2.6.0 L'essentiel - Les libertés à l'entreprise

**L'atteinte à la vie privée et aux droits fondamentaux**

* Il ne peut être procédé à un licenciement pour une cause tirée de la vie privée du salarié. Mais dans certains cas rares, si le comportement du salarié, même relevant de sa vie personnelle, créé un trouble objectif caractérisé au sein de l'entreprise ou est incompatible avec ses fonctions, il peut justifier un licenciement.
* L'installation d'un système de surveillance dans l'entreprise doit être portée à la connaissance des salariés et des représentants du personnel et ne pas apporter aux libertés individuelles et collectives des salariés des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.
* Le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de sa vie privée. Ainsi l'employeur ne peut pas :
  + prendre connaissance des courriers, des mails et des documents informatiques des salariés sans respecter certaines règles ;
  + fouiller les sacs des salariés pour en vérifier le contenu sans leur accord et sans les avoir avertis de leur droit de s'y opposer et d'exiger la présence d'un témoin ;
  + porter atteinte au libre choix de son domicile par le salarié.
* Toute restriction apportée à la liberté individuelle de se vêtir doit être justifiée et proportionnée au but recherché. Mais le port d'une tenue particulière peut être imposé par des dispositions légales ou réglementaires.
* Les salariés jouissent, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de leur 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.
* Les mêmes nécessités s'imposent à l'employeur qui entend restreindre la liberté religieuse ou le libre choix du domicile.

**Les discriminations syndicales**

* Il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière, notamment, de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail.
* Toute disposition ou tout acte discriminatoire pris à l'égard d'un salarié est nul.
* Devant le juge, le salarié (ou le candidat à un stage, à un recrutement, à une formation) présente des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte.
* Si le juge constate qu'il existe une présomption de discrimination, c'est à l'employeur de prouver que la différence de traitement est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
* À défaut pour lui d'apporter cette preuve, le salarié doit obtenir réparation de son préjudice pour toute la période pendant laquelle a duré la discrimination.

**Les garanties en cas de grève**

* La grève, droit reconnu par la Constitution, est un arrêt de travail concerté et collectif pour obtenir la satisfaction de revendications d'ordre professionnel.
* L'exercice du droit de grève ne doit donner lieu à aucune mesure de défaveur en matière de rémunération et avantages sociaux.
* Seul le salaire correspondant aux heures de grève n'est pas dû. Toute retenue supplémentaire constitue une sanction financière prohibée.
* En l'absence de faute lourde, le salarié ne peut pas être licencié, ni même faire l'objet d'une sanction moins sévère, sous peine de nullité.

2.6.1 L'atteinte à la vie privée et aux droits fondamentaux

Le pouvoir de surveillance de l'employeur sur l'activité des salariés doit s'exercer dans le respect de leurs droits fondamentaux et, notamment, de leur vie privée. Toute restriction apportée par l'employeur aux droits fondamentaux et libertés du salarié doit être, d'une part, justifiée, et, d'autre part, proportionnée au but recherché.

**I – Licenciement et vie personnelle**

Chacun a droit au respect de sa vie privée ([Art. 9 du Code civil](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006419288&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20120212&fastPos=8&fastReqId=2025066360&oldAction=rechCodeArticle)).  
Il en résulte qu'un employeur ne peut pas procéder à un licenciement pour une cause tirée de la vie privée du salarié. Le fait imputé au salarié qui relève de sa vie privée ne peut pas normalement constituer une faute ([Cass. soc. 18 mai 2007, n° 05-40803](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017849284&fastReqId=1547287709&fastPos=1)).  
Une exception toutefois : si le comportement du salarié, même relevant de sa vie personnelle, crée un trouble objectif caractérisé au sein de l'entreprise ou est incompatible avec ses fonctions ([Cass. soc. 16 sept. 2009, n° 08-41837](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021057970&fastReqId=113979216&fastPos=1)).

L'hypothèse est toutefois rarement retenue par la jurisprudence. Les juges n'ont pas relevé de trouble caractérisé dans le cas :

* du salarié d'un concessionnaire automobile ayant acheté un véhicule d'une autre marque ([soc. 22 janvier 1992, n° 90-42517](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007027694&fastReqId=1438030176&fastPos=1)) ;
* d'un employé de banque ayant émis des chèques sans provision ([soc. 30 juin 1992, n° 89-43840](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007028989&fastReqId=1872660461&fastPos=1));
* d'un sacristain homosexuel salarié de l'église Saint-Nicolas-du-Chardonnet ([soc. 17 avril 1991, n° 9042636](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007026634));
* d'une employée de péage ayant participé, en dehors de son temps de travail, à une manifestation piétonne à caractère politique sur une autoroute ([soc. 23 mai 2007, n° 05-41374](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017831352&fastReqId=2009423872&fastPos=1)).

Est en revanche justifié le licenciement pour faute grave d'un salarié conducteur de véhicule automobile dont le permis avait été retiré pour conduite en état d'ivresse en dehors de son temps de travail ([Cass. soc. 2 déc. 2003, n° 01-43227](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007049646&fastReqId=172151384&fastPos=1)). Idem pour un salarié ayant pour mission la direction d'un établissement d'accueil et d'hébergement de personnes protégées, mis en examen pour des faits d'attentat à la pudeur sur mineur commis en dehors du lieu de travail ([Cass. soc. 21 mai 2002, n° 00-41128](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007627914&fastReqId=1166928006&fastPos=1)).

**CE QU'ON EN PENSE**Dans deux arrêts, la Cour de cassation a jugé qu'un message électronique envoyé par un salarié et dénigrant sa hiérarchie est en rapport avec son activité professionnelle et ne revêt pas un caractère privé. Il peut dès lors être retenu au soutien d'une procédure disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement ([Cass. soc. 2 fév. 2011, n° 09-72450](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023556016&fastReqId=1813930677&fastPos=1) et [Cass. soc. 2 fév. 2011, n° 09-72313](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023556136&fastReqId=1804989914&fastPos=1)). Les salariés ne peuvent donc pas se prévaloir du secret des correspondances dans n'importe quelles circonstances. Toutefois dans ces affaires, la manière dont l'employeur a été informé du contenu des mails litigieux prête à discussion : ici par le remplaçant du salarié à son poste de travail ayant pu accéder à la messagerie de l'intéressé grâce à son code secret ; là, par un collègue à qui avait été adressé par erreur le mail vengeur initialement envoyé par le salarié à sa compagne.

Cette mansuétude des juges pour accueillir sur le plan probatoire les nouvelles technologies sans trop se préoccuper des faits revient en pratique à légitimer les procédés déloyaux par lequel l'employeur a connaissance du contenu des mails. On attend plus de subtilité de la Cour de cassation. En effet, les messages litigieux, malgré leur caractère outrancier et bien qu'en relation avec l'activité professionnelle des salariés, ne relevaient-ils pas de la sphère privée dans la mesure où ils n'étaient pas destinés à être diffusés ?

**II – Mise en place d'un dispositif de surveillance des salariés**

Toute décision de mettre en place un dispositif de surveillance renforcée dans l'entreprise nécessite le respect de deux principes :

* un principe de transparence : l'employeur doit porter à la connaissance des salariés ([L. 1222-4 C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006900861&cidTexte=LEGITEXT000006072050)) et des représentants du personnel le système de surveillance qu'il souhaite installer (caméras vidéos, société de gardiennage, etc.). Cette obligation est toutefois écartée lorsque la surveillance vise une partie des locaux dans lesquels les salariés ne travaillent pas (C[ass. soc. 19 janv. 2010, n° 08-45092](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021734960&fastReqId=253018931&fastPos=1)) ;
* un principe de justification et de proportionnalité : l'employeur ne peut apporter aux libertés individuelles et collectives des salariés des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ([L. 1121-1 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000006900785)).

En outre, dès lors qu'un dispositif de surveillance automatisé permet la collecte d'un certain nombre d'**informations à caractère personnel** sur les salariés, les employeurs doivent :

* soit nommer un « correspondant à la protection des données » (ce qui ne le dispense que des déclarations) ;
* soit procéder à une déclaration ou demande d'autorisation auprès de la Commission nationale informatique et libertés (CNIL).

**A NOTER**Aux termes de l'article 2 de la loi « informatique et libertés » du 6 janvier 1978, profondément remaniée par la [loi n° 2004-801 du 6 août 2004](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000441676&categorieLien=id), « constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres ». Sont donc concernées l'installation d'une caméra, d'un autocommutateur téléphonique, l'utilisation d'un logiciel permettant le pistage des connexions Internet, d'un système de géolocalisation, etc.

Lorsque le dispositif de surveillance mis en place ne permet pas un contrôle individuel de l'activité du salarié, l'obligation de l'employeur se limite à une **déclaration de conformité** (CNIL, norme simplifiée n° 46).

