



INFORMATION relative au rapport du conseiller rapporteur

Le présent rapport a été établi par un magistrat de la Cour de cassation, désigné conseiller rapporteur, en vue d'instruire une affaire (le « pourvoi en cassation ») soumise à la Cour de cassation. Au vu de ce rapport et des autres documents de la procédure, et après en avoir délibéré dans une formation de jugement comportant plusieurs juges, la Cour de cassation a tranché l'affaire par un arrêt, également diffusé sur Judilibre. Ce rapport est un document de travail préparatoire établi, d'abord, à l'intention des magistrats du siège de la Cour appelés à trancher l'affaire. Ces magistrats sont des spécialistes de la question de droit examinée dans le rapport, qui n'a dès lors pas vocation à faire une présentation doctrinale de l'état du droit, mais à procéder à l'analyse de la procédure, des éléments de droit pertinents et des éventuels enjeux juridiques de l'affaire. Conformément au principe du contradictoire, ce document est également communiqué aux parties ou à leurs avocats, ainsi qu'à l'avocat général. Enfin, ce rapport fournit une analyse à l'issue de laquelle le conseiller rapporteur ne donne pas son avis, lequel est soumis au secret du délibéré. Le rapport est donc toujours complété par deux autres documents établis par le rapporteur à l'intention des autres magistrats de la formation de jugement : une note d'avis et le ou les projets d'arrêts qu'il a préparés. Ces documents ne sont pas accessibles sur Judilibre.

N° G2512320	
Décision attaquée : 29 mars 2024 de la cour d'appel de Douai	

M. [N] [Q] C/ Société générale	
Rapporteur : Alain Carillon	RAPPORT complémentaire

1 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Lors de l'audience de formation restreinte du 12 mai 2026, il a été décidé de renvoyer cette affaire en formation de section pour :

- apporter des précisions sur le contrôle de proportionnalité que la chambre opère en matière de liberté d'expression ;
- se prononcer sur une question qui semble être nouvelle de prêt de main d'oeuvre illicite s'agissant d'un travail handicapé.

2 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

2-1 S'agissant du contrôle de proportionnalité :

En complément des éléments figurant dans le rapport initial, il convient de préciser que la Cour européenne des droits de l'homme applique **deux mécanismes de contrôle distincts** (en utilisant parfois les mêmes termes de « mise en balance » ou encore de « juste équilibre ») :

- **une mise en balance de libertés fondamentales** : en présence de deux droits garantis par la Convention , la Cour européenne des droits de l'homme recherche lequel prévaut sur l'autre.

C'est par exemple ce contrôle que la Cour de cassation opère lorsqu'elle apprécie le droit à la preuve de l'employeur (fondé sur l'article 6§1 de la Convention) face au droit au respect de la vie privée du salarié (fondé sur l'article 8 de la même Convention) :

Ass. plén., 22 décembre 2023, pourvoi n° 20-20.648 :

9. La Cour européenne des droits de l'homme [...] estime que, lorsque le droit à la preuve tel que garanti par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales entre en conflit avec d'autres droits et libertés, notamment le droit au respect de la vie privée, il appartient au juge de mettre en balance les différents droits et intérêts en présence . Elle ajoute que « l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir, dans les différends opposant des intérêts à caractère privé, à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire ». Elle souligne que ce texte implique notamment à la charge du juge l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre (CEDH, arrêt du 13 mai 2008, N.N. et T.A. c. Belgique, req. n° 65087/01).

Dans ces hypothèses, la Cour EDH précise la méthode à appliquer.

- **un contrôle de proportionnalité** consistant à rechercher si l'ingérence prévue par les alinéas 2 de certains articles (articles 8, 9, 10, 11 de la CEDH et §3 de l'article 2 du protocole n°4) est proportionnée à l'atteinte qui en résulte pour le droit garanti par les alinéas 1 de ces articles.

C'est ce contrôle qui doit être opéré lorsque l'on n'est en présence d'un seul droit garanti par la Convention et que l'on cherche à savoir si l'atteinte à ce droit est proportionnée au but légitime poursuivi :

Palomo **Sanchez et autres contre Espagne, Grande Chambre** ,(Requêtes n^{os} 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06) ¹ :

63. Comme la Cour l'a noté plus haut (paragraphe 61 ci-dessus), la question principale qui se pose en l'espèce est de savoir si l'Etat défendeur était tenu de garantir le respect de la liberté d'expression des requérants en annulant leur licenciement. La Cour a donc pour tâche de déterminer si, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, la sanction imposée aux requérants était proportionnée au but légitime poursuivi et si

les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier étaient « pertinents et suffisants » (Fuentes Bobo, précité, § 44).

Ce contrôle se déroule en 3 temps :

1/ Le raisonnement commence par le test de légalité consistant à vérifier si l'ingérence était prévue par la loi.

