

Université de Lille II – Droit et santé
Ecole doctorale n°74
Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales

I _ I _ I _ I _ I _ I _ I _ I _ I _ I

**L'impact de l'utilisation
des technologies de l'information et de la
communication, dans l'entreprise,
sur la vie personnelle du salarié**

MEMOIRE présenté et soutenu par Cristelle DEVERGIES
en vue de l'obtention du master droit recherche mention Droit social
le 1^{er} / 07 / 2004
sous la direction de
Bernard BOSSU, Professeur à l'Université de Lille 2

Jury :
Bernard BOSSU,
Pierre-Yves VERKINDT,
Professeurs à l'Université de Lille 2

Année universitaire 2003-2004
Mémoire publié après autorisation du jury sur : <http://edoctore74.univ-lille2.fr>

*« Le droit, principalement celui des libertés individuelles,
n'a pas à s'incliner devant l'état de la technologie ;
c'est à la technologie de s'adapter aux exigences fondamentales du droit ¹».*

¹ Lyon-Caen (G.), « Les libertés publiques et l'emploi ».

SOMMAIRE

Plan du mémoire	p.4
Liste des abréviations	p.5
Lexique des technologies de l'information et de la communication	p.6

<u>Introduction</u>	p.10
<u>Première partie</u> : Les TIC favorisent le développement de la vie personnelle au travail	p.22
<u>Seconde partie</u> : Les TIC favorisent les atteintes à la vie personnelle du salarié	p.50
<u>Conclusion</u>	p.89

Bibliographie	p.90
---------------	------

PLAN DU MEMOIRE

Les TIC favorisent le développement de la vie personnelle au travail.....	22
§ 1.Les TIC ont-elles permis au salarié de développer une vie personnelle au travail ?..	22
A.Peut-on indifféremment parler de « vie privée » et de « vie personnelle » ?.....	22
Extension du régime de la « vie privée » à la « vie personnelle ».....	22
1)Déploiement de la « vie personnelle » au travail grâce aux TIC.....	26
B.Peut-on classifier le droit du salarié d’avoir une vie personnelle au travail ?	33
La vie personnelle est-elle un droit absolu du salarié ?.....	33
Si la vie personnelle n’est pas un droit absolu, qu’est-elle ?.....	36
§ 2.Dans quelle mesure les TIC peuvent-elles être utilisées par le salarié à des fins personnelles ?.....	37
A.La décision patronale d’interdire totalement l’utilisation personnelle des TIC est-elle opposable au salarié ?.....	38
Une interdiction totale est juridiquement fondée ?.....	38
Une interdiction totale est-elle opportune ?.....	40
B.La décision patronale d’encadrer l’utilisation des TIC est-elle opposable au salarié?.....	42
Le choix de l’instrument d’encadrement de l’usage des TIC par le salarié.....	42
1)Les limites raisonnables de l’utilisation des TIC par le salarié.....	45
Les TIC favorisent les atteintes à la vie personnelle du salarié.....	49
§ 3.L’employeur a-t-il légitimement le droit de contrôler l’activité du salarié ?.....	50
A.L’omniprésence du contrôle grâce aux TIC.....	50
Panorama des outils techniques exploitables : une cyber-surveillance en sommeil.....	50
Risque intrusif démultiplié : la vie personnelle du salarié plus exposée.....	56
B.Les fondements de la légitimité du contrôle par les TIC.....	62
1)Fondements classiques du pouvoir patronal de contrôle.....	62
Légitimations contemporaines du pouvoir patronal de contrôle.....	64
§ 4.Dans quelle mesure l’employeur peut-il contrôler et surveiller l’activité du salarié ? ..	65
A.L’employeur est-il « seul juge » des moyens de contrôle ?.....	66
1)Principes traditionnels que le contrôle patronal par les TIC doit respecter.....	66
Sanctions applicables en cas de violation de la vie personnelle.....	71
B.Qu’en est-il en réalité ?.....	73
L’information des salariés peut s’avérer, en pratique, relative.....	73
1)Les conditions d’administration de la preuve posent, néanmoins, certaines limites	

