

des droits fondamentaux est devenu son arbitre et son censeur.

Dans notre pays résolument légicentré ou, à la différence des systèmes anglo-saxon, le juge n'a aucune légitimité, cette évolution représente un véritable bouleversement.

Corrélativement et j'ai envie de dire, logiquement, ce mouvement de « fondamentalisation » s'accompagne d'une « subjectivisation » de notre droit.

Les droits fondamentaux sont autant de droits subjectifs reconnus à tous citoyens et qu'ils peuvent désormais opposer :

- non seulement à l'État et ses démembrements, dans le cadre d'une relation verticale ;
- mais aussi entre sujets de droits, dans le cadre d'une relation horizontale, dans le cadre d'un conflit de droits fondamentaux qu'il appartiendra au juge de trancher.

Ainsi, un simple justiciable peut désormais, à l'occasion d'un contentieux, contester avec succès des dispositions législatives ou une solution jurisprudentielle constante qui le contraignent en se prévalant de la Constitution, de la Convention européenne des droits de l'homme voire, sous certaines conditions, du droit de l'Union européenne.

L'entreprise ne pouvait évidemment pas rester en dehors d'un tel phénomène.

À ce sujet, je voudrais faire trois remarques d'ordre général.

Première remarque : la question de savoir si l'entreprise peut, en sa qualité de personne morale, être titulaire de droits fondamentaux, n'en est plus une.

On a pu défendre que la Convention européenne avait vocation à protéger les individus et non les personnes morales et que les droits et libertés qu'elle garantissait avaient été forgés comme des prérogatives inhérentes à la personnalité humaine². Pour autant, ce débat est désormais totalement clos.

Il est désormais parfaitement acquis en jurisprudence, tant par la Cour européenne des droits de l'homme, que par le Conseil constitu-

tionnel, la Cour de cassation ou le Conseil d'État que toute personne morale peut être débiteur ou créancière de droits fondamentaux, au même titre que toute personne physique³.

D'ailleurs, protéger les droits des personnes morales revient toujours *in fine* à protéger les droits fondamentaux des personnes physiques qui en sont les fondateurs et animateurs⁴.

Cet anthropomorphisme juridique de l'entreprise demande néanmoins une certaine adaptation des droits et des libertés garantis.

Si certains ne posent aucune difficulté pour s'appliquer aux personnes morales (le droit de propriété, la liberté de commerce et d'industrie, la liberté d'entreprendre, la liberté d'association, la liberté contractuelle), d'autres ont fait l'objet de controverses.

C'est le cas, en particulier, du droit au respect du domicile.

La Cour de justice de l'Union européenne qui a d'abord refusé aux personnes morales la reconnaissance d'un droit à un domicile, a dû modifier sa jurisprudence après que la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé l'inverse⁵.

Il est d'ailleurs intéressant de noter que pour prendre cette décision, la Cour européenne a fait expressément référence à la rédaction française de la Convention et au terme « domicile » qui était plus large que celui de « home » dans la rédaction anglaise. Alors que nous passons notre temps à nous plaindre en France de ce que la Cour est le plus souvent sensible à l'influence anglo-saxonne, il est bon de rappeler qu'en général, lorsqu'il existe une divergence de traduction entre les deux versions de la Convention, il n'est pas rare que ce soit la définition française qui l'emporte.

2 - Pour des développements à ce sujet, v. not. Xavier Dupré de Boulois, précité ; Nicolas Mathey, « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », in *RTD Civ.*, n° 2, 2008, pp. 205-228 ; Emmanuel Decaux, « L'applicabilité des normes relatives aux droits de l'homme aux personnes morales de droit privé », in *R.I.D.C.*, n° 2, 2002, pp. 549-578.

3 - Véronique Champeil-Desplats, « Libertés économiques et droits de l'homme ou la liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », in *R.D.T.*, n° 1, 2007, p. 20.

4 - En ce sens, v. Romuald Pierre, *Les droits fondamentaux des personnes morales de droit privé*, Thèse, Limoges, 2010, p. 276 : « L'ensemble des droits reconnus aux personnes morales procède de la nécessité de protéger l'objet social et d'en assurer la réalisation ».

5 - La CJCE a accepté l'applicabilité du droit au respect du domicile aux personnes morales – en l'occurrence, de sociétés – (CJCE, Aff. C-94/00, 22 octobre 2000, *Roquette S. A.* § 29) après un refus initial (CJCE, *Hoechst A. G.*, précité, § 18), et ce, sous la pression de la Cour EDH (CEDH, Ch. 16 avril 2002, *Soc. Colas Est et autres c. France*, Rec. 2002-III, § 41).

Les particularités des personnes morales ne sont donc aucunement ignorées et l'intensité de leurs droits peut être modulée. À titre d'illustration récente, la Cour européenne a pu juger dernièrement que la protection de la réputation commerciale d'une entreprise pouvait être moindre que celle accordée à la réputation d'une personne physique⁶.

De même, quelques juridictions refusent toujours d'étendre aux entreprises le bénéfice de certains régimes protecteurs.

Ainsi, dernièrement encore, par une décision du 17 mars 2016, la première chambre civile de la Cour de cassation a retenu que « si les personnes morales disposent, notamment, d'un droit à la protection de leur nom, de leur domicile, de leurs correspondances et de leur réputation, seules les personnes physiques peuvent se prévaloir d'une atteinte à la vie privée au sens de l'article 9 du code civil »⁷.

Mais pour l'essentiel, la pierre d'achoppement conceptuelle qui freinait la reconnaissance de droits fondamentaux au profit de personnes morales a désormais disparu.

Deuxième remarque : L'intérêt de l'entreprise pour les droits fondamentaux est d'autant plus accru que depuis quelques décennies, le droit et les pouvoirs publics ont progressivement investi et réglementé le monde de l'entreprise et, plus généralement, celui des affaires.

En atteste ainsi la pénalisation du droit des affaires que les diverses et récurrentes initiatives tendant à sa « dépenalisation »⁸ n'ont pas réussi à infléchir.

En atteste encore l'intervention croissante d'autorités administratives indépendantes censées réguler la vie des affaires et les activités économiques (Autorité de la concurrence, AMF, ACPR, CSA et autres acronymes).

En plus d'une réglementation légale et réglementaire de plus en plus contraignante, les entreprises doivent désormais faire face aux interprétations qu'imposent ces autorités administratives indépendantes de notions aussi vagues que « bonne pratique », « diligences nécessaires » que ces régulateurs/sanctionneurs décident d'appliquer comme bon leur semble.

Si l'entreprise pouvait penser il y a 15 ans se passer des droits fondamentaux, il est certain qu'aujourd'hui elle n'en a plus le loisir.

