



HAL
open science

La conciliation des intérêts par le juge judiciaire français

Fleur Laronze

► **To cite this version:**

Fleur Laronze. La conciliation des intérêts par le juge judiciaire français. *Revue de droit canonique*, 2013, 63 (1-2), pp.253-268. hal-02116430

HAL Id: hal-02116430

<https://hal.science/hal-02116430v1>

Submitted on 8 Jan 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA CONCILIATION DES INTÉRÊTS PAR LE JUGE JUDICIAIRE FRANÇAIS

L « E DROIT A LA DIFFÉRENCE s'épanouit dans la différence des droits, chacun devant obtenir une situation juridique ajustée à ses besoins »¹. Une telle situation conduit à un accroissement sans limites des statuts particuliers, ce qui est, selon certains auteurs, la négation même de l'idée de droit². La mission du juge face à la liberté de religion exercée dans l'entreprise semble complexe et irréalisable. Le juge ne pourra y parvenir qu'en rapprochant les situations juridiques et en liant les besoins les uns avec les autres. Il doit procéder à la conciliation des droits. Par concilier, il faut entendre accorder, faire aller ensemble, rendre harmonieux, allier, ou encore arbitrer, adoucir. Selon le terme employé, la conciliation n'a pas la même intensité, ni la même portée sémantique, qu'il s'agisse d'un simple accommodement ou arrangement ou d'un véritable accord, arbitrage ou transaction.

Les droits peuvent être conciliés par le juge. Mais qu'est ce qu'un droit ? JHERING considérait que le droit est un intérêt juridiquement protégé. Paul ROUBIER, quant à lui, critiquait la théorie de JHERING, au profit de la conception personnelle de la situation juridique subjective, et précise que, « le droit est un intérêt, ce qui signifie qu'il correspond

1. R. LIBCHABER, « Réflexions sur le « désordre juridique français » », in *Mélanges offerts à A. DECOCQ, Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 405, spéc. p. 415.

2. R. LIBCHABER, « Réflexions sur le « désordre juridique français » », op. cit., *ibidem*.

à un avantage ou à une utilité ; mais tout intérêt ne peut être élevé au rang de droit : il faut pour cela que la protection juridique soit acquise, c'est-à-dire que l'autorité publique lui accorde sa sanction »³. M. le professeur OST, enfin, relevait que l'intérêt était soit consacré sous la forme d'un droit subjectif, soit inexistant juridiquement. Dès lors, « annexé sous la forme rassurante du droit subjectif ou conjuré comme un mauvais sort, l'intérêt ne reçoit guère d'existence juridique propre »⁴.

Plusieurs juges relevant de l'ordre judiciaire sont confrontés à la liberté de religion. Si le juge social nous intéressera plus particulièrement, le raisonnement appliqué par les autres juges de l'ordre judiciaire peut influencer le raisonnement du juge social, ou au contraire s'y opposer diamétralement.

Ainsi, la Première chambre civile de la Cour de cassation s'est exprimée par rapport à une affaire concernant un testament rédigé par des parents marocains devant un notaire rabbinique. Ce testament prévoyait la transmission des biens à l'un de leur fils « à la condition que sa femme et ses enfants soient déjà convertis à la religion juive »⁵. Or, une telle clause est contraire à l'ordre public de telle sorte que la liberté de religion est protégée contre la volonté du défunt⁶.

La Chambre criminelle confirme, quant à elle, le raisonnement des juges du fond qui s'appuient sur les auteurs de la pensée philosophique et théologique pour justifier leur solution. Ainsi, dans une affaire qui a été délibérée en 2011, une plaignante demandait, en invoquant sa foi catholique, la restitution d'organes humains prélevés sur le corps de son défunt mari et réalisés au cours d'une information judiciaire. Après avoir rappelé la position de Saint Paul et de Saint Augustin et relevé l'absence de compétence des juges du fond pour arbitrer en matière de théologie, la Chambre criminelle de la Cour de cassation

3. *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, p. 68, n° 9.

4. F. OST, *Droit et intérêt, Volume 2 Entre droit et non droit : l'intérêt*, Faculté Université Saint Louis, Bruxelles, 1990, p. 9.

5. Cass. 1^{ère} civ. 21 nov. 2012, n° 10-17.365, publié au Bulletin, D. 2012. 2802 ; AJ fam. 2013. 59, obs. A. BOICHE ; RTDCiv. 2013, p. 162, note M. GRIMALDI.

6. M. GRIMALDI, note sous Cass. 1^{ère} civ. 21 nov. 2012, préc.

considère que « la non-restitution des prélèvements effectués lors de l'autopsie n'est donc pas une atteinte à la liberté de penser, de conscience et de religion définie et protégée par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme »⁷.