LISTE DES ABREVIATIONS

§	Paragraphe
al.	Alinéa
BIT	Bureau International du Travail
BS Lefebvre	Bulletin social, Francis Lefebvre
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin criminel de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour Européenne des droits de l'Homme
Cf.	Confère
Ch.	Chambre
Circ.	Circulaire
CJCE	Cour de justice des Communautés Européennes
CNIL	Commission nationale informatique et libertés
CPH	Conseil des prud'hommes
D.	Dalloz
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
Dr. soc.	Droit social
DRT	Direction régionale du travail
Ed.	Edition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JCP E	Semaine juridique, Juris-classeur périodique, Edition entreprise
JCP G	Semaine juridique, Juris-classeur périodique, Edition générale
JO.	Journal officiel
Liaisons soc.	Liaisons sociales
n°	Numéro
NCPC	nouveau Code de procédure civile
Obs.	Observations
p.	Page
RJS	Revue de jurisprudence sociale, Edition Francis Lefebvre
Sem. soc. Lamy	Semaine sociale Lamy
TGI	Tribunal de grande instance
TIC	Technologies de l'information et de la communication
TPS	Travail et protection sociale
UE	Union Européenne
v.	Voir

Lexique des technologies de l'information et de la communication

Définitions extraites des sites Internet : <http://www.tout-savoir.net/lexique>
<http://www.alaide.com/dico>

Adresse IP	Identifiant d'une machine sur Internet, lorsque le « protocole IP » est utilisé.
Algorithme	Processus de calcul permettant d'arriver à un résultat final déterminé.
Autocommutateur	Equipement organisant les communications et le raccordement au RTC (réseau téléphonique commuté). Il est capable de gérer, non seulement des conversations téléphoniques à deux ou plus, mais aussi des données informatiques en tous genres, et pourrait devenir un maillon essentiel du système informatique des entreprises.
Badgeuse	Machine qui identifie les insignes ou marques d'identification.
Bogue	Erreur de programmation qui provoque généralement l'instabilité, voire l'arrêt brutal du système. En anglais, ce mot signifie « cafard » ou « punaise ». Au temps des premiers ordinateurs, ces petits insectes avaient la fâcheuse habitude de s'introduire dans le matériel, ce qui provoquait des courts-circuits ou bloquait certains mécanismes.
Communication	Consiste à échanger des messages codés, lesquels partent d'un expéditeur et arrivent chez son destinataire, en transitant par un canal.
Cookies	Le plus souvent, ils sont diffusés à l'insu des visiteurs, et viennent s'installer automatiquement dans un répertoire du navigateur prévu à cet effet. Lorsque l'utilisateur se rend une deuxième fois sur le même site, il est reconnu grâce à un identifiant unique.
Courriel	Traduction française de « mail ».
Cybernétique	Science, qui étudie les mécanismes de communication et de contrôle dans les machines, et chez l'être humain.
E-mail	Un « e-mail » est une adresse électronique. Il est un code au moyen duquel l'Internet vous identifie, et vous permet de recevoir du courrier électronique. Il se présente généralement sous la forme « utilisateur@site.pays », où « utilisateur » représente votre nom d'utilisateur, « site » représente le nom de la machine sur laquelle est ouvert votre compte utilisateur, et « pays » est un code de nationalité.

Enregistrement	Doit s'entendre de toutes les technologies modernes de transmission d'informations.
Extranet	Consiste en l'utilisation de l'Internet par une organisation, qui profite du réseau des réseaux pour interconnecter ses différents constituants.
Fichier	Ensemble d'informations, plus ou moins structurées, stocké sur des supports qui lui permettent une durée de vie assez longue. Les fichiers peuvent contenir tous les types de données que l'on veut, du moment que ce soit de l'information sous une forme binaire (des 0 et des 1 uniquement). L'interprétation des séries de chiffres est totalement libre, et ne dépend que du programme d'application.
Firewall	Barrière permettant d'isoler un ordinateur d'un réseau, tout en ne le débranchant pas totalement.
Forum	Boîte aux lettres virtuelle publique, dans laquelle chacun est libre de consulter les messages et d'y répondre. Plus de deux utilisateurs peuvent converser à la fois, chacun peut déposer des avis et informations, plus ou moins librement. Généralement, les forums sont établis autour d'un sujet précis. Un « wizard » est souvent chargé d'organiser tout cela.
Information	Élément conceptuel permettant le transfert, le stockage et le traitement de la connaissance.
Internet	Abréviation de « Interconnected Networks ». Réseau mondial interconnecté par l'intermédiaire du protocole TCP/IP. Ses origines remontent à 1960. Selon la légende, c'est le DoD (Ministère de la défense des Etats-Unis, qui est à l'origine de nombreuses entités du monde de l'informatique, dont l'Internet) qui aurait décidé de relier ses centres critiques sur un réseau non centralisé, pour qu'une attaque nucléaire ne puisse pas la détruire. En fait, Internet a toujours été un réseau dédié à la recherche, dont les principaux fondateurs sont Bob Khan et Vint Cerf. Internet sert essentiellement au courrier électronique, au téléchargement de fichiers dans le monde entier, et à la discussion en temps plus ou moins réel. On peut parler « d'Internet » ou de « l'Internet ». Dans ce dernier cas, au lieu de considérer le réseau comme un produit, on le considère comme un concept de base de la communication, lequel permet de se diriger vers LA société du futur.
Intranet	Réseau interne de télécommunications et de téléinformatique, destiné à l'usage exclusif d'un organisme, qui fonctionne et s'utilise comme Internet. Intranet est un réseau local doté d'outils conviviaux de navigation.
Journal	Fichier contenant l'enregistrement de l'activité d'un système.
Jpeg	Abréviation de « Joint Photographic Experts Group ». Norme de compression d'image.