Cela m'amène à ma troisième remarque.

Je me trompe peut-être, mais il me semble que l'entreprise n'a plus peur d'utiliser l'arme du droit contre son régulateur ou contre l'État.

En presque 20 ans d'exercice professionnel, j'ai vu changer le rapport des chefs d'entreprise envers l'autorité publique. Au début des années 2000, un décideur pouvait encore hésiter à engager une grande entreprise française dans un recours à la CEDH. Ce n'était plus un procès contre un concurrent ou une administration, c'était un recours contre la France, contre l'État.

De même, souvent les dirigeants, plus hommes d'affaires pragmatiques que juristes, préféreraient trouver une position médiane avec un régulateur, plutôt que de s'y opposer frontalement le cas échéant en déférant une décision, serait-elle de sanction, à un juge et en mettant en exergue les failles structurelles de la procédure de sanction.

Ces temps sont révolus. Aujourd'hui, de mon expérience, l'entreprise saisit toutes les armes du droit pour se défendre et, à mon sens, elle a parfaitement raison, l'expérience ayant démontré que le rapport de force engagé avec l'administration peut s'avérer très efficace, même en vue d'engager une négociation parallèlement à une action contentieuse.

Ces trois observations liminaires m'amènent naturellement à traiter du cœur de notre sujet.

Puisqu'il est désormais acquis que l'entreprise peut se servir des droits fondamentaux, qu'elle en a le besoin et la volonté, alors il con-

6 - Cour EDH, 2^e sect. 19 juillet 2011, *Uj c. Hongrie*, Req. n° 23954/10, § 22 : « Il y a une différence entre l'atteinte à la réputation commerciale d'une entreprise et l'atteinte à la réputation d'une personne [...]. Alors que cette dernière est susceptible d'entraîner des répercussions sur la dignité [de ladite personne], [...] l'atteinte à la réputation commerciale est [quant à elle] dépourvue de dimension morale (§ 22 : « there is a difference between the commercial reputational interests of a company and the reputation of an individual concerning his or her social status. Whereas the latter might have repercussions on one's dignity, for the Court interests of commercial reputation are devoid of that moral dimension ») ».

7 - Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 2016, n° 15-14.072.

8 - V. not. Yvonne Muller, « La dépenalisation de la vie des affaires ou... de la métamorphose du droit pénal », in *AJ Pénal*, 2008, p. 63 relatant notamment les réflexions du groupe de travail sur la dépenalisation de la vie des affaires, instauré le 4 octobre 2007 par la ministre de la Justice et présidé par le premier président honoraire de la cour d'appel de Paris, Jean-Marie Coulon ; Laurent Gamet,

« Critique du droit pénal du travail », in *Droit social*, 2014, p. 446.

vient d'analyser, en ce qui la concerne, le mode d'emploi de l'usage des droits fondamentaux.

Sans grande originalité, on peut distinguer l'entreprise en tant que titulaire de droits fondamentaux et l'entreprise en tant que débitrice de ces mêmes droits.

Pour reprendre un vocabulaire plus martial et plus conforme à l'action contentieuse, je traiterai d'abord de la connaissance des droits fondamentaux comme une arme de combat dans les combats juridiques que l'entreprise entend mener.

Ensuite, je montrerai que cette connaissance est, aussi, un bouclier qu'elle peut utiliser pour se défendre efficacement contre l'invocation de ces mêmes droits tant par ses employés que par ses cocontractants.

I - Les libertés fondamentales : une arme de combat pour l'entreprise

Avant d'analyser les différents droits fondamentaux qui ont trouvé à s'appliquer aux entreprises avec des résultats souvent spectaculaires (B), il faut d'abord présenter les nombreux véhicules procéduraux qui permettent leur invocation dans un contentieux (A).

Ce n'est pas tout d'avoir un atout dans son jeu, encore faut-il savoir le jouer.

A - Des véhicules procéduraux efficaces

Il existe en effet aujourd'hui de nombreux véhicules procéduraux très efficaces offerts à une entreprise pour faire valoir ses droits fondamentaux.

Comme l'ont compris les anglo-saxons, bien avant nous, un droit ne vaut que s'il est procéduralement garanti.

Or, aujourd'hui, en matière de droits fondamentaux, l'offre de juges est décuplée.

L'entreprise peut ainsi se tourner vers le juge administratif de l'urgence, le juge constitutionnel, le juge ordinaire ou encore le juge européen.

Il existe ainsi au moins quatre espaces juridictionnels distincts.

Premier espace juridictionnel, le juge administratif des référés.

Depuis la réforme du 30 juin 2000, pour répondre à une situation d'urgence en matière de liberté fondamentale, le juge administratif des référés est devenu un acteur incontournable.

D'abord, par le biais du référé-liberté prévu à l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

Les praticiens connaissent bien cette procédure permettant en 48 heures, de faire cesser une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

Rapidement, ce mécanisme a été mobilisé par les entreprises aux fins, notamment, de faire protéger leurs biens⁹ ou encore la liberté d'entreprendre¹⁰.

Mais c'est bien souvent au titre d'un autre contentieux de l'urgence que les entreprises sont vouées à saisir le juge administratif des référés.

En effet, au-delà des recours spécifiques au contentieux contractuel¹¹, le référé-suspension visé à l'article L. 521-1 du code de justice administrative peut être mobilisé, afin de faire suspendre une décision susceptible, notamment, d'entraîner des « *difficultés économiques et financières affectant la situation d'ensemble de la société* »¹² ou encore de « *porter gravement atteinte à son équilibre économique* »¹³.

À titre d'illustration, on peut évoquer la suspension en référé du décret relatif à l'encadrement de l'activité de VTC, au motif qu'il portait une atteinte injustifiée à la liberté de commerce et d'industrie¹⁴.

Mais la saisine du juge des référés connaît des limites : il faut que le litige soit administratif et qu'une urgence même relative soit caractérisée.

Deuxième espace juridictionnel : le Conseil constitutionnel.

L'entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010 de l'article 61-1 de la Constitution instaurant la question prioritaire de constitutionnalité a ouvert

9 - CE, 29 mars 2002, *S.C.I. Stephaur et autres*, n° 243.338.

10 - CE, 26 mai 2006, *Société du Yacht Club International de Marina Baie-des-Anges (SYCIM)*, n° 293.501 ; CE, 25 avril 2002, *Société Saria Industries*, n° 245.414.

11 - Référé pré-contractuel (Art. L. 551-1 du code de justice administrative) et contractuel (Art. L. 551-13 du code de justice administrative).

