⁴⁰ Voir en ce sens Soc. 21 novembre 2000, RJS 2/01, n° 175 : un salarié titulaire d'une délégation de pouvoir « ne peut se voir reprocher une faute dans l'accomplissement de la mission d'organisation et de surveillance qui lui a été confiée lorsque le chef d'entreprise ou l'un de ses supérieurs hiérarchiques s'immisce dans le déroulement des tâches en rapport avec cette mission »

Il doit donc être admis que l'encadrement doit être systématiquement invité à débattre des questions qu'il est chargé de décliner dans l'entreprise. Ce droit d'expression ne doit pas être conçu sur le modèle des groupes d'expression comme un simple moyen de communication au service des directions d'entreprise, exercé à l'encontre des prérogatives de l'encadrement. Il doit être l'occasion d'une association à la stratégie de l'entreprise et à la prise de décision destinée à susciter des initiatives et l'intérêt des intéressés. Le droit à la participation doit évidemment se décliner au niveau auquel le salarié est impliqué : il n'y aurait guère de sens à associer un chef d'unité locale de production à la détermination de la stratégie d'un groupe de dimension internationale !

Ce droit à l'implication dans la prise de décision doit être assuré au niveau individuel et au niveau collectif (représentation dans les conseils d'administration).

2. Principales manifestations des libertés professionnelles

a) Droit d'expression

Le bon fonctionnement de l'entreprise, dans une société de la connaissance et de l'innovation, exige que les salariés puissent constamment exprimer leurs opinions sur leur travail et sur leur entreprise : l'entreprise étant la chose de tous, il est requis de faire connaître son opinion sur les évolutions de l'entreprise, sur les décisions qui sont prises, sur les alternatives possibles. Hors des cas d'abus, il n'y a rien de répréhensible dans une telle attitude : elle reflète au contraire la pleine implication des salariés dans leur travail, et montre leur capacité de recul par rapport à ce que leur direction leur impose.

On peut ici s'inspirer de la jurisprudence de la Cour de cassation pour déterminer les contours de l'abus de droit. Il faut également être clair sur la nécessité de respecter la finalité propre de l'entreprise (c.a.d. l'objet social) (ex : entreprise d'armement, des arguments pacifistes contre la production d'armes sont difficilement concevables !)

b) Droit à l'initiative et ses conséquences

La liberté professionnelle suppose en outre que soient valorisées au maximum les initiatives prises par les salariés dans leur sphère professionnelle. On peut admettre pour principe que nul ne peut être sanctionné en raison d'une initiative qu'il prend.

Il faut aller au-delà de cette reconnaissance d'un droit à l'initiative : il faut admettre que la prise d'initiatives est nécessaire au bon fonctionnement de l'entreprise. Le risque d'une erreur d'appréciation ne doit donc pas être imputée au salarié mais à l'entreprise. Toute responsabilité doit donc être écartée pour erreur de jugement qui pourrait déboucher sur des choix qui s'avèrent peu favorables à l'entreprise. On peut alors imaginer la protection d'une sorte de « droit à l'erreur », encore que l'expression ne soit pas heureuse dans les professions scientifiques, dans lesquelles la science a justement pour objet d'éviter toute erreur... (Un terme meilleur reste donc à trouver). Le droit à l'erreur ne doit cependant pas être assimilé à un droit à la faute : la faute est le comportement qu'un professionnel prudent et diligent eût adopté dans des circonstances similaires. Si l'erreur résulte d'une négligence du salarié, elle n'a pas spécialement à être protégée.

c) Droit d'alerte

En présence de consignes données à un cadre qui semblent porter gravement atteinte à ses convictions, ou qui contreviennent aux valeurs reconnues par l'entreprise (charte éthique) ou encore d'ordres qui semblent illégaux ou contraires au principe de précaution, il faut reconnaître aux cadres un droit spécifique afin qu'il n'engage pas sa responsabilité pour insubordination, et qu'il ne se rende pas non plus complice d'un acte contraire au droit susceptible d'engager sa responsabilité civile ou pénale. Dans cette hypothèse, on peut imaginer de construire une sorte de « droit d'alerte » du cadre auprès de ses supérieurs hiérarchiques (N+2), qui seraient tenus de répondre à ses interrogations, et éventuellement de suspendre l'acte en question. En cas de désaccord persistant, le cadre pourrait suspendre temporairement l'exécution de cet acte, et faire trancher la question par un conseil de prud'hommes au moyen d'une procédure accélérée.