Lien hypertexte	Système grâce auquel un simple mot affiché sur l'écran permet de passer à un autre document, lorsque l'on clique dessus. Le document lié peut être un fichier, un son, une page Web ou une animation.
Login	Procédure de connexion sur un système (hôte), en général protégé par un mot de passe.
Mp3	Format de compression variable, qui permet de réduire de manière importante, la taille des fichiers audio, au détriment de la qualité.
Newsgroup	Synonyme de « forum de discussion ».
Ordinateur	Ce terme a été proposé en 1955, par J. Perret à la demande d'IBM, pour remplacer le terme « calculateur » qui était devenu inapproprié, car les ordinateurs faisaient désormais bien plus de choses que du simple calcul. Machine à traiter de l'information, il « ordonne » les données. Basé depuis quarante ans sur l'architecture de Von Neumann John, il contient principalement un processeur, de la mémoire et des mécanismes « d'entrée-sortie ».
Programme informatique	Suite d'instructions permettant de réaliser une ou plusieurs tâches, de résoudre un problème, ou de manipuler des données. Le programme est l'expression d'un algorithme, dans un langage donné, pour une machine donnée.
Protocole IP	Mode de transmission utilisé par Internet.
Proxy	Serveur recevant des requêtes qui ne lui sont pas destinées, et qui les transmet aux autres serveurs. Cela permet à quelqu'un qui se trouve derrière un « firewall » d'avoir accès à des ressources, sans prendre de risque. Le proxy est intelligent. Quand il reçoit une requête, il stocke le résultat. Si la même requête lui est à nouveau envoyée, il vérifie que le résultat n'a pas été modifié, et renvoie celui qu'il a « déjà sous la main », à celui qui a fait la requête.
Redhand	Logiciel « anti-flicage » qui rend compte de toutes les manipulations effectuées par une autre personne que l'utilisateur habituel.
Réseau informatique	Ensemble de moyens matériels et logiciels, mis en œuvre pour assurer les communications entre ordinateurs, stations de travail et terminaux informatiques. Tout ou partie de ces matériels peuvent être considérés comme faisant partie du réseau.
Routeur	Dispositif matériel ou logiciel permettant de diriger les messages vers le bon destinataire, dans un réseau.
Système de journalisation	Permet de noter dans un « journal », tout ce qui se passe dans un système au fur et à mesure de son fonctionnement.

Système informatique	Un système informatique est tout aussi bien un logiciel qu'un matériel, ou le couple matériel/logiciel, ou encore un ensemble de matériels et/ou de logiciels. S'il s'agit du logiciel, on parle du système d'exploitation, qui est le programme qui permet de faire fonctionner l'ordinateur, en mettant à disposition de l'utilisateur des fonctions de base les plus courantes. Si l'on parle du matériel, c'est pour désigner non seulement l'unité centrale mais aussi ses périphériques (imprimante, disque dur, lecteur de disquettes...).
Technologies	Les « technologies » auxquelles il est fait référence doivent être entendues comme celles permettant de transformer des informations utilisées ou fournies, en informations numériques, plus facilement manipulables, communicables, stockables ...
Toile	Version française, peu utilisée, de Web.
Traitement automatisé	Au sens de l'article 5 de la loi du 6 janvier 1978, un « <i>traitement automatisé</i> » est « <i>l'ensemble d'opérations réalisées par les moyens informatiques, relatif à la collecte, l'enregistrement, l'élaboration, la modification, la conservation, la destruction d'informations</i> ».
Virus	Petit programme capable de se copier dans un autre programme, le transformant en cheval de Troie. Il est toujours créé par une volonté humaine.
Web	Méthode d'exploration de l'Internet, par l'usage de liens hypertextes. Cette méthode a été mise au point par un chercheur du Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire (CERN), Tim Berner-Lee. On parle du Web, mais il s'agit en réalité du «World Wide Web» ou «W3».
Wizard	Personne autorisée à faire des manipulations interdites à l'utilisateur ordinaire, ou programme guidant l'utilisateur dans la réalisation de certaines tâches complexes pour l'homme, mais simples à automatiser.
Work-flow	Logiciel qui permet d'étudier les flux d'informations dans une organisation, afin de savoir qui fait quoi, comment, avec quelles informations, de formaliser le travail et le fonctionnement d'une organisation.