12 - CE, 17 mars 2004, *Société Teva Classics*, n° 264.910.

13 - CE, 4 novembre 2013, *Ville de Paris*, n° 368.636.

14 - CE, Ord. 5 février 2014, *SAS Allocab et autres*, n° 374.524 et 374.554.

une voie nouvelle pour les entreprises, riche de succès et de promesses.

Certes les entreprises connaissaient déjà le chemin du Conseil constitutionnel par la rédaction de « portes étroites ».

Cette pratique, à la fois courante et discrète, consiste pour une entreprise ou une association défendant des intérêts économiques particuliers à intervenir lors d'une saisine du Conseil constitutionnel *a priori*, avant la promulgation de la loi, pour éclairer, voire orienter, l'appréciation des « sages ».

Rédigé par des professeurs de droit ou des cabinets d'avocats habitués à cet exercice, ce type de véhicule restait très informel, ce qui a alimenté une réflexion doctrinale¹⁵.

Précisément, faisant écho à ces travaux, le Conseil constitutionnel vient de décider de « porter désormais à la connaissance du public la liste des « contributions extérieures » qui lui sont adressées »¹⁶.

Mais pour intéressante que soit cette pratique, elle est conditionnée à la saisine parlementaire. Ce n'est pas le cas de la QPC qui peut être présentée à l'occasion de tout contentieux.

Par contraste, ce contrôle constitutionnel *a posteriori* présente l'avantage de permettre aux acteurs économiques de prendre l'initiative pour interroger la constitutionnalité d'un dispositif législatif. Ce faisant, et compte tenu du caractère objectif du contrôle, la question posée est susceptible d'intéresser un secteur économique entier – d'où la fréquence des interventions volontaires de groupements professionnels au soutien de QPC¹⁷.

Surtout, cette voie de droit permet un examen rapide de la constitutionnalité de dispositions légales, ce qui est favorable à la sécurité juridique de l'entreprise. Plus largement, le recours à la QPC permet de répondre à

des stratégies d'entreprise à moyen terme – en obtenant une modification rapide de l'environnement juridique¹⁸ – ou même à long terme – en obtenant un changement durable du droit applicable¹⁹.

Mais la loi peut ne pas porter par elle-même atteinte aux droits fondamentaux. En revanche, son application peut le faire.

On passe d'un contrôle *in abstracto* à un contrôle *in concreto*.

Le contrôle conventionnel prend alors le relais du contrôle constitutionnel.

Troisième espace juridictionnel : le juge ordinaire.

Le juge ordinaire qu'il soit judiciaire ou administratif est en train de réformer ses habitudes pour pleinement jouer son rôle de premier garant des libertés fondamentales et juge du droit commun des garanties de la Convention européenne des droits de l'homme.

On peut citer deux exemples topiques.

Par une récente décision *Gomez*²⁰, relative à l'implantation d'embryon *post mortem*, le Conseil d'État a accepté pour la première fois de contrôler la conventionalité des modalités de mise en œuvre *in concreto* de la loi. L'interdiction française d'une implantation *post mortem* n'a pas été jugée en soi contraire au droit à l'intimité à la vie privée, mais seulement son application, dans les circonstances de l'espèce.

De même, la Cour de cassation vient de dévoiler les résultats de la concertation engagée il y a presque deux ans par le président Louvel sous l'égide du président Jean-Paul Jean. La garantie des droits fondamentaux est au cœur de cette évolution et modernisation, en particulier par l'utilisation totalement revisitée du

15 - Denys de Bechillon, *Réflexion sur le statut des « portes étroites » devant le Conseil constitutionnel*, étude réalisée pour le Club des juristes.

16 - Communiqué de presse du Conseil constitutionnel du 27 février 2017.

17 - V. not. Cons. const., Déc. n° 2013-344 QPC du 27 septembre 2013, *Société SCOR SE* [Garantie de l'État à la caisse centrale de réassurance, pour les risques résultant de catastrophes naturelles] avec l'intervention du Groupement des Entreprises Mutuelles d'Assurance (GEMA), de la Fédération française des sociétés d'assurance mutuelles et de la société SOGESSUR.

18 - Cf. not. Cons. const., Déc. n° 2013-344 précité : La SCOR attendait de ce contentieux la possibilité d'entrer de plain-pied sur le marché de l'assurance des risques naturels avec la caisse centrale de réassurance. En somme, la liberté d'entreprendre est un moyen juridique mobilisé au service de la conquête d'un marché.

19 - Cf. not. Cons. const., Déc. n° 2014-437 QPC du 20 janvier 2015, *Association française des entreprises privées et autres* [Régime fiscal d'opérations réalisées avec des États ou des territoires non coopératifs].

20 - CE, 31 mai 2016, *Mme Gomez*, n° 396.848.

contrôle de la proportionnalité des atteintes aux libertés fondamentales.²¹

Mais le contrôle de conventionalité peut ne pas aboutir devant le juge ordinaire.

Reste alors le recours à la source, c'est-à-dire le juge européen qu'il s'agisse de la Cour européenne des droits de l'homme, ou le cas échéant, la Cour de justice de l'Union européenne.

Quatrième espace juridictionnel : les juridictions européennes.

À tout seigneur, tout honneur ; il convient, en premier lieu, de présenter la Cour européenne des droits de l'homme.

À titre personnel, je pense que la CEDH est à l'origine de la majorité des évolutions majeures de notre droit en matière de liberté fondamentale depuis 20 ans. Il faut rendre à César ce qui appartient à César, si, comme on l'a vu, d'autres contrôles juridictionnels se sont largement développés, c'est que la Cour européenne les a forcés à le faire.

En tout cas, le prétoire de la Cour de Strasbourg a fait naître un réel engouement des acteurs économiques pour cette « arme européenne »²² qu'est la Convention. Après avoir vainement exercé l'ensemble des voies de recours internes disponibles, il n'est ainsi pas rare que les entreprises initient une requête et finissent par obtenir satisfaction²³.

Par ailleurs, la tierce-intervention a également été utilisée par des entités économiques comme voie d'accès à la Cour européenne, même si ses résultats sont contrastés²⁴.

En tout état de cause, un constat de violation de la Convention est rarement platonique : soit la Cour de Strasbourg décide elle-même de condamner la France à une indemnisation intégrale du préjudice moral et surtout matériel au

titre de la satisfaction équitable²⁵, soit la condamnation européenne ouvre la voie à une réouverture de l'instance interne.