En droit du travail, cet étape ne pose pas de difficulté, on peut considérer que l'article L. 1221-1 constitue cette base légale.

2/ L'étape suivante est la vérification de la légitimité du but poursuivi .

Il s'agit de savoir si l'atteinte poursuivait l'un des buts énumérés par l'alinéa 2 de l'article 10.

En l'espèce, le but poursuivi pouvait être la protection de la réputation d'autrui (en l'occurrence, celle de l'éventuel remplaçant du salarié au sein du comité de pilotage, qualifié de « collabo » et celle des médecins qualifiés d' « Untermenschen »).

Ce but légitime pourrait aussi être, plus largement, « l'intérêt de l'employeur », ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme l'a consacré, notamment, dans ses arrêts Fuentes Bobo contre Espagne du 29 février 2000 et Dede contre Turquie au §40 : " droit de l'employeur à la protection de ses intérêts " qui renvoie lui-même à l'arrêt Herbai c. Hongrie, no 11608/15, 5 novembre 2019, § 39 (mise en balance du droit à la liberté d'expression avec " le droit de l'employeur à la protection de ses intérêts commerciaux ").

Dans l'arrêt Palomo Sanchez précité, la Cour EDH a retenu comme but légitime la protection de « la réputation des personnes physiques visées dans la caricature et les textes en cause » (§68)

3/ La dernière étape est le contrôle de « nécessité dans une société démocratique » qui se décline lui-même en trois types de contrôle :

- celui des " motifs pertinents " (la mesure est-elle adéquate, appropriée, au regard de la finalité poursuivie ?),

- celui des " motifs suffisants " (d'autres moyens moins attentatoires permettent-ils d'atteindre l'objectif poursuivi ?)

- celui de la proportionnalité *stricto sensu* : la mesure entraîne-t-elle une atteinte excessive aux droits de l'intéressé au regard du but poursuivi ?

Cette 3ème étape, dite aussi de « pondération », implique de vérifier si l'atteinte portée au droit fondamental n'est pas trop grave, à la fois au regard de la situation du requérant et du niveau général de protection de ce droit. La Cour vérifie qu'il existe bien, dans les circonstances de l'espèce, un « besoin social impérieux » d'écarter la protection de ce droit, c'est-à-dire qu'il existe des circonstances particulières justifiant que l'on écarte, par exception, le respect d'un droit fondamental doté *a priori* d'un poids abstrait plus important que les droits ou intérêts qu'on lui oppose.

L'appréciation de proportionnalité de la sanction infligée à la gravité des propos employés constitue l'un des éléments de ce contrôle.

Voir par exemple Palomo Sanchez précité :

« 69. Il reste à rechercher si la sanction infligée aux requérants, à savoir leur licenciement par leur employeur, était proportionnée, eu égard aux circonstances de la cause .

70. Pour se prononcer sur cette question, la Cour tiendra compte en particulier des termes utilisés dans la caricature et les articles en question et du contexte professionnel dans lequel ceux-ci ont vu le jour. »

Dans l'arrêt Dede contre Turquie du 20 février 2024 (Requête n° 48340/20) , la Cour EDH estime que les autorités nationales n'ont pas démontré que le rejet du recours du requérant en annulation de la mesure de licenciement était fondé sur un juste équilibre entre le droit de l'intéressé à la liberté d'expression , d'une part, et le droit de son employeur de protéger ses intérêts légitimes , d'autre part.

Il convient de préciser que lorsque le débat est d'intérêt général, la Cour européenne « a souligné à de nombreuses reprises que l'article 10 § 2 ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général » (Baldassi et autres c. France, 11 juin 2020, § 78, n° 15271/16 et 6 autres).

Lorsque l'on se situe dans le cadre de l'entreprise, la liberté d'expression du salarié est d'autant plus large que les propos touchent à l'organisation ou au fonctionnement de l'entreprise, c'est-à-dire à des questions d'intérêt commun.

Il s'agirait en quelque sorte d'une transposition au niveau de l'entreprise de la notion de débat d'intérêt général. On peut aussi émettre l'hypothèse que le débat sur la bonne organisation et le bon fonctionnement de l'entreprise n'est pas tout à fait étranger à l'intérêt général.

Palomo Sanchez contre Espagne précité :

72. La Cour ne partage pas la thèse du Gouvernement selon laquelle le contenu des articles litigieux ne soulevait pas de question d'intérêt général (paragraphe 44 ci-dessus). La publication incriminée intervenait dans le cadre d'un conflit du travail au sein de la société envers laquelle les requérants revendiquaient certains droits. Le rôle premier d'une telle publication « devrait être de traiter des questions intéressant essentiellement la défense et la promotion des intérêts des syndiqués et, plus généralement, du monde du travail » (paragraphe 24 ci-dessus, en particulier le point 170 du Recueil BIT cité). Le débat n'était donc pas purement privé ; il s'agissait au moins d'une question d'intérêt général pour les travailleurs de la société P. (voir, mutatis mutandis, Fressoz et Roire c. France [GC], no 29183/95, § 50, CEDH 1999-I, et Boldea c. Roumanie, no 19997/02, § 57, 15 février 2007).