Par ailleurs, la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation précise les conditions pour bénéficier de la sécurité sociale. Dès lors, « qu'une personne se trouve dans une situation équivalente à celle d'une professe ayant prononcé ses premiers vœux, à savoir une situation de soumission et de dépendance à l'autorité congrégationniste, s'obligeant à la pratique effective des vœux dès avant leur prononcé et participant aux activités notamment religieuses de celle-ci en contrepartie d'une prise en charge de tous ses besoins et, notamment, de ses besoins matériels, elle se trouve avoir, de fait, la qualité de membre au sens de l'article L. 721-11 du code de la sécurité sociale »⁸. La liberté de religion est protégée en ce qu'elle permet d'accéder à la qualité d'assuré social.

En outre, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que les associations culturelles peuvent, au nom de la liberté de conscience individuelle, de la liberté d'expression des convictions religieuses et de la liberté de réunion et d'association reconnues par les lois de 1905 et de 1901, bénéficier d'une exonération des droits de mutation applicables normalement aux dons⁹. Ce régime fiscal permet de garantir la liberté de religion des associations à condition d'entrer dans la catégorie des associations culturelles reconnues par l'autorité administrative compétente.

De la même façon, la Chambre sociale de la Cour de cassation considère que l'engagement religieux d'une personne n'exclut l'existence du contrat de travail que pour les activités accomplies pour le compte et au bénéfice de sa congrégation¹⁰.

7. Cass. crim. 18 janv. 2011, n° 10-83386, non publié au bulletin.

8. Cass. 2^e civ., 20 janvier 2012, n° 10-26845, Bull. civ. II, n° 15.

9. Cass. com. 13 janvier 2009, n° 08-10193, inédit.

10. Cass. soc., 20 janvier 2010, Dr. soc., 2010, p. 1070, chron. J.

Le juge va loin dans le raisonnement en matière de religion, ne craignant pas d'exercer les prérogatives d'une juridiction ecclésiastique. Il prend en compte la liberté de religion. Il aménage le droit applicable à ses conditions d'exercice. Mais quelle est la finalité recherchée par le juge : la sauvegarde de la liberté de religion ? ou la conciliation des intérêts qui s'opposent en raison de la religion du salarié et de l'intérêt de l'entreprise ? Il s'agit bien de la conciliation des intérêts. La religion de l'entreprise sera appréhendée par le juge judiciaire de manière un peu différente. La finalité recherchée par le juge sera, dans cette situation, la stricte convergence des intérêts et non la seule conciliation des intérêts opposés.

En revanche, le raisonnement est le même, dans une entreprise de tendance ou dans une entreprise ordinaire. Il s'agit de vérifier que l'atteinte aux libertés individuelles est nécessaire et proportionnée au but poursuivi par l'entreprise. La finalité recherchée par le contrôle du juge n'est parfois qu'apparente. Elle ne se concrétise pas toujours. Tout dépend en réalité de la fonction exercée par le juge. Or, plusieurs fonctions lui sont reconnues : l'identification de la règle de droit, l'application de la règle de droit, l'interprétation de la règle de droit et la création de la règle de droit.

La finalité de la conciliation des intérêts sera appréciée au regard des fonctions traditionnelles du juge, d'une part, et de ses fonctions originales d'autre part.

1. LES FONCTIONS TRADITIONNELLES DU JUGE AU REGARD DE LA FINALITÉ RECHERCHÉE

Les fonctions traditionnelles du juge sont doubles en vertu de l'article 12 du Code de procédure civile. Le juge a pour mission d'identifier (A.) et d'appliquer (B.) la règle de droit à la situation de fait appréhendée. Mais, ces fonctions ne lui permettent pas de réaliser la finalité de son contrôle, à savoir la conciliation des intérêts.

A. L'identification de la règle de droit

Le processus d'identification de la règle de droit est initié par la phase de qualification juridique des faits. Cependant, en matière de religion exercée dans l'entreprise, il ne s'agit pas à proprement parler, de qualifier une situation de fait mais de résoudre un conflit de droits subjectifs, de libertés : la liberté d'entreprendre de l'employeur et la liberté de religion du salarié.

L'identification de la règle de droit applicable ne dépend donc pas d'une qualification juridique des faits mais d'une identification préalable des libertés en jeu. Pour autant, il est nécessaire d'observer les faits qui permettent d'identifier la liberté d'entreprendre d'une part, et la liberté de religion, d'autre part.

La liberté d'entreprendre sera caractérisée, notamment, par le fait de déposer des statuts au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ; le fait de faire travailler une personne pour le compte d'une autre et de choisir librement ses collaborateurs¹¹. La liberté d'entreprendre ne doit pas être confondue avec ses déclinaisons, la liberté d'établissement et la liberté de prestation de services, ni avec ses fondements, tels que la liberté de commerce et de l'industrie ou la liberté d'exercer une activité professionnelle.

La liberté de religion sera, quant à elle, caractérisée, notamment, par le fait de manifester sa religion, sous la forme de pratiques, de paroles ou d'actes, de manière collective, en public ou de manière individuelle et en privé, ou enfin sous la forme de l'enseignement¹². La liberté de religion peut être confondue dans une certaine mesure, avec la liberté vestimentaire¹³ ou avec la liberté d'expression¹⁴.