Jusque récemment, cette perspective demeurait limitée aux seules instances pénales²⁶, voire au contentieux administratif²⁷. Mais avec l'entrée en vigueur de la loi Justice XXI du 18 novembre 2016, les instances civiles peuvent désormais faire l'objet d'un tel réexamen.²⁸ Néanmoins, il s'agit uniquement de litiges relatifs à l'état des personnes.

Outre Strasbourg, Luxembourg offre également des perspectives non négligeables pour les entreprises. Que ce soit à l'occasion d'un contentieux interne, d'une question préjudicielle ou encore d'un recours direct contre une décision européenne leur faisant grief, elles peuvent se saisir du droit de l'Union et, plus particulièrement encore, de la Charte des droits fondamentaux au soutien de leurs prétentions.

Au demeurant, dans le système de l'Union dont la finalité est essentiellement économique, ce sont prioritairement les entreprises qui ont sollicité la CJUE²⁹.

À titre d'exemple, on peut citer une question préjudicielle posée par la chambre criminelle le 23 novembre dernier en matière d'infraction douanière qui interroge la CJUE sur la conciliation du principe pénal de l'interdiction de la rétroactivité *in mitius* garanti par l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux avec celui, non moins fondamental, de l'effectivité du droit de l'Union.³⁰

On le voit, les véhicules sont nombreux et variés. Mais pour quels droits ?

L'arme des droits fondamentaux est protéiforme et efficace. L'entreprise peut en faire usage aussi bien dans une relation verticale avec l'État ou ses démembrements, qu'horizontale dans ses relations avec d'autres entités économiques privées.

21 - *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avril 2017, service de la documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation.

22 - Jean-François Renucci, « Le droit des affaires, domaine nouveau du droit européen des droits de l'homme », in *Droit et Patrimoine*, n° 74, 1999, p. 66.

23 - Pour un exemple français récent, v. Cour EDH, 5^e Sect., 2 avril 2015, *Vinci Construction et GTM Génie Civil et Services c. France*, Req. n° 63629/10.

24 - Jean-François Flauss, « I. La tierce intervention des opérateurs économiques devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *R.J.C.*, n° 6, 2005, pp. 485-486.

25 - Article 41 de la Convention.

26 - Article 622-1 du code de procédure pénale.

27 - CE, Sect., 4 octobre 2012, *M. Gilbert B.*, n° 328.502.

28 - Art. L. 452-1 du code de l'organisation judiciaire.

29 - Les moyens financiers des acteurs économiques facilitent d'ailleurs leur accès à la CJUE, moins ouverte pour les seuls individus – Maduro Poiaras, Miguel, « L'équilibre insaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l'Union européenne », in *L'Union Européenne et les droits de l'homme*, op. cit. p. 475.

30 - Cass. crim., 23 novembre 2016, pourvoi 15-82.333.

B - Une arme protéiforme

Denses, divers, plurifonctionnels, protéiformes, pluridimensionnels... Les qualificatifs ne manquent pas pour décrire la richesse des droits fondamentaux susceptibles d'être applicables à l'entreprise.

En effet, non seulement l'ensemble de ces droits – consacrés essentiellement par la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que par la Charte des droits fondamentaux de l'Union – est quantitativement important, mais leurs effets contentieux sont aussi qualitativement conséquents. Et ce, en particulier, parce qu'ils peuvent se déployer tant dans la relation verticale entre l'entreprise et l'État, que dans une relation horizontale entre deux entités économiques privées.

Il en résulte nécessairement une multitude de déclinaisons qu'il serait vain de prétendre décrire de façon exhaustive.

Néanmoins, quelques illustrations méritent d'être évoquées tant elles sont révélatrices de ce dynamisme et de cette densité.

Première illustration : il n'est pas inutile de rappeler combien les droits fondamentaux ont profondément modelé et même corseté les procédures de sanction par les autorités régulatrices de la vie économique.

De fait, la Cour européenne a rapidement fait tomber dans le champ du droit au procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, l'ensemble des mesures de sanction susceptibles d'être adoptées par les autorités de régulation³¹.

D'où, d'ailleurs, comme l'a souligné Mattias Guyomar, « une forme de paradoxe : on applique en effet de plus en plus complètement les garanties processuelles prévues à l'article 6 de la Convention européenne qui est relatif au procès équitable, aux procédures administratives de répression alors qu'elles ont été extraites de l'univers juridictionnel, notamment pénal. Je constate un mouvement progressif mais considérable qui tend à « juridictionnaliser » des procédures administratives, à rebours de l'objectif initialement poursuivi »³².

Quoiqu'il en soit, l'ensemble des autorités de régulation doit passer l'épreuve du contrôle de conventionnalité, ainsi que vient récemment de le faire – avec succès – l'Autorité des Marchés Financiers³³.

Cette emprise européenne se double d'une emprise constitutionnelle, puisque sur le fondement de la garantie des droits consacrée à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Conseil constitutionnel a lui aussi dégagé un ensemble d'exigences.

Au premier rang de celles-ci, figure le principe de séparation des fonctions de poursuite et de jugement, lequel interdit notamment la présence au sein d'une formation de jugement de membres de l'administration auteure des poursuites³⁴.

Par conséquent, la procédure de toutes les autorités de régulation dotées d'un pouvoir de sanction a été profondément remodelée, afin d'offrir des garanties de stricte séparation entre l'autorité de poursuites et l'autorité de jugement³⁵.

Deuxième illustration : les moyens de contrôle et d'investigation à la disposition des autorités de régulation ainsi que des autorités pénales sont, eux aussi, dûment soumis aux exigences des droits fondamentaux.

En particulier, sur le fondement du droit à la protection du domicile qui dérive du droit au respect de la vie privée, les pouvoirs de perquisition au sein des entreprises ont été fortement encadrés à l'initiative de la Cour européenne des droits de l'homme.

Ainsi, dans un arrêt *Vinci Construction*, la France a récemment été condamnée faute d'effectivité de la voie de recours judiciaire contre une saisie de données lors d'une perquisition, le juge compétent n'ayant pas été mis en mesure

31 - Pour un exemple au sujet d'un simple blâme de la commission bancaire, v. Cour EDH, 5^e sect. 11 juin 2009, *Dubus S.A. c. France*, Req. n° 5242/04 ; v. aussi Cour EDH, 5^e sect. 20 janvier 2011, *Vernes c. France*, Req. n° 30183/06.

32 - Denys de Béchillon (Dir.), « L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 37, octobre 2012.

33 - Cour EDH, 5^e Sect., 1^{er} septembre 2016, *X. et Y. c. France*, Req. n° 48158/11.

34 - V. not. Cons. const., Déc. n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010, cons. 4 ; v. également Cons. const., Déc. n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011, cons. 11 ; 2011-199 QPC du 25 novembre 2011 ; 2011-200 QPC du 2 décembre 2011, cons. 8 ; n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, cons. 12.