**\*Illustrations du rôle de la CNIL et de l'importance des déclarations**

A la suite d'une plainte, la Commission nationale informatique et libertés (CNIL) réalise plusieurs contrôles auprès d'une société de prêt-à-porter.  
À cette occasion, elle relève la présence de 23 caméras implantées au sein des trois magasins et du siège social de la société. Des bureaux et des postes de travail fixes sont filmés en continu, alors qu'il s'agit de lieux fermés au public où aucune marchandise n'est stockée. Une telle surveillance apparaît « excessive » aux yeux de la CNIL, car elle n'est « pas strictement limitée à l'objectif de lutte contre le vol et conduit à placer les personnes visées sous une surveillance disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ». L'entreprise a été condamnée à verser une somme de 10 000 euros ([CNIL, délib. n° 2009-201 du 16 avril 2009](http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/deliberations/deliberation/delib/217/)).  
Les informations collectées par un système de traitement automatisé de données personnelles avant que l'employeur ne le déclare à la CNIL, constituent un moyen de preuve illicite. Un employeur ne peut pas licencier une salariée pour faute grave en se basant sur les quelques 600 messages personnels qu'elle a envoyés ou reçus durant les deux mois précédant cette déclaration ([Cass. soc. 8 oct. 2014, n° 13-14991](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000029565250). Voir RPDS n° 828, avril. 2014).

**\*Géolocalisation**

La géolocalisation permet de connaître la position géographique, à un instant donné ou en continu, des salariés par la localisation de leur voiture. Selon la CNIL ([délib. n° 2015-165 du 4 juin 2015](http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030741771)), le recours à la géolocalisation doit avoir une finalité déterminée, explicite et légitime, que ce soit respecter une obligation légale ou réglementaire (lié au type de transport ou à la nature des biens transportés), permettre le suivi et facturation d’une prestation de transport, assurer la sûreté ou sécurité de l'employé etc.  
Le dispositif peut avoir comme finalité « accessoire » le suivi du temps de travail, si ce suivi ne peut pas être réalisé autrement. Mais il ne doit pas collecter ou traiter de données de localisation en dehors du temps de travail. Il n'est pas possible de suivre un conducteur lors des trajets effectués entre son domicile et son lieu de travail, ou pendant ses heures de pause. Le salarié concerné doit avoir la possibilité de désactiver seul la fonction de géolocalisation de son véhicule lorsqu'il est en pause et à la fin de la journée.  
Le traitement des données recueillies est également réglementé.  
Il a été jugé qu'un salarié peut refuser d'être géolocalisé lorsqu'il dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail (relative indépendance dans la gestion de son emploi du temps et dans l’exécution des missions) ([Cass. soc. 17 déc. 2014, n° 13-23645](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000029941910)).  
La CNIL exclut que les salariés détenteurs d'un mandat électif ou syndical puissent faire l'objet d'une géolocalisation lorsqu'ils agissent dans le cadre de leur mandat.

**À NOTER**Un salarié ne commet pas de faute s'il ne répond pas à l'appel de son employeur sur son portable personnel en dehors des horaires de travail. Ainsi en a décidé la Cour de cassation dans une affaire ou l'employeur avait tenté d'appeler un salarié ambulancier trois fois sur son portable à l'heure du déjeuner. L'employeur l'avait licencié pour faute grave, motif pris du comportement « irresponsable » du salarié qui aurait mis « la vie d'une personne en danger ». Réponse des juges : le salarié n'était pas tenu de répondre en dehors de ses heures de travail. ([Cass. soc. 17 fév. 2004, n° 01-45889](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007473856&fastReqId=1605644670&fastPos=1)). Cette décision est en relation avec le droit au repos et à la déconnexion (voir ….).

**III – Vie personnelle au travail**

« Le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée » ([Cass. soc. 2 oct. 2001, n° 99-42942](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007046161&fastReqId=71761646&fastPos=1), RPDS 2001, p. 363). Ce principe se combine avec le droit de surveillance de l'employeur, un droit inhérent à son pouvoir de direction.  L'employeur doit prendre un certain nombre de précautions lorsqu'il met la main sur des documents ou objets appartenant au salarié ou mis à sa disposition.  
Lorsque les fichiers ou courriers des salariés sont clairement identifiés comme « personnels », l'employeur ne peut les ouvrir qu'en présence du salarié ou ce dernier dûment convoqué, sauf risque ou évènement particulier.

**\* Ouverture des courriers**La réception de courriers privés sur le lieu de travail, par voie postale ou électronique, est assez souvent tolérée. Mais un règlement intérieur peut l'interdire expressément. Quel que soit le cas de figure (tolérance ou refus de l'employeur), l'employeur ne peut en prendre connaissance sans respecter certaines règles.

***E-mails***Sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut pas ouvrir les messages 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 ([Cass. soc. 17 juin 2009, n° 08-40274](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020768696&fastReqId=342816027&fastPos=1), RPDS 2010, p. 55).

***Enveloppes « papier »***Les enveloppes estampillées « confidentiel » ou « personnel » sont protégées par le secret des correspondances, de même que celles qui portent mention de l'adresse personnelle du salarié (ce qui peut arriver lorsque ce dernier relève son courrier en partant le matin et l'oublie le soir sur son bureau). L'employeur ne peut en prendre connaissance, sauf à se rendre coupable de violation du secret des correspondances ([Cass. crim. 17 fév. 1988, n° 87-81429](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007063953&fastReqId=1978850703&fastPos=1)). Mais dès lors qu'une enveloppe ne comporte aucune indication du caractère privé de la correspondance, l'employeur peut l'ouvrir ([Cass. crim. 12 janv. 1992, n° 88-85609](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007541779&fastReqId=1367872833&fastPos=1)).

**\*Téléphone portable**Les messages laissés depuis un portable professionnel, pendant les heures de travail et sur le lieu de travail, et qui ont un lien avec l'activité professionnelle du salarié, n'ont pas un caractère privé et peuvent être retenus contre lui dans une procédure disciplinaire ([Cass. soc. 28 sept. 2011, n° 10-16995](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024624494&fastReqId=861478698&fastPos=1)). Il en est de même pour les SMS envoyés ou reçus au moyen du portable professionnel. Les salariés qui souhaitent se protéger doivent trouver un moyen de les identifier comme personnels ([Cass. soc. 10 fév. 2015, n° 13-14779](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000030240094&fastReqId=76409034&fastPos=1)**).**

**\* Documents et fichiers**Le bureau comme l'ordinateur sont la propriété de l'entreprise. Les documents et fichiers qui s'y trouvent sont donc présumés lui appartenir aussi, sauf si le salarié les identifie très clairement comme étant personnels.  
À défaut, l'employeur peut en prendre connaissance à tout moment, aucune formalité ou information du salarié n'étant obligatoire.

***Fichiers informatiques***Les fichiers créés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé ([Cass. soc. 21 oct. 2009, n° 07-43877](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021194925&fastReqId=1904939499&fastPos=1)). Cette présomption peut toutefois tomber si le salarié identifie des fichiers comme étant personnels. Dans ce cas, sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut les ouvrir qu'en présence de l'intéressé (ou si ce dernier a été dûment appelé) ([Cass. soc. 17 mai 2005, n° 03-40017](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007048803&fastReqId=584222591&fastPos=1)).  
Ne constitue pas un fichier identifié comme personnel un fichier aux initiales du prénom (« JM ») du salarié ou un fichier intitulé « Alain » ([Cass. soc. 21 oct. 2009, n° 07-43877](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021194925&fastReqId=1663673720&fastPos=1) & [Cass. soc. 8 déc. 2009, n° 08-44840](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021476473&fastReqId=1143609035&fastPos=1)). De la même façon, la seule dénomination « Mes documents » n'est pas suffisante ([Cass. soc. 10 mai 2012, n° 11-13884](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000025861623)).  
La clef USB connectée à l'ordinateur professionnel est présumée être utilisée à des fins professionnelles ; l'employeur peut donc avoir accès aux fichiers non personnels qu'elle contient ([Cass. soc. 12 fév. 2013, n° 11-28649](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027073247)).

***Documents détenus par le salarié dans le bureau de l'entrepris*e**Même principe que pour les fichiers détenus sur le disque dur de l'ordinateur : seuls ceux qui sont identifiés comme personnels nécessitent la présence du salarié pour que l'employeur y ait accès ([Cass. soc. 18 oct. 2006, n° 04-47400](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007056156&fastReqId=559138323&fastPos=1)).

**\* Connexions Internet**Les connexions établies par le salarié pendant son temps de travail sont présumées avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, hors de la présence de l'intéressé. L'inscription d'un site sur la liste des « favoris » ne lui confère aucun caractère personnel et ne saurait donc restreindre le pouvoir d'investigation de l'employeur ([Cass. soc. 9 fév. 2010, n° 08-45253](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021834337&fastReqId=1230508441&fastPos=1)).  
L'usage d'internet à des fins personnelles devrait être toléré lorsqu'il reste modéré.

**\* Fouille des sacs appartenant aux salariés**

L'employeur ne peut ouvrir les sacs des 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 ([Cass. soc. 11 fév. 2009, n° 07-42068](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020256991&fastReqId=1009297222&fastPos=1)).  
Il doit respecter les dispositions du règlement intérieur si celui-ci prévoit des conditions particulières. À défaut, l'employeur ne peut pas se prévaloir d'une preuve obtenue lors de la fouille d'un sac ([Cass. soc. 2 mars 2011, n° 09-68546](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023670346&fastReqId=722484998&fastPos=1)).  
L'employeur peut toutefois opérer un contrôle des sacs sans respecter ces préalables en cas de circonstances exceptionnelles, par exemple suite à une série d'attentats et d'alertes à la bombe dont l'entreprise est la cible, à la condition toutefois que ces contrôles soient temporaires (C[ass. soc. 3 avril 2001, n° 98-45818](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007044399&fastReqId=1949371285&fastPos=1)).