11. Cons. const., 20 juillet 1988, décision n° 88-244 DC.

12. CEDH, 25 mars 1993, Kokkinakis, req. n° 14307/88, §31 ; CEDH, 15 janvier 2013, Eweida, req. n° 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, §80.

13. Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273, D. 2003, p. 2718, note F. GUIMORD, et 2004, p. 176, obs. A. POUSSON ; Dr. soc. 2003, p. 809, note P. WAQUET ; RTD civ. 2003, p. 680, obs. J. HAUSER.

14. HALDE, délib. n° 2009-117, 6 avril 2009 ; CA Paris, 19 juin 2003, RJS 2003, n° 1116.

Mais cette confusion n'est pas juridiquement possible. D'abord, parce qu'à la différence de la liberté de religion, la liberté vestimentaire n'est pas une liberté fondamentale¹⁵ et obéit à un régime juridique spécifique¹⁶. Ensuite, parce qu'à la différence de la liberté d'expression, l'abus ne peut constituer la limite à ne pas franchir, en raison des contours incertains de l'abus appliqué à la liberté de religion. La liberté de religion relève, de prime abord, du for intérieur et constitue un élément de l'identité personnelle sur lequel la conception de la vie personnelle repose. C'est lorsqu'elle s'exprime par des facteurs exogènes que la liberté de religion doit être encadrée. Mais dans quelle mesure ? La caractérisation du prosélytisme est délicate.

Si le juge est seul à même de pouvoir apprécier le conflit entre les libertés, sa tâche n'est pas aisée. C'est la raison pour laquelle il raisonne à partir de la notion d'intérêt à protéger : l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt personnel du salarié qui constituent des intérêts privés. Le juge constitutionnel est plus familiarisé que le juge judiciaire, aux situations de conflit entre les libertés. Il s'appuie alors sur l'objectif à valeur constitutionnel qui guide son raisonnement. Le juge judiciaire, quant à lui, doit nécessairement identifier les libertés en conflit, à travers la notion d'intérêt privé. En cas de conflit, la règle applicable est une règle de conflit identifiée en fonction de la nature des intérêts en conflit.

B. L'application de la règle de droit

Le raisonnement du droit international privé peut être transposé ici. La règle appliquée par le juge ne régit pas directement une situation de fait mais concerne un conflit entre deux droits subjectifs ou plutôt entre deux intérêts. Le juge va donc appliquer une règle de conflit afin de résoudre une situation de conflit. Mais quelle règle de conflit ?

L'article L. 1121-1 du Code du travail et la déclinaison de cet article dans le cadre du règlement intérieur (l'article L. 1321-3 du même Code) semblent être la règle de conflit

15. Cass. soc., 28 mai 2003, préc.

16. Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.346, *Jurisp. soc.* Lamy, 26 oct. 2009, n° 264, p. 26.

privilegiée par le juge, faisant appel au principe de proportionnalité. Cependant, une autre règle de conflit peut être envisagée : celle résultant de l'article L. 1132-1 du Code du travail, à savoir le principe de non discrimination.

D'abord, l'article L. 1121-1 prévoit que « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». L'article L. 1321-3 reprend la même formulation en étant appliqué au règlement intérieur de l'entreprise. Une illustration de l'application du principe de proportionnalité peut être proposée à travers l'affaire Baby Loup¹⁷.

La Cour d'appel, dans cette affaire, avait appliqué le principe de laïcité à l'association qui gérait la crèche et avait rejeté la demande de nullité du licenciement de la salariée portant le voile. Or, « le règlement intérieur de l'association Baby Loup prévoit que « le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par Baby Loup, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche »¹⁸, une telle clause instaure « une restriction générale et imprécise [à l'égard de la liberté de religion], »¹⁹ qui ne répond pas, selon la Cour de cassation, aux exigences de l'article L. 1321-3 du Code du travail. Le licenciement, prononcé pour un motif discriminatoire, en raison de la religion de la salariée, est donc nul.

Le principe de proportionnalité peut être défini, selon Monsieur Benoit GENIAUT, comme une exigence explicite

17. Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28845, publié au Bulletin. P. MBONGO, « Institutions privées, « entreprises de tendance » et droit au respect des croyances religieuses », JCP G. 2013, n° 26, p. 1287 ; E. DOCKES, « Liberté, laïcité, Baby Loup : de la très modeste et très contestée résistance de la Cour de cassation face à la xénophobie montante », Dr. Soc. 2013, p. 388 ; J. MOULY, « La liberté d'expression religieuse dans l'entreprise : le raidissement de la Cour de cassation », D. 2013, p. 963.

18. Cass. soc., 19 mars 2013, préc.

19. Cass. soc., 19 mars 2013, préc.

(dans la loi) ou implicite (dans le contrôle du juge) permettant de contrôler l'adéquation des moyens employés aux fins poursuivies mais aussi de faire naître un compromis à travers la mise en balance des arguments²⁰.