35 - Les exemples pullulent : toutes les autorités administratives indépendantes douées d'un pouvoir de sanction suivent désormais ce modèle.

d'« apprécier a posteriori et de manière concrète et effective l[a] régularité » de cette saisie³⁶.

Auparavant, une autre série de condamnations européennes avait conduit le législateur français à revoir le régime des visites domiciliaires et de saisies réalisées lors d'une enquête sur des présomptions de pratiques anticoncurrentielles par ce qui deviendra l'Autorité de la concurrence³⁷.

Troisième illustration : la quotité des sanctions prononcées à l'encontre des acteurs économiques est également assujettie au respect des droits fondamentaux.

Outre le principe de proportionnalité des sanctions, une autre exigence – le principe *non bis in idem* – a donné lieu à une véritable saga contentieuse qui illustre parfaitement toute la puissance des droits fondamentaux notamment européens.

En effet, à la suite d'un arrêt *Grande Stevens c. Italie* rendu le 4 mars 2014 par la Cour européenne, la question de la conventionalité du cumul des sanctions pénales et administratives infligées dans une affaire boursière s'est posée. Sous le poids de ce précédent européen, le Conseil constitutionnel a opéré un infléchissement particulièrement marqué de sa jurisprudence aux termes de sa décision EADS du 18 mars 2015³⁸, laquelle a censuré des dispositions du code des marchés financiers qui permettaient un tel cumul de sanctions.

Cette évolution a même entraîné une réforme du système de répression des abus de marché avec la loi du 21 juin 2016. Surtout, la jurisprudence européenne et sa réception par les juridictions françaises a soulevé de fortes incertitudes sur la question du cumul des sanctions pénales et fiscales³⁹.

Certes, par un arrêt de grande chambre, *A. et B. c. Norvège*, du 15 novembre 2016, la Cour européenne a tâché d'infléchir sa jurisprudence pour admettre la conventionalité des « procé-

dures mixtes », c'est-à-dire des procédures qui « en réalité, ne se répètent pas mais sont plutôt combinées et intégrées de manière à former un tout cohérent »⁴⁰. Or, cela est fréquent en matière de répression de la fraude fiscale.

Il semble donc que, sous réserve toutefois de strictes exigences d'articulation, la Cour admette dans ce cadre les dispositifs de cumul de sanctions.

Quatrième et dernière illustration : outre les garanties procédurales, les droits fondamentaux offrent bien sûr aux acteurs économiques un ensemble de libertés de fond destinées à protéger le libre exercice de leur activité.

Tel est tout particulièrement le cas de la liberté d'entreprendre et de son corolaire, la liberté de commerce et d'industrie. Il n'est d'ailleurs pas inutile de rappeler que ces libertés sont garanties tant au niveau constitutionnel⁴¹ que comme principes généraux du droit⁴² ou encore comme liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative⁴³.

Or, l'appréhension jurisprudentielle de ces libertés apparaît comme notablement favorable aux acteurs économiques.

En effet, « l'observation du contentieux constitutionnel ou administratif révèle que les libertés économiques bénéficient de cette évolution des modes de résolution des conflits. Par exemple, là où la liberté d'entreprendre, engagée dans une logique de justification s'inclinait face à des objectifs concurrents, il est aujourd'hui exigé qu'elle soit conciliée avec ces autres objectifs, sans qu'il ne lui soit porté une atteinte excessive »⁴⁴.

Une telle logique de conciliation offre indéniablement un poids bien plus conséquent à cette liberté consubstantielle aux entreprises.

Armes défensives – face aux actions des autorités – et même offensives – aux fins de

36 - Cour EDH, 5^e sect. 2 avril 2015, *Vinci Construction et GTM Génie civil et services c. France*, Req. n° 63629/10, § 78-81.

37 - Cour EDH, 5^e sect. 21 décembre 2010, *Société Canal Plus et autres c. France*, Req. n° 29408/08.

38 - Cons. const. Déc. n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015.

39 - V. not. Cons. const., Déc. n° 2016-546 QPC et n° 2016-545 QPC du 24 juin 2016, *M. Jérôme C. et M. Alec W. et autre* [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale].

40 - Cour EDH, G.C. 15 novembre 2016, *A. et B. c. Norvège*, Req. n° 24130/11 et 29758/11, § 111.

41 - Cf. not. Cons. const., Déc. n° 2010-89 QPC du 21 janvier 2011, cons. 3 ; Cons. const., Déc. n° 81-129 DC du 31 octobre 1981, cons. 16 et 17.

42 - CE, 22 juin 1951, *Daudignac*, n° 00.590 et 02.551 ; CE, 20 décembre 1935, *Établissements Vézia*, n° 39.234.

43 - Cf. not. CE, 12 nov. 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, n° 239.840 ; CE, 26 mai 2006, *Société du Yacht Club International de Marina Baie-des-Anges*, n° 293.501.

44 - Véronique Champeil-Desplats, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », in *Revue de droit du travail*, 2007, n° 1, p. 19.

desserrer les contraintes normatives – pour les entreprises, les droits fondamentaux demeurent néanmoins ambivalents.

Les droits fondamentaux ne sont pas seulement une arme d'attaque, ils sont aussi une arme de défense.

II - Un bouclier contre d'autres droits

Évidemment la montée en puissance des droits fondamentaux ne se fait pas au seul bénéfice de l'entreprise. Si celle-ci est désormais titulaire de nouveaux droits, corrélativement, elle en est aussi débitrice. Elle est de plus en plus confrontée à des « conflits de droits fondamentaux »⁴⁵.

C'est tout l'intérêt d'une bonne pratique de ces droits : être à même pour une entreprise de les utiliser pour mieux se protéger.

Ces attaques peuvent venir de l'intérieur (les employés) comme de l'extérieur (les cocontractants).

A - L'opposition des droits à l'intérieur de l'entreprise

L'entreprise est aujourd'hui le lieu où s'expriment de fortes confrontations. La lutte des droits fondamentaux a pris le pas sur la traditionnelle lutte des classes. On est passé, pour citer le doyen Waquet, du « *droit des travailleurs aux droits de la personne au travail* »⁴⁶.

Le sujet est vaste, mais on peut relever, à mon sens, au moins trois tendances lourdes :

1. les évolutions technologiques et leur harmonisation avec les droits du salarié ;
2. le nouveau statut du lanceur d'alerte ;
3. l'épineuse question de l'expression religieuse dans l'entreprise.