**\* Fouille des vestiaires**

Il existe un certain nombre de conditions pour qu'un employeur puisse procéder à l'ouverture d'une armoire individuelle fermée à clef. En principe, la fouille doit avoir lieu en présence du salarié, dans les cas et aux conditions prévues par le règlement intérieur (s'il existe). Par exemple, en cas d'ouverture pour nettoyage, les salariés doivent être présents.  
A contrario, l'ouverture de l'armoire peut avoir lieu sans que le salarié soit préalablement informé s'il existe un risque ou un événement particulier. Ce risque ou cet événement doit présenter un certain degré de gravité.  
Par exemple, le fait pour l'employeur de reprocher à un salarié sa consommation excessive d'alcool sur le lieu de travail ne l'autorise pas à ouvrir son armoire personnelle sans le prévenir, quand bien même il y aurait trouvé trois bières. Dans cette affaire, la Cour de cassation a reproché aux juges d'appel de ne pas avoir, d'une part, constaté l'existence d'un événement ou d'un risque particulier justifiant cette ouverture et, d'autre part, vérifié si le règlement intérieur comportait des dispositions à ce sujet ([Cass. soc. 11 déc. 2001, n° 99-43030](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007046170&fastReqId=1515519144&fastPos=1)).

**IV – Liberté vestimentaire**

La liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu de travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales ([Cass. soc. 28 mai 2003, n° 02-40273](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007048346&fastReqId=1728937520&fastPos=1)).  
Si, d'une entreprise à l'autre, les consignes vestimentaires sont très variables, un seul principe s'applique : toute restriction apportée à la liberté individuelle de se vêtir doit être justifiée et proportionnée au but recherché.

**\* Restrictions « légitimes » et « proportionnées »**

S'il ne peut imposer arbitrairement des contraintes vestimentaires aux salariés, un employeur peut toujours encadrer cette liberté dès lors qu'il justifie d'un intérêt légitime. Tel est le cas lorsque certaines règles de décence ne sont pas respectées. Le licenciement d'une comptable, qui malgré une mise en garde de son employeur, persistait à venir travailler en chemisier transparent et sans soutien-gorge a ainsi été admis par la Cour de cassation (Cass. soc. 22 juil. 1986, n° 82-43824, voir RPDS 1996, p. 9).

D'une façon générale, les juges acceptent les contraintes vestimentaires essentiellement pour les salariés qui exercent en quelque sorte une fonction de «représentation de l'entreprise » : cadres d'un certain niveau qui personnifient l'entreprise auprès des tiers, métiers d'accueil et de vente ou, plus généralement, salariés en contact, même occasionnel, avec la clientèle.  
Par exemple, la Cour de cassation a donné raison à un employeur qui interdisait à la secrétaire d'une agence immobilière de venir travailler en survêtement ([Cass. soc. 6 nov. 2001, n° 99-43988](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007044936&fastReqId=658324215&fastPos=1)).  
Plus récemment, dans la célèbre affaire du bermuda, la Cour de cassation a jugé qu'une telle tenue est incompatible avec les fonctions et les conditions de travail du salarié lorsque ces dernières peuvent « le mettre en contact avec la clientèle » ([Cass. soc. 12 nov. 2008, n° 07-42220](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019773687&fastReqId=251213719&fastPos=1)).

**\* Port d'une tenue particulière**Le port d'une tenue particulière (blouse, uniforme, chaussures de sécurité, etc..) peut être imposé par des dispositions légales ou réglementaires. Elle peut également être prévue par la convention collective, le règlement intérieur d'entreprise, voire le contrat de travail, à condition que cette obligation soit justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché ([Art. L. 1121-1 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000006900785)).  
Par exemple, la clause d'un règlement intérieur qui impose au personnel d'une entreprise de pose et d'entretien d'ascenseurs de porter une tenue de travail est licite dès lors qu'elle s'explique par des considérations de **sécurité** liées à l'accomplissement de cette activité ([Cons. Et. 16 déc. 1994, n° 112855](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007866652&fastReqId=912242444&fastPos=8)).  
Le port d'une tenue obligatoire ne peut toutefois être prévu par un contrat de travail ou un règlement intérieur à défaut de convention collective le prévoyant ([Cass. soc. 16 janv. 2001, n° 98-44252](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007042417&fastReqId=1628484085&fastPos=1)). Dans cette affaire, deux salariés engagés en qualité de surveillants par le syndicat des copropriétaires d'une résidence avaient été licenciés pour avoir refusé de porter un uniforme, alors qu'une clause de leur contrat de travail « l'imposait ». Mais, pour la Cour de cassation, le contrat individuel de travail ne pouvait comporter de restrictions aux libertés individuelles plus importantes que celles prévues par la convention collective nationale des gardiens, concierges et employés d'immeuble ; or ce texte imposait le port d'un uniforme uniquement pour certaines catégories de personnel auxquelles n'appartenaient pas les salariés licenciés.  
Quelles sont les conséquences du refus du salarié de porter une tenue spécifique ? Si le port de cette tenue est conforme aux conditions de justification et de proportionnalité, le refus du salarié de s'y soumettre est fautif ([Cass. soc. 18 fév. 1998, n° 95-43491](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007040435&fastReqId=799665747&fastPos=1)). En revanche, est dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement du salarié qui refuse de porter une tenue de travail lorsque le port de cette tenue n'est pas justifié ([Cass. soc. 3 juin 2009, n° 08-40346](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020708286&fastReqId=1035752124&fastPos=1)).

**V – Liberté d'expression**

Les salariés jouissent, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de leur 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.  
L'utilisation d'informations dans le cadre de l'exercice de ce droit ne peut, en principe, être soumise à une autorisation préalable de l'employeur ([Cass. soc. 8 déc. 2009, n° 08-17191](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021472121&fastReqId=1226817620&fastPos=1)). Il en va toutefois autrement pour les informations confidentielles par nature.  
Un salarié peut-il user de sa liberté d'expression pour se plaindre de ses **conditions de travail** ? Oui, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, à condition de ne pas franchir les limites que sont l'**abus**, l'**injure** ou la **diffamation**. Une vendeuse ne commet pas d'abus dans l'exercice de sa liberté d'expression en envoyant un courriel à l'ensemble des magasins de l'enseigne et à certaines personnes du siège social pour se plaindre de ses conditions de travail, dans la mesure où ledit courriel ne comporte pas de terme injurieux, diffamatoire ou excessif ([Cass. soc. 10 nov. 2009, n° 08-43065](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021275852&fastReqId=880912407&fastPos=1)).  
Lorsqu'un salarié s'adresse à la direction ou la met en cause, la gravité des propos est jugée en tenant compte du contexte, des destinataires et de la publicité donnée aux propos exprimés. Un régisseur de MJC peut être sanctionné s'il envoie un e-mail aux membres de la direction les accusant d'utiliser des procédés comme la diffamation ou la diversion pour ne pas traiter des revendications des salariés et leur demandant, sur un ton menaçant, l'engagement immédiat de négociations ([Cass. soc. 11 fév. 2015, n° 13-22978](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030243891)). Inversement, un salarié peut critiquer vivement et en termes fleuris un projet d'accord collectif présenté par l'employeur, lorsqu'il le fait dans un message adressé aux salariés et aux représentants syndicaux et dans une démarche de défense des droits ([Cass. Soc. 19 mai 2016, 15-12311](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000032559945&fastReqId=1031038473&fastPos=1)).

(Sur le cas particulier des dérives liées à l’expression sur les réseaux sociaux, voir [Le licenciement pour motif personnel : le licenciement disciplinaire](https://droits.nvo.fr/droit-du-travail/le-licenciement-disciplinaire/))

**VI – Liberté religieuse**

Comme la liberté d'avoir des convictions politiques, philosophiques ou morales, la liberté religieuse est protégée dans l'entreprise. Des restrictions à la liberté religieuse et à la liberté de manifester ses croyances sont prohibées si elles ne sont pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ([Art. L. 1121-1 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000006900785)). Toute décision de l'employeur en termes d'embauche, licenciement, promotion, formation etc. fondée sur l'appartenance à une religion est discriminatoire ([Art. L.1132-1 du C.T](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000028650462&cidTexte=LEGITEXT000006072050).).  
A l'inverse, le salarié ne peut pas réclamer un traitement particulier en raison de ses croyances, sauf stipulations contractuelles ou usage local. Pour exemple, le cas d'un salarié musulman recruté en tant que boucher, et refusant deux ans après, pour des raisons religieuses, de toucher la viande de porc ([Cass. soc. 24 mars 1998, n° 95-44738](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007039387&fastReqId=666480958&fastPos=1)).

**\*Principe de neutralité**Depuis peu, les entreprises du secteur privé peuvent introduire, dans leur règlement intérieur, un principe de neutralité et prévoir des restrictions à la manifestation des convictions des salariés si elles sont justifiées par l’exercice d’autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l’entreprise, et si elles sont proportionnées au but recherché ([Art. L. 1321-2-1 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000033001625&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20160810)). Dans l'attente de décisions de justice fondée sur cette disposition, il faut savoir que la liberté de manifester sa croyance est le corolaire de la liberté religieuse. Un employeur ne peut pas interdire le port d'insigne religieux sans le justifier (par exemple [Cass. crim. 1er sept. 2010, n° 10-80584](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000022812741), litige opposant un maire à une élue du conseil municipal à qui il avait retiré l'exercice du droit de parole car elle portait une croix catholique).