Arrêt Dede contre Turquie précité :

49. Certes, dans son courriel, le requérant a utilisé un langage sarcastique. Il a par exemple insinué que H.K. craignait ses employés et se comportait comme un fugitif sur le lieu de travail, qu'il saisissait les opportunités pour diminuer les bénéfices financiers des employés, et qu'il usait de ses privilèges au profit de son entourage. En outre, il a affirmé que le service des ressources humaines était trop craintif pour se résoudre à transmettre son courriel aux personnes concernées et à agir en conséquence. Toutefois, la Cour rappelle que des propos offensants peuvent sortir du champ de la protection de la liberté d'expression lorsqu'ils reviennent à dénigrer gratuitement, par exemple si l'insulte est leur seul but, et qu'en revanche l'utilisation de formules vulgaires n'est pas en elle-même déterminante dans l'appréciation d'un propos offensant, car elle peut fort bien avoir une visée strictement stylistique (Tusalp c. Turquie, nos 32131/08 41617/08, § 48, 21 février 2012). En l'espèce, elle estime que, eu égard à l'objet du courriel en cause, au contexte dans lequel celui-ci a été envoyé et aux destinataires auxquels il s'adresse, le style et le contenu provocateurs et quelque peu offensants de ce courriel ne peuvent être considérés comme gratuitement insultants dans le cadre du débat d'intérêt dans lequel celui-ci s'inscrivait. À cet égard, la Cour rappelle que les formes d'expression artistique

et de commentaire social telles que la satire, de par l'exagération et la déformation de la réalité qui les caractérisent, et par l'emploi d'un ton ironique et sarcastique visent naturellement à provoquer et à agiter (voir, mutatis mutandis, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, no 68354/01, § 50, 25 janvier 2007). Elle rappelle en outre que le devoir de loyauté, de réserve et de discrétion des salariés travaillant sous le régime du droit privé envers leur employeur ne peut pas être aussi accentuée que l'obligation de loyauté et de réserve exigée des membres de la fonction publique (*Melike*, § 48, *Heinisch*, § 64, tous deux précités, et *Catalan c. Roumanie*, no 13003/04, § 56, 9 janvier 2018). En tout état de cause, la Cour note qu'en l'espèce, dans son arrêt où elle a considéré que le contenu du courriel litigieux avait dépassé les limites de la critique admissible, la cour d'appel régionale n'a pas précisé les expressions spécifiques renfermées dans le courriel qu'elle avait retenues à l'appui de cette conclusion et qu'elle n'a pas davantage évalué le langage employé par le requérant à la lumière des principes susmentionnés (paragraphe 12 ci-dessus).

En l'espèce, en l'absence de deux droits concurrents, c'est à un contrôle de proportionnalité que la chambre sociale doit se livrer entre la liberté d'expression du salarié et la protection de la réputation d'autrui ou de l'intérêt de l'entreprise.

2-2 S'agissant du prêt de main d'œuvre illicite :

En complément du rapport initial, il convient de préciser que, si le prêt de main-d'œuvre illicite, comme le contrat d'entreprise et le contrat de sous-traitance, permet à une entreprise de recourir aux prestations et aux salariés d'une autre, il se distingue de ces deux contrats en ce qu'il ne trouve sa justification dans aucune technicité, aucune spécificité de la prestation accomplie par l'entreprise prêteuse par rapport à l'activité de l'entreprise utilisatrice. Il s'ensuit que constitue un prêt de main-d'œuvre illicite, tout contrat tendant exclusivement à la fourniture de main-d'œuvre, moyennant rémunération, qui intervient dans le domaine d'activité de l'entreprise utilisatrice sans être passé par l'entremise d'une entreprise de travail temporaire.

Il incombe au juge de requalifier, en droit, les pratiques suivies par une entreprise, sous couvert de contrats de sous-traitance, lorsque celles-ci constituent en réalité des opérations contraires aux dispositions d'ordre public encadrant le prêt de main d'œuvre et, pour déterminer l'exacte qualification juridique applicable aux opérations, il y a lieu de se rapporter aux éléments de fait constituant la teneur réelle des relations existant, d'une part, entre l'entreprise qui met ses salariés à la disposition de l'autre et cette autre entreprise et, d'autre part, entre ces deux entreprises et les salariés de l'entreprise qui prête son personnel.

¹ CEDH, 12 sept. 2011, nos 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, *Palomo Sanchez c/ Espagne*, AJDA 2012. 143, chron. L. Burgorgue-Larsen ; D. 2011. 2203, et les obs.