1. S'agissant d'abord de ce que l'on a voulu appeler les TIC (technologies de l'information et

de la communication)⁴⁷, le développement d'internet et des autres services de communication électronique suscite de nouveaux contentieux tenant tant à la liberté d'expression des salariés – en particulier sur les réseaux sociaux tels que Twitter ou Facebook⁴⁸ – qu'à la protection de leur vie privée – face notamment à différents dispositifs de surveillance⁴⁹.

Mais l'ensemble de ces contentieux sont marqués par une volatilité jurisprudentielle notable. Ainsi, par un arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* du 12 janvier 2016, la Cour européenne a récemment eu l'occasion de se prononcer sur le droit de l'employeur de contrôler l'usage par un salarié d'un compte de messagerie professionnel et de sanctionner son utilisation à des fins personnelles⁵⁰.

Toutefois, la pérennité du constat auquel est parvenue la juridiction européenne – pour qui l'employeur pouvait enregistrer les communications électroniques du compte professionnel pour faire établir la faute disciplinaire du salarié – demeure incertaine, puisque l'affaire a été renvoyée en formation solennelle de grande chambre.

En somme, l'encadrement jurisprudentiel de ces nouveaux dispositifs de surveillance se poursuit de façon impressionniste au fil des contentieux, parfois au risque de l'incohérence et de l'incomplétude.

2. Pour ce qui est ensuite de l'émergence de nouvelles figures parmi les salariés, force est de constater le dynamisme et la notoriété croissante de celle communément désignée comme le « lanceur d'alerte »⁵¹.

45 - À ce sujet, v. Françoise Tulkens, « Les conflits entre droits fondamentaux », Notes de cours, 14 avril 2006, 29 p. ; v. aussi F. Tulkens et O. De Schutter, « Rights in conflict, The European Court of Human Right as a Pragmatic Institution », Working paper series, REFGOV-FR-14, 45 p.

46 - Philippe Waquet, « L'entreprise et les libertés du salarié », 2003, éd. Liaisons.

47 - Alexandra Bidet et Jérôme Porta, « Le travail à l'épreuve du numérique - Regards disciplinaires croisés, droit/sociologie », in *Revue de droit du travail*, 2016, p. 328.

48 - À ce sujet, v. Jean-Emmanuel Ray, « Facebook, le salarié et l'employeur », in *Droit social*, 2011 p.128, Grégoire Loiseau, « La liberté d'expression du salarié », in *Revue de droit du travail*, 2014, p. 396.

49 - V. not. Jean-Emmanuel Ray, « Grande accélération et droit à la déconnexion », in *Droit social*, 2016, p. 912.

50 - Cour EDH, 2^e sect. 12 janvier 2016, *Bărbulescu c. Roumanie*, Req. n° 61496/08 ; sur cet arrêt, v. Patrice Adam, « Droit (de l'employeur) à la preuve et vie privée (du salarié) - À propos du contrôle patronal d'un compte professionnel Yahoo », in *Messenger Dalloz IP/IT*, 2016, p. 211.

51 - Entre autres : Wikileaks et Bradley Manning sur la dénonciation d'exactions américaines en Irak, Édouard Snowden sur la surveillance massive de la NSA, Hervé Falciani sur les listings d'HSBC, Philippe Pichon sur la dénonciation des errements du fichier STIC, Antoine

Bien souvent évoquée à tort et à travers dans le débat public, cette notion aspire à répondre à la question suivante : La liberté d'expression protège-t-elle une personne qui – en dépit de ses obligations professionnelles de discrétion ou de confidentialité – dénonce publiquement un comportement illicite dont il a eu connaissance dans le cadre de ses fonctions, afin d'alerter l'opinion publique ?

Or, dès 2008, la Cour européenne a développé, sur le terrain de l'article 10 de la Convention, une « protection » spécifique « des donneurs d'alertes »⁵².

Toutefois, pour éviter les dérives, cette protection est strictement conditionnée.

Avant la divulgation publique, le comportement doit avoir – en vain – été dénoncé en interne ; les informations publiées doivent être authentiques et présenter un véritable intérêt public ; l'intéressé doit agir de bonne foi et sans chercher un avantage personnel (gain ou vengeance), etc.⁵³

En droit français, un ensemble de dispositifs législatifs a progressivement reconnu le droit pour des fonctionnaires ou salariés de ne pas être sanctionnés pour avoir révélé publiquement une information confidentielle, dès lors qu'il s'agissait de protéger un intérêt légitime⁵⁴. Sous

Deltour sur l'affaire des Luxleaks, l'affaire des Panama Papers, etc.

52 - Certaines personnes « peuvent être amené[e]s, dans l'exercice de leur mission, à prendre connaissance d'informations internes, éventuellement de nature secrète, que les citoyens ont un grand intérêt à voir divulguer ou publier » et « la dénonciation par de tels agents de conduites ou d'actes illicites constatés sur leur lieu de travail doit être protégée dans certaines circonstances. Pareille protection peut s'imposer lorsque l'agent concerné est seul à savoir – ou fait partie d'un petit groupe dont les membres sont seuls à savoir – ce qui se passe sur son lieu de travail et est donc le mieux placé pour agir dans l'intérêt général en avertissant son employeur ou l'opinion publique » (Cour EDH, 12 février 2008, *Guja c. Moldavie*).

53 - Ainsi, la Cour européenne a récemment jugé qu'un salarié qui a dénoncé un détournement de fonds publics sur le fondement d'une simple rumeur non vérifiée n'était pas de bonne foi et pouvait donc être sanctionné (Cour EDH, 21 juin 2016, *Soares c. Portugal*).

54 - Dénoncer le harcèlement moral (Loi du 26 juillet 2005) ; éviter un risque grave sur la santé publique ou sur l'environnement (Loi du 16 avril 2013). Par une loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, cette protection a été généralisée à tous les salariés : « aucune personne ne peut être [...] sanctionnée, licenciée ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, [...] pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance

l'impulsion du Conseil d'État⁵⁵, le dispositif législatif français a encore été récemment renforcé⁵⁶.

Plus significatif encore de ce dynamisme, la chambre sociale de la Cour de cassation a très récemment reconnu le « droit pour les salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail » et a ainsi frappé de nullité le licenciement d'un salarié qui avait dénoncé au procureur de la République (au titre de l'article 40 du code de procédure pénale) des faits délictueux de son employeur⁵⁷.

Ainsi protégé, le salarié lanceur d'alerte ne saurait donc être ignoré par l'entreprise.

3. S'agissant enfin des revendications nouvelles au sein de l'entreprise, c'est la brûlante question de la place de la religion qui en constitue l'illustration la plus parfaite.