**\*Laïcité**Le principe de laïcité, fondé sur l'article 1 de la Constitution de 1958, s'applique dans la fonction publique. Un agent est libre de ses croyances religieuses, mais le fait pour lui de les manifester dans l'exercice de ses fonctions constitue un manquement à ses obligations ([Cons. Et. Avis n° 217017, 3 mai 2000](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?&idTexte=CETATEXT000008001769)). L'obligation de neutralité est étendue aux organismes de droit privé qui gère un service public, tels que la CPAM ([Cass. soc. 19 mars 2013, n° 12-11690](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/537_19_25763.html)).

\***Entreprises de tendance**Les entreprises de tendance ou « de conviction » défendent certains principes idéologiques, politiques, philosophiques ou religieux. Il peut s'agir d'établissements scolaires, d'associations etc. Ces entreprises demandent à leurs salariés une certaine adhésion et peuvent les soumettre à une obligation particulière de loyauté. Mais cela ne donne pas tout pouvoir à l'employeur. Le salarié ne peut être licencié que si son comportement crée un trouble caractérisé dans l'entreprise ou l'association (voir l'affaire du sacristain homosexuel de Saint-Nicolas du Chardonnet : [Cass. soc. 17 avril 1991, n° 90-42636](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007026634)).

**\*Prosélytisme**Le prosélytisme, qui cherche non pas à convaincre mais à imposer des idées ou des croyances, est prohibé, surtout lorsqu'il est dirigé vers un public fragile, comme des enfants ou des personnes âgées (par exemple, Appel Nancy, 30 juin 2006, n° 04/1847). Le port d'un vêtement ou d'un signe religieux n'est pas en soi un acte de prosélytisme.

**A NOTER**Après deux arrêts de cour d'appel et un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation, l'Assemblée plénière a donné raison à la crèche Baby Loup qui avait licencié une salariée qui refusait de retirer son foulard islamique. L'assemblée plénière avait décidé que :  
– Baby Loup n'est pas une entreprise de conviction. La neutralité n'était pas un but pour cet établissement petite enfance, mais un moyen d'accomplir ses missions ;  
– Le règlement intérieur de la crèche, selon lequel le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité s'appliquant à l'ensemble des activités développées, dans les locaux de la crèche et en accompagnement extérieur des enfants, est conforme à la loi. La restriction à la liberté de manifester sa religion qu'il édicte ne présente pas un caractère général, mais est suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché ;  
– Le licenciement pour faute grave de la salariée est justifié par son refus d'accéder aux demandes licites de son employeur de s'abstenir de porter son voile et par ses insubordinations répétées et caractérisées ([Ass. Plén. 25 juin 2014, n° 13-28369](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/612_25_29566.html)).

**VII – Libre choix du domicile**

Toute personne dispose de la liberté de choisir son domicile et nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ([Cass. soc. 23 nov. 2009, n° 08-40434](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021080204&fastReqId=971286865&fastPos=1)).  
La jurisprudence se montre très protectrice de la liberté de choix du domicile. Les clauses de résidence (clause du contrat de travail par laquelle le salarié s'engage à fixer son domicile dans tel ou tel périmètre) sont par conséquent très rarement acceptées.  
L'employée d'une association s'occupant de majeurs sous tutelle ou curatelle ne peut pas être licenciée pour s'être éloignée de son lieu de travail de 20 km, même si son contrat lui impose de résider à moins de 200 mètres. Cette obligation contractuelle constitue une atteinte injustifiée au libre choix du domicile ([Cass. soc. 28 fév. 2012, n° 10-18308](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025434747&fastReqId=100361735&fastPos=9)**).**Même une clause de résidence imposée à des employés d'immeuble peut être annulée par la Cour de cassation si ces derniers peuent exécuter leurs tâches tout en résidant à l'extérieur des lieux de travail ([Cass. soc. 13 avril 2005, n° 03-42965](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007049881&fastReqId=1949761798&fastPos=1)). En revanche, une telle clause se justifie pour les gardiens d'immeuble ([Cass. soc. 13 juil. 2004, n° 02-44958](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007483826&fastReqId=1343063658&fastPos=1)).  
De la même manière, si l'usage fait par le salarié de son domicile relève de sa vie privée, un règlement intérieur peut toutefois poser des restrictions à cet usage, à condition que ces restrictions soient justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Par exemple, s'agissant d'un établissement spécialisé dans l'accueil de mineurs en difficulté, l'interdiction faite aux membres du personnel de recevoir à leur domicile des mineurs placés dans l'établissement est une sujétion professionnelle légitime et peut figurer dans le règlement intérieur ([Cass. soc. 13 janv. 2009, n° 07-43282](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020108623&fastReqId=1374440319&fastPos=1)).

Sur l'interdiction des discriminations à l'embauche, voir Le contrat de travail : Le recrutement.

Sur les discriminations syndicales, voir L’exécution du contrat : [L’interdiction des discriminations syndicales.](https://droits.nvo.fr/droit-du-travail/linterdiction-des-discriminations-syndicales/)

# 2.6.2 L'interdiction des discriminations syndicales

Traiter un salarié différemment des autres parce qu'il appartient à un syndicat est rigoureusement interdit par loi. La réalité est pourtant bien différente et l'on constate que ces pratiques prennent des formes diverses et insidieuses. La loi a aménagé la charge de la preuve des discriminations en faveur des victimes. Un mécanisme probatoire qui se déroule en deux temps : d'abord, le salarié, ensuite l'employeur.

Tout salarié a le droit de se syndiquer et d'exercer une activité syndicale. Ce droit, inscrit dans de nombreux textes, concerne toutes les entreprises, quelle que soit leur taille, et tous les travailleurs. Par conséquent, il est interdit de traiter différemment un salarié des autres parce qu'il est syndiqué *(Voir Dr. ouv. 2006, p. 170).*Cette interdiction repose sur un certain nombre de textes que l'on trouve notamment dans le Code du travail ou dans le Code pénal. Le législateur a tenu compte de la diversité des formes que prennent les pratiques discriminatoires.

**I – Principaux textes prohibant la discrimination syndicale**

La loi [n° 2001-1066 du 16 novembre 2001](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?dateTexte=&categorieLien=id&cidTexte=JORFTEXT000000588617&fastPos=1&fastReqId=1582582707&oldAction=rechExpTexteJorf) s'est attaquée au problème des discriminations en général en posant une définition de la discrimination et en donnant aux salariés les moyens de la combattre en allégeant la charge de la preuve (voir ci-après).  
On retrouve cette loi en partie codifiée à l'article [L. 1132-1](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=9ACE3A2CF34C07037B8EAA49E6FDF043.tpdila23v_1?idArticle=LEGIARTI000033461523&cidTexte=LEGITEXT000006072050&categorieLien=id&dateTexte=)du Code du travail, qui pose le principe de non discrimination : « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte* […] *notamment en matière de rémunération […], de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de* […] *ses activités syndicales* […] ».  
Un deuxième texte, l'article [L. 2141-5](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=9ACE3A2CF34C07037B8EAA49E6FDF043.tpdila23v_1?idArticle=LEGIARTI000031085258&cidTexte=LEGITEXT000006072050&categorieLien=id&dateTexte=)du Code du travail, vise spécifiquement les discriminations syndicales. Il interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière, notamment, de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail. Ce texte précise qu'un accord d'entreprise doit déterminer les mesures à mettre en oeuvre pour concilier la vie professionnelle avec la carrière syndicale et pour prendre en compte l'expérience acquise, dans le cadre de l'exercice de mandats, par les représentants du personnel, désignés ou élus, dans leur évolution professionnelle.

**A NOTER**En début de mandat, un représentant du personnel titulaire, un délégué syndical, ou un salarié détenteur d'un mandat syndical peut demander un entretien individuel avec l'employeur pour évoquer les modalités d'exercice de son mandat.  
Lorsque celui-ci a représenté 30 % de la durée du travail du salarié, l'entretien réalisé au terme du mandat doit permettre de recenser les compétences acquises et de préciser les modalités de valorisation de l’expérience acquise ([Art. L. 2141-5 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000006901606)).  
En dehors de ces deux entretiens spécifiques, dès lors qu'il s'agit d'évaluation professionnelle, l’exercice d’activités syndicales ne peut pas être pris en considération sauf application d’un accord collectif visant à en assurer la neutralité ou à le valoriser ([Cass. soc. 18 déc. 2013, n° 12-15149](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028364821&fastReqId=247497983&fastPos=1) , [Cass. soc. 1er fév. 2017, n° 15-20799](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000034001905&fastReqId=214698445&fastPos=2)), même si l'employeur prétend constater sans juger ([Cass. soc. 11 janv. 2011, n° 10-16655](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025151489&fastReqId=999460780&fastPos=1)).