d) Droit de retrait et droit au licenciement

La liberté professionnelle emporte, pour les salariés qui participent à la prise de décision, une protection de la liberté de conscience. En effet, pour les postes qui exigent une adhésion à un projet « politique » de l'entreprise, il est nécessaire pour le salarié de faire valoir son droit de ne pas avoir à s'impliquer dans des changements d'orientation de l'entreprise lorsque ces évolutions vont à l'encontre de son éthique personnelle. Ces situations sont en effet difficiles à vivre pour les cadres, et la plupart du temps les entreprises se contentent d'attendre que les salariés démissionnent d'eux mêmes.

Il faudrait donc admettre une protection de la liberté de conscience des cadres qui exercent dans les entreprises des fonctions d'ordre « politique », ou ceux qui exercent un pouvoir décisionnel dans l'entreprise.

Ce droit peut d'abord être conçu comme un droit de retrait : devant l'impossibilité pour le cadre d'accepter les évolutions de l'entreprise, il devrait se voir offrir la possibilité de ne plus exercer sa mission, et de bénéficier dans le groupe qui l'emploie d'un reclassement qui soit compatible avec ses exigences professionnelles. Faute d'une telle possibilité (ou en cas de refus du reclassement), on devrait reconnaître le droit pour le cadre de considérer que l'employeur a commis une inexécution de ses obligations contractuelles, qui autorisent le salarié à prendre acte d'une rupture du contrat à l'initiative de l'employeur. Le modèle de ce droit de rupture unilatéral peut être calqué sur celui reconnu aux journalistes lorsqu'ils lèvent leur clause de conscience (L. 761-7 C. Trav.). Le salarié serait alors habilité à quitter immédiatement l'entreprise, et pourrait prétendre au bénéfice des indemnités de licenciement et des indemnités de préavis. Juridiquement, l'acte serait analysé comme un licenciement, et le salarié pourrait donc de plein droit au bénéfice de l'assurance chômage.

Pour qu'un tel droit soit réaliste, il faut définir des conditions objectives claires permettant le constat de l'inexécution des obligations par l'employeur. Trois cas peuvent être imaginés :

Les libertés professionnelles

- Une modification essentielle de la politique de l'entreprise dans la définition de laquelle le salarié était impliqué
- La demande d'exécuter un acte manifestement illégal
- La demande d'exécuter un acte contraire aux valeurs prônées par l'entreprise.

3. Limites de la liberté professionnelle : loyauté à l'égard de l'entreprise dans l'exécution et respect des règles professionnelles

- Lorsque la décision est prise : le bon fonctionnement de l'entreprise exige que les salariés de l'encadrement assurent leur mission qui est d'assurer la réussite de l'entreprise. Le droit (et même devoir d'expression) ne se confond pas avec un pouvoir de dénigrement systématique : c'est une prérogative qui doit être exercée de façon positive, elle participe de la responsabilité de l'encadrement. Il n'est donc pas inconcevable d'imposer le respect d'une certaine loyauté à l'égard de l'entreprise. Il faut bien noter les deux aspects caractéristiques de cette loyauté : celle-ci s'exerce à l'égard de l'entreprise, mais non de la direction de l'entreprise. La loyauté s'entend ensuite d'un rapport de confiance mutuel : dès lors que le lien est rompu (harcèlement, licenciement boursier, etc.), il n'y a pas lieu de l'exiger spécialement de la part des salariés.

- Respect et construction de règles professionnelles : la reconnaissance d'une sphère d'autonomie à l'encontre de l'employeur suppose une normalisation de l'activité des différents groupes sociaux : construction d'un droit professionnel pour chaque profession déterminant les limites de la liberté de chacun, et pour dessiner les contours de la faute professionnelle. Le contrôle est davantage exercé par le groupe d'appartenance que par l'employeur.