Lié « essentiellement à deux motifs, d'une part à la montée en puissance depuis le début des années 2000 des droits fondamentaux, d'autre part, au retour vers le religieux comme voie privilégiée de revendication identitaire »⁵⁸, le développement du contentieux relatif au fait religieux en entreprise soulève d'épineuses difficultés pour l'employeur.

Les débats se cristallisent le plus souvent sur les questions des jours de fête, des salles de prières, des tenues vestimentaires, des menus des cantines, des relations entre les hommes et les femmes⁵⁹.

dans l'exercice de ses fonctions » (Art. L. 1132-3-3 du code du travail).

55 - Étude du Conseil d'État : « Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger », avril 2016.

56 - Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique et Loi organique n° 2016-1690 du 9 décembre 2016 relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte.

57 - Cass. soc., 30 juin 2016 : « En raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression, en particulier au droit pour les salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, le licenciement d'un salarié prononcé pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser des infractions pénales, est frappé de nullité ».

58 - Jean-Marc Chonnier, « Le contentieux soulevé par le fait religieux dans l'entreprise », in *La Semaine Juridique Sociale*, n° 10, 2016, p. 1083.

59 - Voir à ce sujet : P. Adam, M. Le Friant, L. Pécaut-Rivolier, Y. Tarasewicz, « La religion dans l'entreprise :

Or, face à un cas concret, les règles textuelles ne sont guère d'un grand secours à l'entreprise tant celles-ci se bornent à poser le cadre général d'une mise en balance de droits et libertés, sans offrir de solution univoque et prévisible.

Certes, pour préciser l'article L. 1121-1 du code du travail qui autorise une restriction aux libertés du salarié dans l'entreprise à condition qu'elle soit justifiée et proportionnée, le législateur est récemment intervenu⁶⁰ en créant un nouvel article L. 1321-2-1 :

« Le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions 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 ».

Mais ce texte – dont l'opportunité a été vivement discutée⁶¹ – se borne à codifier la jurisprudence *Baby-loup* et, plus généralement encore, les critères généraux de conciliation – nécessité et proportionnalité – d'ores et déjà définis par la Cour européenne⁶².

Contrairement à certains espoirs, il est en effet « peu probable [que ces nouvelles dispositions] laissent au seul employeur le soin de disposer, par l'inscription du principe de neutralité dans le règlement intérieur, de la liberté du salarié de manifester ses convictions religieuses dans l'entreprise, liberté, faut-il le rappeler, d'ordre public »⁶³.

En somme, la logique casuistique de conciliation ne peut que persister, ce qui rend encore plus indispensable la pleine maîtrise de la volumineuse et complexe jurisprudence sur ce sujet, en particulier, afin d'aménager au mieux le règlement intérieur de l'entreprise et les pratiques internes.

l'art (difficile) des limites », *Revue du droit de travail* 2016, p. 532.

60 - Loi n°2016-1088 du 8 août 2016, dite « Loi Travail » ou « Loi El-Khomri ».

61 - V. Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, délibération n° 2011-67 du 28 mars 2007 et Avis de l'Observatoire de la laïcité sur la définition et l'encadrement du fait religieux dans les structures privées qui assurent une mission d'accueil des enfants, 15 octobre 2013.

62 - Cour EDH, 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*.

63 - J. Mouly, « Le principe de neutralité dans l'entreprise », *Recueil Dalloz* 2016, p. 1992.

Et ainsi, désamorcer autant que possible tout risque contentieux.

Une telle maîtrise suppose cependant de demeurer parfaitement au fait de l'actualité jurisprudentielle qui vient de se nourrir de deux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 mars dernier et qui, sous certaines conditions, autorisent l'interdiction du port du voile en entreprise⁶⁴.

Ce tour d'horizon de la confrontation des droits fondamentaux dans l'entreprise démontre que les questions qui se posent n'appellent aucune réponse évidente.

C'est d'ailleurs la conséquence logique de l'analyse *in concreto* qu'impose la CEDH.

On ne peut raisonner généralement. Chaque cas est envisagé casuistiquement par le juge qui pèse les droits et les libertés en présence et décide de quel côté la balance doit peser.

On peut en tirer deux conclusions :

- d'abord, en matière de confrontation de droits fondamentaux, il existe une très grande incertitude, ce qui est le pire ennemi juridique de l'entreprise. Il y a là une vraie difficulté qu'il faudrait trancher en particulier en réfléchissant à un usage plus large de la modulation dans le temps des décisions de justice ;
- ensuite, pour limiter les effets de cette incertitude, l'analyse de la jurisprudence en particulier européenne montre que les juges sont très sensibles aux efforts mis en place en amont par les entreprises. Les accommodements raisonnables offerts par l'employeur aux fins de faciliter l'exercice par le salarié de ses droits fondamentaux sont favorablement perçus, comme en témoignent les motifs des décisions de principe *Eweida et autres* de 2013.

Je terminerai en évoquant rapidement la balance des droits fondamentaux, non plus au sein, mais à l'extérieur de l'entreprise.

B - L'opposition des droits à l'extérieur de l'entreprise

Il faut d'abord évoquer la question désormais traditionnelle de la gestion des droits fondamentaux des clients d'une entreprise pour traiter

64 - CJUE, Affaire C-188/15 *Bouagnaoui et ADDH* – Conclusions de l'Avocat général Sharpston du 13 juillet 2016 ; Affaire C-157/15, *Achbita* – Conclusions de l'Avocat général Kokott du 31 mai 2016 :

ensuite de celle beaucoup plus nouvelle des contraintes qui peuvent être imposées à une entreprise française dans ses relations avec ses filiales, sous-traitants et fournisseurs, fussent-ils situés au-delà des frontières nationales.

S'agissant des droits fondamentaux des clients, c'est évidemment le droit à la protection des données personnelles protégé tant par Constitution⁶⁵ que par la Convention européenne⁶⁶ ou encore la Charte des droits fondamentaux⁶⁷.

Dans le cadre de ses activités, une entreprise ne peut désormais plus faire l'impasse sur la collecte spontanée de telles données concernant les clients, lesquelles constituent à la fois un moyen de développement et même parfois une ressource qui est en soi économiquement valorisable.

En outre, en application de législations de plus en plus incisives et intrusives, les entreprises – en particulier celles dont l'activité concerne les communications – peuvent parfois être contraintes de conserver ces données en vue de leur transmission aux autorités publiques, afin de répondre à des objectifs de sécurité publique⁶⁸.