**II – Qui peut être victime d'une discrimination syndicale ?**

Les syndiqués en responsabilités, c'est-à-dire les élus et mandatés sont généralement les plus exposés et les premiers visés par la discrimination syndicale : délégué syndical, délégué du personnel, membre du comité d'entreprise, conseiller prud'homme, etc. Mais ce ne sont pas les seuls : les militants, sans responsabilité particulière comme le simple syndiqué, sont tout aussi concernés, lorsque l'employeur le sait (pour un exemple contraire, voir [Cass. soc. 1er juil. 2015, n° 14-11459](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030847000)).  
L'article [L. 2141-5](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000019353719&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120207&fastPos=1&fastReqId=1111176631&oldAction=rechCodeArticle) précise qu'il est interdit à, l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat, « ou l'exercice d'une activité syndicale », ce qui inclut les salariés discriminés pour motif syndical alors qu'ils n'appartiennent pas à un syndicat (par exemple un salarié non syndiqué discriminé pour avoir pris une part active lors d'un conflit avec l'employeur).  
Le droit s'attache essentiellement à protéger les victimes directes des discriminations pratiquées dans les entreprises. Mais il existe aussi des victimes « collatérales ».  
Par exemple celles qui subissent des mesures de rétorsion simplement parce qu'on les considère trop proches du délégué syndical.  
Un conseil de prud'hommes avait reconnu pour la première fois cette forme de discrimination, appelée « **discrimination par association** ». Selon les juges, les dispositions de l'article [L. 1132-1](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=9ACE3A2CF34C07037B8EAA49E6FDF043.tpdila23v_1?idArticle=LEGIARTI000033461523&cidTexte=LEGITEXT000006072050&categorieLien=id&dateTexte=)qui prohibe les discriminations « peuvent être invoquées non seulement par les personnes qui se disent victimes, d'une manière directe ou indirecte, d'une discrimination […], mais encore par toute autre personne qui leur serait étroitement associée […] » *(CPH Caen, 25 nov. 2008, RPDS 2009, p. 254)*. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a également ordonné la réintégration d'une salariée licenciée en raison des activités syndicales de son mari (Appel Aix-en-Provence, 8 oct. 2013, n° 2013/841).  
La Cour de justice de l'Union européenne a également consacré la notion de discrimination par association dans un arrêt Coleman du 17 juillet 2008 ([Affaire C-303/06, http://curia.europa.eu](http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&nat=&oqp=&dates=&lg=&language=fr&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=C-303%252F06&td=ALL&pcs=O&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=363376)).

Autre précision, les **témoins**d'une discrimination sont également protégés par la loi. En effet, il est interdit pour l'employeur de prendre des mesures de rétorsion (sanction, licenciement, discrimination) à l'encontre des salariés qui relatent ou témoignent d'agissements discriminatoires dans l'entreprise ([Art. L. 1132-3 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000028285724&cidTexte=LEGITEXT000006072050)).

**III – Quelles formes peut prendre la discrimination ?**

Tous les aspects de la relation de travail, au sens large du terme, sont visés par la loi interdisant les discriminations : embauche, rémunération, formation, conduite et répartition du travail, affectation, reclassement, promotions, etc. ([Art. L. 1132-1](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000028650462&cidTexte=LEGITEXT000006072050) et [art. L. 2141-5 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000006901606) combinés)  
Dans les faits, la discrimination syndicale s'exprime le plus souvent par des blocages de carrières et/ou des écarts de rémunération. Mais elle peut aussi prendre d'autres formes comme le refus de renouveler un contrat, des sanctions disciplinaires (pouvant aller jusqu'au licenciement), des conditions de travail défavorables, des actes d'isolement, etc.

**Quelques exemples :**

* Le refus d'une société utilisatrice de confier une mission au salarié intérimaire auquel on reproche des absences liées à ses activités syndicales équivaut à un refus d'embauche discriminatoire ([crim. 2 sept. 2003, n° 02-86048](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007069635&fastReqId=1978840290&fastPos=1)) ;
* Fait l'objet d'une discrimination syndicale une salariée qui est la seule parmi les salariés ayant la même qualification à ne pas avoir progressé dans les échelons, lorsque cette différence de traitement n'est pas imputable à son insuffisance professionnelle mais a débuté lors de sa désignation en qualité de déléguée syndicale, en se traduisant notamment par une tentative de licenciement, des avertissements et des menaces ([soc. 11 oct. 2000, n° 98-43472](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007417006&fastReqId=1904615773&fastPos=1)) ;
* L'employeur a, à l'égard du salarié, une attitude discriminatoire lorsque le salarié s'est vu, deux mois après avoir été élu délégué du personnel, retirer sans justification les tâches essentielles inhérentes à l'exercice de ses fonctions de chef comptable qu'il occupait depuis trente ans, tâches confiées à son adjoint ([soc. 24 janv. 2006, n° 03-45198](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007496231&fastReqId=1179223048&fastPos=1)) ;
* Est victime d'une discrimination le salarié qui perçoit un salaire inférieur à celui de six autres salariés de qualification équivalente et dont l'employeur refuse, sans justification, l'accès à des formations qualifiantes et n'apporte aucun élément objectif justifiant la stagnation de sa carrière pendant vingt années à compter de l'exercice de ses fonctions syndicales ([soc. 26 avril 2006, n° 04-46100](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007495607&fastReqId=299311882&fastPos=1)) ;
* Le licenciement d'un membre du comité de direction, à qui il est reproché un défaut de loyauté pour avoir tardé à informer la direction de la création d'un syndicat et de sa participation à son bureau exécutif ([Cass. soc. 3 juil. 2012, n° 11-10793](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026157181&fastReqId=1854670334&fastPos=1)) ;
* Le fait d'imposer une formation inadaptée à un agent à l'issue de trois ans d'arrêt de travail, alors que les autres agents qui s'étaient trouvés dans la même situation avaient repris leurs fonctions sans y être soumis ([Cass. soc. 30 janv. 2013, n° 11-10793](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027025113&fastReqId=704691874&fastPos=1)).

**IV – Nullité des actes discriminatoires**

Toute disposition ou tout acte discriminatoire pris à l'égard d'un salarié est nul ([Art. L. 1132-4 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006900791&cidTexte=LEGITEXT000006072050) , [Cass. soc. 24 fév. 2004, n° 01-46499](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007474190&fastReqId=7889325&fastPos=1)).  
Conséquences pour le salarié ayant fait l'objet d'un licenciement discriminatoire : il peut obtenir sa **réintégration**. Dans ce cas, il doit bénéficier d'un rattrapage de tous les avantages salariaux et éventuellement financiers (intéressement, stock-options) dont il a été privé du fait de la discrimination et peut percevoir des dommages et intérêts pour préjudice moral. Par ailleurs, le salarié peut obtenir un reclassement tenant compte de l'avancement auquel il aurait pu prétendre.  
S'il refuse d'être réintégré dans son emploi, le salarié peut demander une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois, plus l'indemnité de licenciement et de préavis. S'y ajoutent les éventuels dommages et intérêts décrits ci-dessus (préjudice moral et financier).

**V – Interdiction d'actes discriminatoires envers un syndicat**

Les pratiques discriminatoires envers les organisations syndicales sont plus rares que celle portant sur les retards de carrières des militants. Elles n'en demeurent pas moins illégales, aux termes de l'article [L 2141-7](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901608&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120207&fastPos=1&fastReqId=1423890924&oldAction=rechCodeArticle) du Code du travail (« Il est interdit à l'employeur ou à ses représentants d'employer un moyen quelconque de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale »).  
Ainsi, tombe sous le coup de la loi le fait d'attribuer des moyens de fonctionnement à un syndicat et pas à un autre ([Cass. soc. 10 juil. 2001, n° 99-21884](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007045545&fastReqId=1267415499&fastPos=1), Dr. ouv. 2001, p. 490), ou le fait de réserver le bénéfice d'un accord relatif au droit syndical aux seules organisations signataires ([Cass. soc. 29 mai 2001, n° 98-23078](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007046403&fastReqId=1066375643&fastPos=1), RPDS 2001, p. 365).  
De même, faire appel à un consultant externe pour réduire l'influence de la CGT et favoriser l'émergence d'autres syndicats tels que la CGC constitue la mise en oeuvre d'un moyen de pression à l'encontre d'une organisation syndicale ([Cass. crim. 2 sept. 2008, n° 07-81661](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019512155&fastReqId=772468954&fastPos=1), RPDS 2009, p. 5).  
Lors des élections professionnelles, l'employeur doit également rester neutre. Il ne peut pas diffuser une note qui critique les membres du CHSCT, qui sont pour l'essentiel adhérents d'un même syndicat et facilement identifiables ([Cass. soc. 9 nov. 2016, n° 15-28461](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000033379457)).

**À NOTER**Lorsqu'une décision de l'employeur, voire un licenciement, apparaît discriminatoire, le salarié peut saisir le juge du référé prud'homal afin d'obtenir une provision sur dommages et intérêts et/ou sa réintégration dans l'entreprise.La formation de référé peut, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire des mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. ([Art. R. 1455-6 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000018484965)) Le trouble illicite est constitué dès lors qu'il y a non respect de l'application d'une règle légale. Un tel trouble est constitué lorsqu'un salarié détaché syndical, à la différence d'un autre salarié détaché dans un autre syndicat, s'est vu refuser sans raison un retour sur son poste initial, ce qui avait entraîné un retard de carrière. Pour faire cesser ce trouble, le juge peut accorder une provision sur dommages et intérêts, mais aussi reclasser provisoirement le salarié au niveau auquel il peut prétendre ([Cass. soc. 25 janv. 2006, n° 03-47706](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007499758&fastReqId=886977956&fastPos=1)).