Le principe de proportionnalité est mis en œuvre dans de nombreuses circonstances. Il est appliqué au prononcé d'une faillite personnelle²¹ ou encore en cas d'action en responsabilité pour insuffisance d'actif²². Mais, son domaine de prédilection est le droit du travail. D'abord, le contrôle de proportionnalité permettra d'évaluer le caractère sérieux de certaines décisions de l'employeur. Par exemple, la sanction que ce dernier prononce doit être proportionnée à la faute en vertu de l'article L. 1333-2 du Code du travail. Pour autant, le contrôle du juge ne peut « léser ou limiter l'autonomie de la volonté et la liberté de négociation privée, qui, pour beaucoup, n'est pas soumise au respect de la logique de la relation moyens-fins et ne doit pas être exercée en tenant compte d'une protection préconstituée de valeurs »²³. Mais le principe de proportionnalité est aussi appliqué aux libertés en conflit. Le contrôle de

20. *La proportionnalité dans les relations du travail, De l'exigence au principe*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, préface A. JEAMMAUD, 2009.

21. Cass. com., 1^{er} décembre 2009, n° 08-17.187, Bull. civ. IV., n° 155 ; D. 2010, p. 7, obs. A. LIENHARD ; Rev. sociétés 2010, p. 256, note N. MORELLI. Visant le principe de proportionnalité à travers le prisme duquel les dispositions des articles L. 625-3 et L. 625-5 du Code de commerce doivent être interprétées, les magistrats de la Cour de cassation considèrent, dans un attendu de principe, que « *la faillite personnelle peut être prononcée dès lors qu'un seul des faits prévus par les textes précités est établi ; que toutefois, si la sanction infligée relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, il importe, lorsque plusieurs faits sont retenus, que chacun d'entre eux soit légalement justifié* ».

22. Cass. com., 15 décembre 2009, n° 08-21.906, Bull. civ. IV., n° 166 ; JCP E. 2010, 1164, note P. DELMOTTE et P. ROUSSEL GALLE ; Rev. sociétés 2010, p. 256, note N. MORELLI. La Cour de cassation précise, en se fondant sur les dispositions des articles L. 621-1 et L. 624-3 du Code de commerce dans leur rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, ensemble le principe de proportionnalité, que « *si le montant de la condamnation prononcée relève de l'appréciation souveraine des juges du fond dès lors qu'il n'exécède pas l'insuffisance d'actif, il importe, lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, sont retenues, que chacune d'entre elles soit légalement justifiée* ».

23. A. PERULLI, « Rationalité et contrôle des pouvoirs de l'employeur », RDT 2006, p. 85.

proportionnalité permet de mesurer les atteintes portées aux libertés fondamentales des salariés, à leurs intérêts, par l'exercice du pouvoir normatif de l'employeur. Le juge met alors face à face l'intérêt des salariés qui expriment leurs libertés ou droits fondamentaux et l'intérêt de l'employeur ou plutôt de l'entreprise. La définition de l'intérêt sous l'angle du droit subjectif trouve ici toute sa vigueur.

Ensuite, le principe de non discrimination constitue-il une règle de conflit applicable aux libertés qui se confrontent et aux intérêts concurrents ? En pratique, le salarié va se placer sur les « deux terrains » et solliciter l'application de l'article L. 1121-1 ainsi que l'article L. 1132-1 du Code du travail. Mais cette situation résulte d'un double constat. D'une part, la loi elle-même associe les deux principes au sein de l'article L. 1321-1 du Code du travail relatif à la transposition du principe de proportionnalité dans le cadre du règlement intérieur, le principe de non discrimination étant aussi rappelé. D'autre part, la Cour de cassation vise conjointement les articles L. 1121-1 et L. 1321-3 ainsi que L. 1132-1 du Code du travail en précisant « que les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnées au but recherché »²⁴. Autrement dit, la restriction portée à la liberté de religion, de nature justifiée et proportionnée, constitue un élément objectif étranger à toute discrimination.

Certains auteurs²⁵ considèrent qu'en faisant référence à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, la Cour de cassation introduit au sein du raisonnement du contrôle de proportionnalité, une notion propre à l'analyse de la discrimination. En effet, la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante est évoquée dans la loi du 27 mai 2008 sur la lutte contre les discriminations, qui transpose la directive du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de

24. Cass. soc., 19 mars 2013, préc.

25. J. MOULY, loc. cit. ; K. BERTHOU, « Différences de traitement : esquisse « des exigences professionnelles essentielles », après la loi du 27 mai 2008 », Dr. Soc. 2009, p. 410.

traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail²⁶. Cette loi a prévu la possibilité d'invoquer l'un des motifs prohibés pour justifier une différence de traitement, lorsque la décision de l'employeur répond à une exigence essentielle et déterminante²⁷. Mais, la loi ajoute « pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ». L'intrication des raisonnements relevant du principe de proportionnalité et du principe de non discrimination atteint ici son paroxysme, puisque la loi du 27 mai 2008 relative à la lutte contre les discriminations renvoie elle aussi à l'idée de proportionnalité.