65 - En vertu de ce « droit au respect de la vie privée et des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », la juridiction constitutionnelle exige que « la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel », soient « justifié[s] par un motif d'intérêt général et mis[es] en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif » (Cons. const., déc. n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, cons. 8). À cet égard, le Conseil constitutionnel impose au législateur de déterminer lui-même les conditions d'exploitation, de conservation et de destruction des renseignements collectés, mais aussi les conditions d'un contrôle effectif et indépendant de ces opérations (cf. récemment Cons. const., déc. n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, cons. 78 ; Cons. const., déc. n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, cons. 14 ; Cons. const., déc. n° 2016-590 QPC du 21 octobre 2016, cons. 9).

66 - La Cour européenne juge avec constance que « la protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention. La législation interne doit donc ménager des garanties appropriées pour empêcher toute utilisation de données à caractère personnel qui ne serait pas conforme aux garanties prévues dans cet article » (Cour EDH, 4 décembre 2008, *Marper c. Royaume-Uni*, Req. n° 30562/04, § 67).

67 - Article 8 de la Charte.

68 - Entre autres dispositifs, v. l'obligation de conservation des données prévue à l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) : « II.- Les personnes mentionnées aux 1 [Les

Or, bien que distinctes, ces deux facettes exigent toutes deux de l'entreprise une maîtrise approfondie des implications et limites du droit à la protection des données personnelles.

Ensuite, on voit se profiler dans notre droit de nouvelles contraintes pour les entreprises de respecter les droits fondamentaux dans leurs relations avec leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs, fussent-ils situés au-delà des frontières nationales.

Cette nouvelle tendance se rapproche de celle plus vaste de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE), laquelle se définit, selon la professeure Pascale Deumier, comme « un phénomène général qui, du point de vue des sources du droit, entremêle des normes de natures diverses dans un même objectif : aboutir à un comportement responsable de la part des entreprises et, de ce fait, à un progrès pour les droits fondamentaux, particulièrement en matière environnementale et sociale »⁶⁹.

Ce mouvement du droit d'abord assez théorique et essentiellement fondé sur la bonne volonté des entreprises, la *soft law* et des engagements non contraignants semble avoir pris un virage significatif avec la récente loi sur la transparence économique, dite Sapin 2, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

Ce texte qui a défrayé la chronique prévoit l'obligation pour les grandes sociétés anonymes d'établir et de mettre en œuvre un plan de vigilance comportant les mesures propres à identifier et prévenir la réalisation de risques d'atteintes aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, de dommages corporels ou environnementaux graves ou de risques sanitaires résultant de leurs activités et de celles des sociétés qu'elles contrôlent, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs sur lesquels elles exercent une influence déterminante.

personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne] et 2 [Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services] du I détiennent et conservent les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires ».

69 - Pascale Deumier, « La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux », in *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1564.

Au surplus, afin d'assurer l'effectivité d'une telle obligation d'établir et de mettre en œuvre un plan de vigilance, un mécanisme d'engagement de la responsabilité des sociétés en cas de manquement avait été prévu.

Ce texte a été déféré au Conseil constitutionnel lequel par une décision du 8 décembre 2016⁷⁰ l'a partiellement censuré.

D'abord, en ce qu'il édictait des délits réprimant la méconnaissance d'obligations dont le contenu n'était pas défini par la loi en méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines.

Ensuite, en ce que l'obligation prévue pour les entreprises de mettre en œuvre un *reporting* public pays par pays de leurs données financières permettrait à leur concurrent d'identifier des éléments essentiels de leur stratégie industrielle et commerciale, ce qui, pour le Conseil constitutionnel, constitue une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre.

D'autres dispositions plus mineures introduites durant les débats parlementaires ont aussi été censurées.

On voit là, l'illustration évidente de notre propos.

C'est bien la démonstration de l'incursion majeure des libertés fondamentales dans la vie des affaires.

Mais aussi de la nécessité de saisir le juge (ici le conseil constitutionnel) pour en arbitrer les effets.

Il faut y voir encore l'affirmation des larges moyens procéduraux offerts aux entreprises pour se défendre.

D'abord des « portes étroites », et demain, le cas échéant des QPC sur les parties qui n'ont pas été examinées, ou plus généralement des contentieux devant les juges ordinaires puis européens pour définir la nature des obligations qui pèsent sur les entreprises.

Sur tous ces points, il apparaît que l'entreprise ne peut plus se passer d'une parfaite connaissance des droits fondamentaux qu'elle doit intégrer dans sa prise de décision :

- en amont, pour s'engager de façon éclairée en ayant conscience des risques de son action, le cas échéant en ayant mis en place des stratagèmes pour déminer les principaux

écueils juridiques qu'elle pourrait rencontrer ;

- en aval, pour défendre au mieux l'effectivité de son choix économique tout en évitant une éventuelle sanction.

En conclusion, je voudrais finir sur une touche positive.

J'espère avoir pu vous montrer que les droits fondamentaux ne sont pas un fardeau pour les entreprises, tout au contraire.

Certes, l'entreprise est par nature emprunte de liberté et toute contrainte supplémentaire du droit peut apparaître comme un frein supplémentaire à son développement.

Mais :

- les droits fondamentaux sont justement d'abord des outils de décloisonnement de réglementations vétilleuses souvent hostiles, par principe, au libéralisme économique ;
- les entreprises, loin de s'opposer au mouvement inexorable de développement des droits fondamentaux, ont tout intérêt à l'accompagner, voire le devancer ;
- en intégrant dans le fonctionnement interne à l'entreprise cette dimension « droits fondamentaux », l'entreprise pourra fluidifier les relations sociales et ainsi éviter les conflits. C'est déjà ce qui existe dans certaines entreprises, avec la mise en avant d'une politique interne de non-discrimination ou par l'instauration de dispositifs *ad hoc* permettant aux salariés de signaler des risques graves dont ils auraient pu avoir connaissance ;
- enfin, plus cyniquement, dans notre société d'image et de communication, l'affichage d'une culture entrepreneuriale proactive en matière de liberté fondamentale est certainement un argument commercial déterminant qui améliore l'image interne comme externe de l'entreprise.

Le monde des affaires est pragmatique. Les droits fondamentaux sont simplement un nouvel outil du droit auquel il appartient aux entreprises de s'acculturer.

Pour paraphraser Maupassant, je finirai en plagiant la formule de la bonne Rosalie de « Une vie » quand elle s'adresse à sa maîtresse, Jeanne Le Perthuis des Vauds, dans les ultimes lignes de ce récit :

« Les droits fondamentaux, voyez-vous, ce n'est jamais si bon ni si mauvais qu'on croit ».

70 - Conseil constitutionnel, 8 décembre 2016, 2016-741 DC.