**VI – Le régime de la preuve**

Devant le juge civil, le salarié (ou le candidat à un stage, à un recrutement, à une formation) présente des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte.  
Concrètement, il lui appartient de montrer qu'il est traité différemment des autres. Si le juge constate qu'il existe une présomption de discrimination, c'est au tour de l'employeur de prouver que la différence de traitement est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. À défaut pour lui d'apporter cette preuve, le salarié obtiendra gain de cause ([Art. L. 1134-1 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000018881570)).

**A NOTER**En cas de discrimination syndicale, le salarié peut saisir le conseil de prud'hommes. L'autre alternative est l'action au pénal, devant le juge correctionnel. Mais le délai de prescription est plus court, les modalités de saisine sont particulières (PV de l'inspection du travail transmis au procureur *ou* plainte avec constitution de partie civile *ou* citation directe) et il n'existe pas en principe d'inversion de la charge de la preuve. Celle-ci reste normalement à la charge du salarié.

**\* Traitement défavorable**

Le salarié victime d'une discrimination doit montrer qu'il fait l'objet d'un traitement défavorable. Pour cela, il peut établir, lorsque cela est possible, des **comparaisons** avec d'autres salariés non discriminés.  
Il doit dans ce cas cibler une **population de référence**, c'est-à-dire des collègues de travail à qui il peut se comparer.  
Mais il ne peut comparer que ce qui est comparable. Il peut arrêter son choix sur son environnement professionnel direct, c'est-à-dire les salariés du même service ou du même atelier. À défaut d'être possible, cette population de référence peut être élargie. Il faut toutefois prendre en compte des critères logiques et précis, par exemple une même ancienneté ou un même niveau professionnel lors de l'entrée dans l'entreprise. Ce travail de comparaison avec l'évolution professionnelle d'autres salariés permet de répondre aux questions suivantes : depuis quand le salarié aurait-il pu prétendre à un coefficient supérieur ? Quelle rémunération devrait-il percevoir aujourd'hui ? Quelles formations aurait-il pu suivre ?  
Il arrive toutefois que ce **travail de comparaisons** soit **impossible**, par exemple en raison de la petite taille de l'entreprise ou de l'absence de collègues ayant un statut identique. Ce qui n'empêche pas le salarié d'agir en justice selon un arrêt de la Cour de cassation du 10 novembre 2009.  
Dans cette affaire, la cour d'appel avait débouté une salariée qui se prétendait victime d'une discrimination suite à sa participation à un mouvement de grève, au motif qu'elle ne fournissait pas le moindre élément de comparaison avec d'autres collègues de statut identique pour attester d'un ralentissement de carrière. Arrêt cassé par la haute Cour : « l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés ». Les juges auraient dû rechercher si le ralentissement de carrière de la salariée et les difficultés auxquelles elle a été confrontée après sa participation à un mouvement de grève ne laissaient pas supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ([Cass. soc. 10 nov. 2009, n° 07-42849](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021270548&fastReqId=2009490468&fastPos=2)).  
Les juges ont confirmé que l’existence d’une discrimination n’implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d’autres salariés et précisé que le seul fait que des responsables syndicaux aient pu bénéficier de mesures de formation et de promotion n'exclut pas en soi l’existence de toute discrimination à l'égard d'un autre salarié mandaté qui en a été privé ([Cass. soc. 12 juin 2013, 12-14153](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027551581&fastReqId=1524709168&fastPos=2)**).**

**\*Quels éléments le salarié peut-il présenter au juge ?**

Devant le juge, le salarié doit présenter des éléments de faits laissant supposer une discrimination. Ce n'est donc pas sur lui que repose la preuve de la discrimination.  
Pour décider s'il y a présomption d'une discrimination, les juges statuent au cas par cas, c'est-à-dire en fonction des éléments qui leur sont soumis (méthode dite du « faisceau d'indices »). Si le juge estime ces éléments suffisamment convaincants, c'est ensuite à l'employeur qu'il appartient de prouver que les différences constatées ne sont pas discriminatoires.  
Les **différents éléments** que peut présenter le salarié sont les suivants :

* ***Graphiques et tableaux comparatifs***Lorsque les comparaisons sont possibles, le demandeur peut établir lui-même des tableaux, graphiques, ou autre, sans qu'il soit nécessaire de les étayer par des documents de l'employeur ([Cass. soc. 2 déc. 2009, n° 08-44243](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021391305&fastReqId=1257524013&fastPos=1)).Les informations nécessaires à l'élaboration de ces documents comparatifs peuvent être obtenues de diverses manières, par exemple via les délégués du personnel qui peuvent consulter à tout moment le registre unique du personnel, ou par l'intermédiaire des délégués syndicaux pour les données fournies dans le cadre des négociations annuelles obligatoires, ou encore dans le bilan social (qui obligatoire dans les entreprises de plus de 300 salariés) et accessible à tout salarié qui en fait la demande. Ces tableaux et graphiques font généralement apparaître un fléchissement de l'évolution professionnelle liée à une élection ou une désignation syndicale.
* ***Les échanges de courriers***Ils sont de nature à éclairer sur les relations entretenues par l'employeur avec son salarié (demandes d'explications du salarié sur l'évolution de sa carrière, demande de formation, réponses stéréotypées de la direction, etc.).
* ***Les témoignages***Ils ont une force probante indéniable. Ils peuvent émaner de salariés toujours en poste dans l'entreprise (ce qui n'est pas facile à obtenir), mais aussi d'anciens salariés (retraités, licenciés, départs volontaires, peu importent les circonstances dans lesquelles ils ont quitté l'entreprise).Les salariés qui témoignent bénéficient d'une protection contre le licenciement (voir fiche précédente).
* ***Actions des représentants du personnel***Les tracts, les questions posées par les délégués du personnel ou les interventions des élus au CE figurant sur les procès-verbaux des réunions font partie des éléments qui peuvent être retenus par le juge.
* ***Les fiches d'évaluation***Elles mettent parfois l'accent sur les absences du salarié, son manque de disponibilité, des éléments de nature à établir une discrimination.
* ***Les plannings horaires***Ils peuvent parfois montrer un déséquilibre dans la répartition des heures de travail entre collègues d'une même équipe (salarié affecté sur les tranches horaires les plus difficiles par exemple).

**\* Prescription et réparation intégrale du préjudice**

L'article [L. 1134-5](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000019017593&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120207&oldAction=rechCodeArticle) du Code du travail prévoit que « *l'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par 5 ans à compter de la révélation de la discrimination* ». Cette « *révélation* » n'est pas la simple connaissance de la discrimination par le salarié ; elle correspond au moment ou il dispose des éléments de comparaison qui la mette en évidence.  
Sur ces éléments de comparaison, la Cour de cassation a précisé que la prescription « *n'interdit pas au juge, pour apprécier la réalité de la discrimination subie au cours de la période non prescrite, de procéder à des comparaisons avec d'autres salariés engagés dans des conditions identiques de diplôme et de qualification à la même date que l'intéressé, celle-ci fut-elle antérieure à la période non prescrite* » ([Cass. soc. 4 fév. 2009, n° 07-42697](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020223227&fastReqId=965749168&fastPos=1)).  
Une solution rendue sous l'empire de l'ancienne prescription trentenaire, mais qui s'applique, compte tenu de la généralité des termes utilisés, à la prescription quinquennale. Les graphiques et tableaux comparatifs des carrières peuvent donc présenter des éléments bien antérieurs aux cinq ans du délai de prescription. Selon ce même article [L. 1134-5](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000019017593&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120207&oldAction=rechCodeArticle) du Code du travail, « *les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée* ».Le salarié doit donc être indemnisé pour toute la durée de la discrimination.  
Enfin, la réparation d'une discrimination ne se limite pas au seul versement de dommages et intérêts.  
Le salarié doit demander, pour obtenir une réparation intégrale du préjudice, une remise en état au poste et au niveau d'indice ou il se serait trouvé s'il n'a subi aucune discrimination ([Cass. soc. 23 nov. 2005, n° 03-40826](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007051448&fastReqId=1687449543&fastPos=1)).

Sur l'action en justice contre les discriminations dans l'emploi, voir RPDS n° 797-798, octobre 2011.

# 2.6.3 Les garanties en cas de grève

Selon l'article [L. 1132-2](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006900789&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120207&fastPos=2&fastReqId=48827670&oldAction=rechCodeArticle) du Code du travail, aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de l'exercice normal du droit de grève. Toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit. Par ailleurs, l'article [L. 2511-1](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006902372&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120207&fastPos=3&fastReqId=1436989899&oldAction=rechCodeArticle) du même code prévoit que l'exercice du droit de grève et les actes commis pendant la grève ne peuvent donner lieu à aucune sanction disciplinaire, sauf faute lourde du salarié.

La loi ne précise pas ce qu'il faut entendre par exercice normal ou anormal du droit de grève. Les tribunaux distinguent entre :

* les grèves licites qui sont de véritables arrêts de travail pendant lesquels l'exercice de ce droit ne doit pas entraîner de mesures de rétorsion, sauf faute lourde imputable au salarié ;
* les mouvements illicites qui ne sont pas juridiquement des grèves et au cours desquels les salariés ne bénéficient d'aucune protection particulière liée à l'exercice du droit de grève.

**I – Qu'est-ce qu'une grève ?**

La grève, droit reconnu par la Constitution, est un arrêt de travail concerté et collectif pour obtenir la satisfaction de revendications professionnelles.