Dès lors, le juge et le législateur se renvoient la « balle » à travers la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante, le juge en l'incluant dans le raisonnement du contrôle de proportionnalité, le législateur en l'affectant d'un caractère proportionné.

En outre, la HALDE, nouvellement défenseur des droits, qui n'est certes pas un juge judiciaire mais une autorité administrative indépendante capable de trancher des conflits, retient un raisonnement particulier en matière de liberté de religion. Par une délibération remarquée du 13 novembre 2007, LA HALDE considéra que « si toute discrimination fondée sur les convictions religieuses est prohibée lors de l'exécution du contrat de travail, des limitations peuvent être imposées dès lors qu'elles sont justifiées et proportionnées notamment par l'organisation du travail dans l'entreprise »²⁸. Le principe de non discrimination rencontre le principe de proportionnalité. LA HALDE emploie expressément le terme de « conciliation » en évoquant l'idée que « le droit du travail s'efforce de concilier des intérêts antagonistes [...] » « afin de concilier notamment liberté religieuse/contingences économiques de l'entreprise [...] ». En 2011, par sa délibération en date du 28 mars, LA HALDE considère que c'est au regard des exigences de justification et de proportionnalité portées par les articles L.

26. JOUE 26 juillet 2006, L. 204/23.

27. C. trav. art. L. 1133-1.

28. Délib., n° 2007-301, concernant une autorisation d'absence pour la fête juive du Kippour mais pas pour la fête musulmane de l'Aïd-El-kébir.

1121-1 et L. 1321-3 du Code du travail que la question des limites à la liberté de manifester sa foi peut et doit trouver une réponse²⁹. LA HALDE ajoute comme motifs possibles de restriction, la protection de la sécurité, de la santé et de l'hygiène, ou le contact avec la clientèle.

Par conséquent, la conciliation des intérêts n'est ici qu'apparente, puisqu'il s'agit de faire prévaloir un des intérêts au détriment de l'autre. Les intérêts ne sont pas conciliés. Un seul intérêt triomphe. L'intérêt de l'entreprise est souvent considéré comme un intérêt commun dans la sphère privée. Dans l'affaire Baby Loup, la Cour d'appel de Versailles semble faire correspondre le pouvoir de l'employeur qui exprime « l'intérêt général » (à travers le règlement intérieur, norme de l'entreprise) et l'exigence de neutralité imposée par la laïcité³⁰. En rejetant l'argument de la laïcité au sein de l'entreprise, la Cour de cassation en conclut que le licenciement ne peut être justifié, compte tenu du motif discriminatoire sous jacent. Néanmoins, la portée de cette solution reste encore incertaine. Le pouvoir de l'employeur exprime un intérêt au moins partiellement distinct du sien³¹. Il exprimerait une forme d'intérêt général, un intérêt catégoriel commun. Mais la recherche de la conciliation des intérêts suppose au contraire d'analyser l'intérêt de l'entreprise sur un pied d'égalité avec l'intérêt du salarié, comme un intérêt catégoriel.

Seules les fonctions originales du juge permettent de satisfaire la finalité recherchée, à savoir la conciliation des intérêts.

29. Délib. n° 2011-67, RDT 2011, p. 314.

³⁰ CA Versailles, 27 octobre 2011, Sem. soc. Lamy 28 novembre 2011, n° 1515, p. 10, note P. ADAM. La Cour d'appel de Paris, saisie après renvoi, statue selon une approche identique et parvenant au même constat, lorsqu'elle retient que « une personne morale de droit privé, qui assure une mission d'intérêt général, peut dans certaines circonstances constituer une entreprise de conviction au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et se doter de statuts et d'un règlement intérieur prévoyant une obligation de neutralité du personnel dans l'exercice de ses tâches » (CA Paris 27 novembre 2013, Sem. soc. Lamy 9 décembre 2013, n° 1609, entretiens F. GEA et N. MOIZARD).

³¹ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p. 9.

2. LES FONCTIONS ORIGINALES DU JUGE AU REGARD DE LA FINALITÉ RECHERCHÉE

La conciliation des intérêts peut être opérée à travers l'intérêt général représenté par la loi ou par un standard dégagé par le juge. Ainsi, le juge peut chercher à concilier les intérêts en jeu, en parvenant à un équilibre des intérêts catégoriels. Il recourt alors à son pouvoir d'interprétation (A). Néanmoins, le respect des droits fondamentaux refaçonne la conception de cet équilibre, l'intérêt général étant in fine orienté par les intérêts particuliers. C'est alors le pouvoir de création normative du juge qui est mobilisé (B).