**\* Arrêt de travail collectif**

L'arrêt de travail est en principe collectif. Mais :

* l'unique salarié d'une entreprise peut faire grève pour appuyer ses propres revendications ([soc. 13 nov. 1996, n° 93-42247](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007037544&fastReqId=1061762844&fastPos=1)).
* un seul salarié dans une entreprise peut faire grève s'il répond à un mot d'ordre national ou professionnel ([soc. 29 mars 1995, n° 93-41863](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007033757&fastReqId=2072344419&fastPos=1)).

**\* Existence de revendications professionnelles**

La grève est licite dès lors que l'employeur a eu connaissance des revendications même s'il n'a pas formellement refusé de les satisfaire. Il doit seulement avoir été informé de ces revendications avant le déclenchement de la grève ([Cass. soc. 19 nov. 1996, n° 94-42631](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007036672&fastReqId=847697588&fastPos=1)). L'information doit avoir eu lieu au plus tard quand la grève débute, peu importe les moyens (échanges téléphoniques avec le dirigeant, information du supérieur hiérarchique) ([Cass. soc. 22 oct. 2014, 13-19858](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000029632673), RPDS n° 836, somm. n° 110).  
Les salariés n'ont pas à attendre que l'employeur rejette au préalable les revendications pour se mettre en grève ([Cass. soc. 20 mai 1992, n° 90-45271](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007028921&fastReqId=2033325281&fastPos=1)).  
Le fait que l'employeur ne puisse pas au niveau de son entreprise ou de son établissement satisfaire certaines revendications n'empêche pas les salariés de se mettre en grève dès lors qu'ils répondent à un **mouvement de grève national** ; par exemple la défense des retraites ([Cass. soc. 15 fév. 2006, n° 04-45738](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007050416&fastReqId=1937675460&fastPos=1)).  
Les tribunaux (et donc les conseillers prud'hommes) n'ont pas à apprécier le bien-fondé des revendications, dès lors que celles-ci ont un caractère professionnel.

**\* Qu'est-ce que l'exercice anormal du droit de grève ?**

La loi ne précise pas ce qu'il faut entendre par exercice normal ou anormal du droit de grève. Selon les tribunaux, les agissements constitutifs d'une infraction pénale indiquent un exercice anormal du droit de grève (sabotage volontaire, vol, coups et blessures, séquestration, entrave à la liberté du travail), mais encore faut-il que l'infraction du gréviste soit prouvée. Les véritables arrêts de travail, même répétés, et même de courte durée ([Cass. soc. 25 janv. 2011, n° 09-69030](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023495634&fastReqId=1081879100&fastPos=2) ), ainsi que les grèves tournantes (arrêts de travail successifs dans différents services d'une entreprise) sont des grèves licites sauf si elles entraînent une désorganisation de l'entreprise elle-même et pas seulement de la production [(Cass. soc. 30 mai 1989, n° 87-10994)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007023260&fastReqId=1143360285&fastPos=1).  
Cependant, dans les services publics, certaines formes de grève sont interdites, par exemple, la grève tournante.  
Le refus des salariés d'exécuter certaines de leurs tâches ne relève pas de l'exercice du droit de grève. Par exemple, le refus des salariés d'exécuter des astreintes ne constitue pas une grève dès lors que, durant leur service, les salariés avaient cessé d'exécuter leur seule obligation d'astreinte, la grève ne pouvant être limitée à une obligation particulière du contrat de travail [(Cass. soc. 2 fév. 2006, n° 04-12336)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007050228&fastReqId=1273323382&fastPos=1).

**À NOTER**Qu'en est-il de la grève de solidarité ? Les salariés peuvent-ils par exemple débrayer pour soutenir l'un d'entre eux, menacé de licenciement ? Oui, mais à certaines conditions, selon la Cour de cassation : pour être licite la grève de solidarité ne doit pas être étrangère à des revendications professionnelles intéressant l'ensemble du personnel. Par exemple, une grève décidée par les salariés pour soutenir le délégué syndical convoqué à un entretien préalable au licenciement est intrinsèquement liée à la volonté d'obtenir des augmentations de salaires dans le cadre des négociations salariales auxquelles participait ce même délégué ([Cass. Soc. 5 janv. 2011, n° 10-10685](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023390505&fastReqId=227487010&fastPos=1)). De même, est licite la grève pour soutenir des salariés menacés de sanctions disciplinaires pour des faits commis lors d'un précédent mouvement de grève dont la légitimité n'est pas contestée ([Cass. soc. 2 juil. 2014, n° 13-12562](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000029194725&fastReqId=104049172&fastPos=1)).

**II – Effets de la grève**

La loi interdit aux employeurs de recourir à l'intérim, à des contrats à durée déterminée, à du personnel de gardiennage ou de surveillance pour entraver le droit de grève.

**\* Effets sur la rémunération**L'exercice du droit de grève ne doit donner lieu à aucune mesure de défaveur en matière de rémunération et d'avantages sociaux ([Art. L. 2511-1 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006902372&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120207&fastPos=3&fastReqId=478841687&oldAction=rechCodeArticle)).  
Par exemple, constitue une mesure discriminatoire la prime accordée aux seuls salariés non grévistes, en raison de leur non-participation à la grève ([Cass. soc. 2 mars 1994, n° 92-41134](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007032287&fastReqId=1563626005&fastPos=1)). Seul le salaire correspondant aux heures de grève n'est pas dû. Toute retenue de salaire supérieure constitue une sanction pécuniaire prohibée. Par exemple, l'employeur ne peut pas opérer une retenue supérieure, en invoquant la perte de production consécutive à la grève ou le temps nécessaire à la remise en route des machines ([Cass. soc. 26 juin 1991, n° 90-41602](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007128302&fastReqId=731837860&fastPos=1)). L'employeur ne peut pas différencier la retenue sur salaire pour tenir compte du degré de mobilisation des salariés et des conséquences de celle-ci sur le fonctionnement de l'entreprise, en l'espèce la parution retardée ou non des publications dans une société de presse. Sans éléments objectifs et licites susceptibles de justifier cette distinction, l'employeur se rend coupable de discrimination entre grévistes ([Cass. soc. 9 juil. 2015, n° 14-12779](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000030872267&fastReqId=991785390&fastPos=1)).L'employeur doit être condamné à verser aux salariés grévistes une indemnité compensant leur perte de salaire, lorsque la grève est motivée par un manquement grave et délibéré de ce dernier à ses obligations ce qui a contraint les salariés à cesser le travail pour faire respecter leurs droits essentiels. Tel est le cas, notamment si la grève est motivée par le non-paiement des heures supplémentaires ([Cass. soc. 3 mai 2007, n° 05-44776](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017828454&fastReqId=1185670730&fastPos=1)).  
Pour les salariés en forfait-jours sur l'année, si l'absence pour fait de grève est d'une durée non comptabilisable en journée ou demi-journée, la retenue opérée doit être en principe identique à celle pratiquée pour toute autre absence d'une même durée ([Cass. soc. 13 nov. 2008, n° 06-44608](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019772498&fastReqId=2041307877&fastPos=1)).  
Mais il faut consulter l'accord collectif qui encadre le forfait-jours. En effet, si celui-ci prévoit qu'aucune retenue ne peut être effectuée pour une absence inférieure à une demi-journée de travail, l'employeur ne peut opérer aucun abattement sur la paye d'un salarié au forfait-jours qui a exercé son droit de grève pendant moins d'une demi-journée ([Cass. soc. 4 mars 2009, n° 07-45291](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020359630&fastReqId=145456735&fastPos=1)).  
Les primes qui visent à récompenser l'assiduité du salarié, à savoir sa présence dans l'entreprise au cours de l'année, peuvent être réduites en raison de l'absence pour fait de grève, à la condition que l'ensemble des absences, autorisées ou non (sauf celles qui sont légalement assimilées à un temps de travail effectif) donnent lieu à la même réduction ([Cass. soc. 23 juin 2009, n° 08-42154](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020801217&fastReqId=1057976557&fastPos=1) et [Cass. soc. 23 juin 2009, n° 07-42677](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020801203&fastReqId=1817407475&fastPos=1)).

**\* Pas de sanctions ou de licenciement en raison de l'exercice normal du droit de grève**Aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de l'exercice normal du droit de grève ([Art. L. 1132-2 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006900789&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120207&fastPos=2&fastReqId=1384182027&oldAction=rechCodeArticle)), toute disposition ou tout acte contraire étant nul de plein droit.  
Un licenciement pour fait de grève ne peut être prononcé que pour faute lourde, sous peine de nullité (la faute lourde est celle qui révèle l'intention de nuire) ([Art. L. 2511-1 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006902372&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120207&fastPos=3&fastReqId=1657295440&oldAction=rechCodeArticle)).  
Le motif du licenciement tiré de la participation à une grève est illicite. À défaut de faute lourde, le licenciement est nul même si d'autres motifs indépendants de la grève auraient pu justifier un licenciement ([Cass. soc. 8 juil. 2009, n° 08-40139](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020838724&fastReqId=41571773&fastPos=1)). Il faut être attentif à la lettre de licenciement qui comporte une multitude de griefs car l'employeur espère bien souvent par ce procédé que l'un d'entre eux sera reconnu comme fondé par les juges pour justifier le licenciement. Or seul compte la cause première du licenciement qui est bien souvent celui du caractère illicite de la participation à une grève ; elle doit donc emporter à elle seule la nullité du licenciement en l'absence de faute lourde avérée.  
En l'absence de faute lourde, le salarié ne peut donc pas être licencié, ni faire l'objet d'une sanction moins sévère ([Cass. soc. 16 déc. 1992, n° 89-43646](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007171169&fastReqId=1903534920&fastPos=1)).C'est souvent la commission d'un délit comme l'atteinte à la liberté du travail ([Art. 431-1 du Code pénal 387](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000023717714&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20120207&fastPos=12&fastReqId=849398225&oldAction=rechCodeArticle)) qui est avancée par les employeurs pour justifier la faute lourde. Mais s'il a été jugé que le blocage de l'accès à l'entreprise et l'interdiction faite aux non-grévistes ou aux fournisseurs et clients d'y pénétrer constituait une faute lourde ([Cass. soc. 15 mai 2001, n° 00-42200](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007046237&fastReqId=1960975891&fastPos=2)), il a aussi été jugé :

* que la liberté du travail ou de circulation n'était pas entravée lorsque tous les accès au site n'ont pas été bloqués ([Cass. soc. 13 mai 2009, n° 07-44952](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020624544&fastReqId=124504105&fastPos=1)) ;
* que le seul fait de ralentir l'entrée des salariés dans l'entreprise, sans leur interdire d'y pénétrer, ne constitue pas une faute lourde ; la sanction prononcée contre les grévistes est nulle dès lors que les retards engendrés n'ont pas désorganisé la production ([Cass. soc. 19 nov. 2008, n° 07-44182](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019782301&fastReqId=1719126592&fastPos=1)).

Si l'occupation des locaux n'est pas en elle-même une faute lourde, elle peut le devenir lorsqu'elle persiste malgré une injonction du juge d'évacuer les lieux ([Cass. soc. 31 mars 1998, n° 95-45061](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007384221&fastReqId=764183694&fastPos=1)).En tout état de cause, un salarié n'est pas obligatoirement considéré comme l'auteur d'une faute lourde du seul fait qu'il a participé à des actes répréhensibles lors d'une grève. Encore faut-il que la preuve soit rapportée qu'il y ait participé personnellement et activement ([Cass. soc. 29 oct. 2008, n° 06-46498](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019716308&fastReqId=1376931726&fastPos=1)).  
Par exemple, la participation personnelle d'un salarié à l'action collective au cours de laquelle le DRH a été séquestré dans son bureau jusqu'à l'intervention des forces de l'ordre, est constitutive d'une faute lourde ([Cass. soc. 2 juil. 2014, n° 13-12562](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000029194725&fastReqId=104049172&fastPos=1)). En revanche, la simple occupation d'un lieu de production sans participation personnelle aux faits illicites ne constitue pas une faute lourde ([Cass. soc. 7 juin 1995, n° 93-42789](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007034637&fastReqId=833669210&fastPos=1)).  
La nullité de la sanction ou du licenciement entraîne l'effacement de la décision de l'employeur avec effet rétroactif. Il en résulte qu'en cas d'exercice normal du droit de grève, l'employeur qui a prononcé un licenciement doit être condamné à réintégrer le salarié dans son emploi et dans ses droits (salaires et avantages perdus).  
Sur l'indemnisation du licenciement nul, voir La rupture du contrat de travail : [L’indemnisation du licenciement abusif ou nul](https://droits.nvo.fr/droit-du-travail/lindemnisation-du-licenciement-abusif-ou-nul/).

**CE QU'ON EN PENSE**Comme indiqué ci-dessus, soit on est en présence d'une grève avec le système protecteur accordé par le Code du travail, soit le juge est confronté à un mouvement illicite, avec les conséquences qui en découlent. Ainsi, les salariés participants au mouvement illicite s'exposent à des sanctions en vertu du droit commun.  
Selon nous, il est possible de juger qu'une grève abusive reste une grève. Les salariés sont certainement allés trop loin dans l'utilisation de leur droit mais ils ont respecté les éléments justifiant l'exercice de la grève. Ils ont totalement et collectivement cessé le travail en vue de faire aboutir des revendications professionnelles. Dès lors, il est critiquable d'ôter la qualification de grève à l'action des salariés. De sorte que la participation à une grève qualifiée d'abusive ne devrait pouvoir être sanctionnée qu'en présence d'une faute lourde. L'article[L. 2511-1](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006902372&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120207&fastPos=3&fastReqId=1629373732&oldAction=rechCodeArticle)du Code du travail y trouverait tout son sens et la garantie constitutionnelle du droit de grève serait plus effective.

**III – Le lock-out**

Le lock-out est une fermeture totale ou partielle de l'entreprise imposée par l'employeur après ou pendant une grève. Les employeurs utilisent rarement le vocable « lock-out ». Ils préfèrent parler de « chômage technique », en invoquant des difficultés d'approvisionnement ou de stockage. Quel que soit le nom que l'employeur donne à la fermeture de l'atelier, de l'établissement ou de l'entreprise, le rôle du juge est de requalifier juridiquement cette fermeture en lock-out dès lors qu'elle constitue une mesure de rétorsion prise abusivement à titre de sanction de l'exercice du droit de grève. C'est l'employeur qui doit prouver que la fermeture de l'entreprise lui a été imposée par l'impossibilité absolue de la garder ouverte.  
Mais les tribunaux considèrent parfois que la mise en chômage technique d'une partie du personnel est justifiée quand elle est la conséquence nécessaire d'une « situation contraignante ».  
Cette expression autorise en réalité la fermeture de l'entreprise, si celle-ci se révèle, selon l'employeur, économiquement indispensable ou en cas de danger pour la sécurité des salariés non grévistes ou pour les clients.  
Mais encore faut-il que les difficultés soient suffisamment importantes, qu'elles entraînent un blocage au niveau de la production ou la paralysie de certains ateliers. Par ailleurs, c'est toujours à l'employeur d'apporter la preuve d'une situation contraignante.  
Dès lors qu'il n'a pas l'excuse de la force majeure ou de la situation contraignante, l'employeur qui a fermé l'entreprise, est tenu de verser aux salariés privés de travail des dommages et intérêts au moins égaux aux salaires perdus pendant la période de lock-out.

**IV – Droit de grève dans les services publics**

Un certain nombre de règles relatives au droit de grève sont identiques aux secteurs publics et privé. Par exemple, en ce qui concerne les conditions de légalité d'une grève : un arrêt de travail concerté et collectif, une cessation totale du travail et la défense de revendications professionnelles.  
Le Code du travail réglemente toutefois de façon plus stricte l'exercice du droit de grève pour les fonctionnaires et les personnels travaillant dans des établissements chargés d'une mission de service public.  
La loi contraint les organisations syndicales représentatives à déposer un préavis cinq jours avant le déclenchement de la grève. Ce préavis doit préciser les motifs de recours à la grève, le lieu, la date, l'heure du début, ainsi que la durée (limitée ou non) de la grève.  
Les salariés ne sont pas tenus de cesser le travail ni dès le début de la période indiquée dans le préavis ([Cass. soc. 11 fév. 2015, n° 13-14607](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030240168)) ni pendant toute la durée du préavis. La fin d'une grève à une durée illimitée ne se déduit pas de l'absence de grévistes ; elle relève d'une décision des syndicats qui ont déposé le préavis ([Cass. soc. 8 déc. 2016, n° 15-16078](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000033565263)).  
Pendant le préavis, les parties sont tenues par la loi à négocier ([Art. L. 2512-2 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006902378&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120207&fastPos=3&fastReqId=2131578461&oldAction=rechCodeArticle)). Il permet donc aux directions d'engager des discussions avec les syndicats avant le déclenchement du conflit et, en cas d'accord, d'éviter ce dernier.  
Lorsqu'un préavis a été déposé pour une grève nationale auprès de l'autorité compétence sur le plan national, il n'est plus nécessaire que des préavis soient déposés au niveau local.  
En outre, des dispositions particulières sont prévues dans les entreprises publiques de **transports terrestres** : le dépôt d'un préavis de grève ne peut intervenir qu'après une négociation avec l'employeur. En outre, les salariés doivent informer ce dernier de leur intention de prendre part à la grève au plus tard 48 heures à l'avance sous peine de sanctions disciplinaires ([Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?dateTexte=&categorieLien=id&cidTexte=JORFTEXT000000428994&fastPos=1&fastReqId=563173774&oldAction=rechExpTexteJorf), JO du 22 ; voir RPDS 2007, n° 750, p. 311.).  
D'autres règles spécifiques s'appliquent aux personnels travaillant dans les services publics, plus sévères que celles du secteur privé. Il en est ainsi des **modalités de retenues sur salaires** dans certains secteurs. De même, les **grèves tournantes** sont interdites, c'est-à-dire les arrêts de travail qui affectent par échelonnement successif ou par roulement concerté les différents secteurs ou catégories professionnelles d'un même établissement ou service ou les différents services ou établissements d'une même entreprise ou d'un même organisme ([Art. L. 2512-3 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006902379&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120207&fastPos=3&fastReqId=408169785&oldAction=rechCodeArticle)). Il en résulte que l'heure de cessation et celle de reprise du travail doivent être identiques pour l'ensemble du personnel. Mais les syndicats peuvent déposer des préavis de grève successifs mentionnant des motifs différents ([Cass. soc. 12 mars 2008, n° 06-18494](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018340811&fastReqId=1569771253&fastPos=1)).