A. L'interprétation de la règle de droit

Le juge judiciaire a pour mission de vérifier le respect par les intérêts particuliers de l'intérêt général incarné par les normes législatives et réglementaires qu'il applique. La technique de la proportionnalité lui permet d'assurer un contrôle de l'équilibre entre l'intérêt général et les intérêts particuliers. Les intérêts particuliers sont envisagés à travers le prisme de l'intérêt général adapté par la technique du standard juridique. Afin de vérifier l'équilibre entre l'intérêt général et les intérêts particuliers, le contrôle du juge repose sur un système de valeurs qui détermine le contexte du conflit entre les intérêts. Ces valeurs permettent d'établir une hiérarchie des intérêts et de faire émerger un comportement idéal. Ce dernier servant de référence en raison de sa conformité parfaite au système de valeurs choisi, correspond à un standard juridique.

Le juge doit, pour pouvoir exercer son contrôle de proportionnalité, déterminer le cadre de référence dans lequel il l'inscrit. Le contrôle du juge peut être opéré par référence à un système de valeurs organisationnelles. Dégagées par la doctrine³², ces valeurs sont illustrées par « les

³² P. LOKIEC, *Contrat et Pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 408, préface A. LYON-CAEN, 2004, n° 67. Les valeurs organisationnelles sont opposées aux valeurs relationnelles, aux valeurs marchandes et aux valeurs civiques. On oppose aussi les valeurs non marchandes aux valeurs

références au « bon fonctionnement » de la société ou de l'entreprise, de plus en plus fréquentes en droit des sociétés et en droit du travail »³³. Elles sont empreintes d'une logique qui unit ces disciplines : la logique du bien commun³⁴. Les intérêts particuliers convergent alors vers une forme d'intérêt général qui les transcende. Le juge a le pouvoir de moduler la définition de l'intérêt général au regard des situations qui se présentent à lui. Il fait parfois référence à la « bonne organisation de l'entreprise »³⁵, formulation évoquant l'existence d'un standard jurisprudentiel, qui peut justifier la décision de l'employeur. La Cour EDH fait, quant à elle, référence à un juste équilibre³⁶.

Les juges étrangers connaissent la notion d'accommodement raisonnable³⁷. Un employeur au Canada devra, au nom du droit à l'égalité, tenter « d'accommoder » la pratique religieuse de son salarié. Ce n'est que si aucun accommodement raisonnable n'est possible sans qu'il en résulte une contrainte excessive pour l'employeur que le salarié aura à choisir entre son emploi ou le respect strict de sa pratique religieuse³⁸. Le juge définit la notion d'accommodement raisonnable et plus particulièrement le seuil d'accommodement raisonnable acceptable par

marchandes associées à l'ordre concurrentiel défini lui-même par ce qui est échangeable (M.-A. FRISON-ROCHE, « Valeurs marchandes et ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'A. PIROVANO*, éd. Frison-Roche, 2003, p. 223).

³³ P. LOKIEC, op. cit., ibidem.

³⁴ Faisant primer le « collectif » sur l'« individuel », cette logique est articulée autour de l'idée d'un intérêt général appliqué au sein d'instances de droit privé. Les valeurs organisationnelles sont communes aux associés et aux salariés (P. LOKIEC, op. cit.).

³⁵ Cass. soc., 8 juin 1994, n° 91-41.603, non publié. Cass. soc., 21 octobre 1999, n° 98-44.957, non publié. Cass. soc., 13 juin 2001, n° 99-41.324, non publié. Cass. soc., 21 février 2007, n° 05-45.319, non publié. Etant une notion de fait, ce sont les juges du fond qui l'utilisent dans le cadre de leur appréciation des situations.

³⁶ CEDH 15 janvier 2013, Eweida, req. n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, §84.

³⁷ V. article de V. FORTIER « Accomodement raisonnable, relations de travail et religions, in Colloque « Relations de travail et cultes ».

³⁸ G. TRUDEAU, « Vie professionnelle et vie personnelle ou les manifestations d'un nouveau droit du travail », Dr. soc. 2010, p. 76.

l'employeur et accepté par le salarié, au-delà duquel les deux intérêts doivent être conciliés par des sacrifices réciproques.

Le Haut Conseil à l'intégration, par son avis du 1^{er} septembre 2011, impose une certaine neutralité en matière religieuse afin de favoriser le « travailler et vivre ensemble »³⁹. L'adoption d'un code de déontologie et de conduites professionnelles dans l'entreprise peut s'avérer alors nécessaire.

La bonne organisation, sous l'angle de « bonnes pratiques », peut être orientée par les intérêts divergents. Seul le juge peut préciser les contours de la « bonne organisation » aux formes flexibles. Cette notion constitue un standard jurisprudentiel, la bonne organisation étant définie et employée par le juge. Cette dernière peut être envisagée comme une forme d'intérêt général ou comme un intérêt commun catégoriel à mi-chemin entre l'intérêt commun et les intérêts catégoriels. Leur équilibre peut être assuré ainsi.

Le standard juridique est une technique hybride qui permet de contrôler le respect de l'équilibre entre l'intérêt général et les intérêts particuliers. La référence à la « bonne organisation » permet non seulement de faire converger les intérêts particuliers mais aussi de faire en sorte que ces intérêts n'entrent pas en conflit avec l'intérêt général.

La « bonne organisation », en tant que critère de référence, représente ici l'association de ces intérêts. Or, la technique du standard permet d'individualiser la norme générale à la situation particulière⁴⁰. Le juge peut ainsi déterminer la norme la plus appropriée. Le compromis

³⁹ R. DE QUENAUDON, « Expression religieuse et laïcité en entreprise », RDT 2011, p. 643.

⁴⁰ Le standard est défini comme donnant « une mesure moyenne de conduite sociale susceptible de s'adapter aux particularités de chaque hypothèse déterminée » (A.-A. ALSANHOURY, « Le standard juridique », in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. GENY, Tome 2, Sirey, 1934, p. 144, spéc. p. 145).

recherché⁴¹ résulte d'une balance des intérêts⁴² ou d'un bilan coûts-avantages⁴³. Mais, la recherche de l'équilibre des intérêts peut être transcendée par une logique supérieure sous tendue par les droits fondamentaux. La création de la règle de droit donne au juge le pouvoir de définir cette logique.

B. La création de la règle de droit

La conciliation des intérêts semble pouvoir être réalisée par le juge à travers le standard juridique qu'il crée. Mais ne peut-on pas aller plus loin ? De manière générale, l'équilibre des intérêts ne dépend-il pas d'une conception rénovée de l'intérêt général, un intérêt « infiltré » par les intérêts particuliers ?

En réalité, le juge ne peut correctement envisager la situation d'équilibre des intérêts qu'à travers le respect des droits fondamentaux. Or, les droits fondamentaux tendent à renverser l'ordre établi. Les intérêts particuliers peuvent ne plus être envisagés à travers l'intérêt général, et à l'inverse

⁴¹ Le compromis est, selon MM. BOLTANSKI et THEVENOT, orienté vers le bien commun, il recherche l'intérêt général, « *c'est-à-dire non seulement l'intérêt des parties prenantes, mais aussi l'intérêt de ceux qui ne sont pas directement touchés par l'accord* » (De la justification. Les économies de la grandeur, Gallimard, 1991, p. 338).

⁴² F. GENY considérait qu'un « *principe, qu'on peut appeler principe de l'équilibre des intérêts en présence, doit guider le jurisconsulte interprète du droit, aussi bien que le législateur ou les organes de la coutume (...). L'objet de l'organisation juridique positive, en effet, n'est pas autre que de donner la satisfaction la plus adéquate aux diverses aspirations rivales, dont la juste conciliation apparaît nécessaire pour réaliser la fin sociale de l'humanité. Le moyen général d'obtenir ce résultat, consiste à reconnaître les intérêts en présence, à évaluer leur force respective, à les peser, en quelque sorte, avec la balance de la justice, en vue d'assurer la prépondérance des plus importants, d'après un criterium social, et finalement d'établir entre eux l'équilibre éminemment désirable* » (Méthode d'interprétation et source en droit privé positif, Tome 1, Sirey, 2^e éd., 1919, p. 167).

⁴³ Cette méthode propre au contentieux administratif est illustrée par certaines décisions du Conseil d'Etat. Ainsi, mettant face à face l'intérêt général justifiant le maintien du salarié représentant du personnel et l'intérêt de l'entreprise invoqué à l'appui de la demande d'autorisation de licenciement de ce même salarié, l'intérêt général fonde la décision de l'autorité administrative, « sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée à l'un ou l'autre des intérêts en présence » (CE, 5 mai 1976, « SAFER d'Auvergne », Dr. soc. 1976, p. 346, concl. C. DONDOU ; D. 1976, p. 563, note H. SINAY ; Dr. ouvr. 1976, p. 425, note M. COHEN).

l'intérêt général serait appréhendé à travers le prisme des droits fondamentaux, l'intérêt général défini par les intérêts particuliers.

Par exemple, la mise en œuvre des clauses de mobilité doit être soumise au respect des droits fondamentaux. Depuis les arrêts du 14 octobre 2008, la Cour de cassation considère qu'une clause disproportionnée et injustifiée doit être sanctionnée par le défaut de cause réelle et sérieuse du licenciement du salarié qui avait refusé de s'y soumettre⁴⁴. Lorsque la Cour de cassation retiendra la nullité du licenciement pour sanctionner une clause de mobilité illicite, la jurisprudence basculera vers la logique des droits fondamentaux⁴⁵.

Une hiérarchisation spécifique des intérêts semble alors se dessiner au profit des détenteurs de droits fondamentaux, qu'ils s'agissent des salariés ou de toutes personnes qui s'en prévalent à l'encontre de normes irrespectueuses de leurs intérêts. La montée en puissance sans détours et sans obstacles des droits fondamentaux renforce l'idée d'une hiérarchisation des intérêts. Ces droits imposent leur propre logique au point de générer un véritable « désordre

⁴⁴ Cass. soc., 14 octobre 2008, n° 07-40.523, PB, Sem. soc. Lamy 3 novembre 2008, n° 1373, p. 11 ; JCP S. 2008, 1668, note B. BOSSU ; P. LOKIEC, « La mise en œuvre des clauses contractuelles, L'exemple de la clause de mobilité dans le contrat de travail », D. 2009, p. 1427 ; G. LOISEAU, « La police des clauses du contrat de travail : le paradigme de la clause de mobilité », JCP S. 2009, 1013. Cass. soc., 13 janvier 2009, n° 06-45.562, Bull. civ. V., n° 3 ; RDT 2009, p. 300, note A. DUMERY ; D. 2009, p. 1799, note M.-C. ESCANDE-VARNIOL ; Rev. Lamy Dr. aff. mai 2009, n° 38, p. 58, note F. CANUT. CA Versailles, 17^e ch., 5 sept. 2012, n° 11/00637, Jurisp. Soc. Lamy du 25 octobre 2012, n° 330-10. Antérieurement aux arrêts du 14 octobre 2008 (n° 06-46.400, PB ; n° 07-43.071, D ; n° 07-40.092, PB), les conditions de mise en œuvre étaient appréciées par le juge, sous couvert d'un contrôle de rationalité fondée sur l'abus de droit, puis la bonne foi contractuelle. Un véritable contrôle de proportionnalité est appliqué par le juge, par ces arrêts, franchissant une étape supplémentaire dans le contrôle de la clause de mobilité.

⁴⁵ Concernant les clauses de résidence, l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 23 septembre 2009 qui applique le même raisonnement que l'arrêt du 14 octobre 2008 censure la position de la cour d'appel qui s'est placée sur le terrain de la cause réelle et sérieuse du licenciement et non sur celui de la nullité (Cass. soc. 23 septembre 2009, n° 08-40.434, Bull. civ. V., n° 190 ; Jurisp. soc. Lamy 12 novembre 2009, n° 265, p. 17 ; Dr. soc. 2010, p. 114, note G. LOISEAU).

juridique »⁴⁶. Il est donc essentiel que les intérêts particuliers promus par la défense de ces droits soient unifiés par un intérêt général redéfini et maîtrisé par le juge.

Dès lors, pour éviter toute déviance « droit-de-l'homme », pour reprendre l'expression du professeur Libchaber, ou tout excès de fondamentalisation, il serait peut être nécessaire de créer un nouvel organe juridictionnel⁴⁷, plus adapté que le juge en ce qu'il exercerait une mission normative, et plus efficace que le défenseur des droits, qui a hérité des difficultés de fonctionnement et du désaveu manifeste à l'encontre de la HALDE. Une institution hybride pourrait alors voir le jour et aurait vocation, à l'instar de certaines autorités administratives indépendantes, à définir la norme de référence applicable et à trancher les conflits. Cette institution serait à mi-chemin entre une juridiction étatique et une juridiction privée (arbitrale) et disposerait d'une légitimité incontestable pour définir « la bonne organisation » de l'entreprise.

Fleur LARONZE MAITRE DE CONFÉRENCES DE DROIT PRIVÉ
UNIVERSITÉ DE HAUTE ALSACE UMR 7354 DRES – EQUIPE
DROIT SOCIAL UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

⁴⁶ R. LIBCHABER, « Réflexions sur le « désordre juridique français » », in *Mélanges offerts à A. DECOCCO, Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 405, spéc. p. 415. Selon l'auteur, « la pensée droit-de-l'homme est parvenue à faire admettre que toute insatisfaction juridique était constitutive d'une discrimination, c'est-à-dire d'une entrave au principe fondateur de la société démocratique – l'égalité. Ce qui pourrait tendre à un accroissement sans limites des statuts particuliers, et donc à la pulvérisation des droits. Le droit à la différence s'épanouit dans la différence des droits, chacun devant obtenir une situation juridique ajustée à ses besoins – ce qui est tout simplement la négation même de l'idée de droit ». De la même façon, M. le professeur PELLET critique l'émergence d'une nouvelle branche du droit fondée sur les droits de l'homme, une discipline distincte du droit international public, le droit international des droits de l'homme et porte, en revanche, un regard nuancé sur le droit-de-l'homme relevant d'une vision politique et militante des droits de l'homme, non juridique (A. PELLET, « Le droit-de-l'homme contre les droits de l'homme ? », in *Frontières du droit, critique des droits, Billets d'humeur en l'honneur de D. LOCHAK*, LGDJ, coll. Droit et société, Recherche et Travaux du RED&S à la Maison des Sciences de l'Homme, vol. 14, 2007, p. 353).

⁴⁷ Contra : Sur le choix de l'intervention législative : J.-G. HUGLO, « Le juge ne tranche pas les questions de société », *Sem. Soc. Lamy* 2013, n° 1577.