INTRODUCTION

Selon les termes d'Hubert Bouchet², vice-président délégué à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), « *travail et technique nouent une alliance qui remonte à la création du premier outil. Depuis lors, l'être humain n'a cessé d'en créer de nouveaux pour lui faciliter la tâche et soulager sa peine* ». A l'heure actuelle, l'évolution de la technique offre des possibilités d'information et de communication sans précédent. Ses progrès influent sur le champ de la vie personnelle de ceux qui participent à sa bonne marche. L'objet de la présente étude consistera donc à analyser, dans le cadre de la relation de subordination dans l'entreprise, « *l'impact de l'utilisation des Technologies de l'Information et de la Communication (TIC), sur la vie personnelle du salarié* ».

Le débat relatif à la confrontation, au sein de l'entreprise, du lien de subordination avec la « *part irréductible de liberté* »³ des hommes dans une société démocratique n'est pas nouveau⁴. Cependant, comme le relève Gérard Lyon-Caen, Professeur émérite à l'Université de Paris I, dans son rapport sur les « *libertés publiques et l'emploi* »⁵, le progrès des technologies a changé la donne. D'une part, les possibilités nouvelles offertes aux salariés par l'utilisation de l'ordinateur⁶, des connexions à Internet⁷ et du courrier électronique, éclairent

² Bouchet (H.), « A l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié ».

³ Selon le Professeur G. Lyon-Caen, en tout lieu et en tout temps, le salarié conserve « *une part irréductible de liberté [...] Même sur les lieux de travail, une certaine opacité de la personne du salarié doit être exigée. Le salarié n'est pas seulement un être de travail, son identité intime doit être respectée* ». *op. cit.*

⁴ L'historique du mot « travail », est un bon exemple. Il montre que ce mot associe la notion de labeur quotidien, au sens moderne du terme, et la notion de contrainte et de domination. Le « travail » est un dérivé du terme « tripalium », qui désignait, notamment au Moyen Age, un instrument de torture.

⁵ Lyon-Caen (G.), « Les libertés publiques et l'emploi », *op. cit.*

⁶ L'« ordinateur » est un terme qui a été proposé en 1955, par J. Perret à la demande d'IBM, pour remplacer le terme « calculateur » qui était devenu inapproprié, car les ordinateurs faisaient désormais bien plus de choses que du simple calcul. Machine à traiter de l'information, il « ordonne » les données. Basé depuis quarante ans sur l'architecture de Von Neumann John, il contient principalement un processeur, de la mémoire et des mécanismes « d'entrée-sortie ».

⁷ Abréviation de « Interconnected Networks », « Internet » est un réseau mondial interconnecté par l'intermédiaire du protocole TCP/IP. Ses origines remontent à 1960. Selon la légende, c'est le DoD (Ministère de la défense des Etats-Unis, qui est à l'origine de nombreuses entités du monde de l'informatique, dont l'Internet) qui aurait décidé de relier ses centres critiques sur un réseau non centralisé, pour qu'une attaque nucléaire ne puisse pas la détruire. En fait, Internet a toujours été un réseau dédié à la recherche, dont les principaux fondateurs sont Bob Khan et Vint Cerf. Internet sert essentiellement au courrier électronique, au

d'un jour nouveau la question de l'usage personnel des moyens mis à leur disposition par l'entreprise. D'autre part, l'évolution des TIC permet à l'employeur d'accroître ses moyens de contrôle de l'activité des salariés, qui voient ainsi les frontières de l'intimité de leur vie extraprofessionnelle redessinées. Le débat concernant le respect de la vie privée doit être revisité et élargi à la vie personnelle du salarié. Dans un contexte productif qui n'a plus grand chose de commun avec le modèle taylorien, sur lequel s'est construit notre droit du travail - si ce n'est la subsistance du lien de subordination -, « *la ligne de partage [entre lien de subordination et vie privée] ne saurait plus être tracée à la sortie des lieux de travail et à l'expiration de l'horaire. Tout est devenu plus complexe et plus flou* »⁸. L'organisation caractérisée par le « *tout collectif* » est en voie de disparition. Les nouvelles technologies ont bouleversé les rapports que l'Homme entretient traditionnellement avec le temps et l'espace⁹. Pour calculer le temps de travail effectif par exemple, à l'heure de l'ubiquité des « *travailleurs du savoir* »¹⁰ et de « l'entreprise virtuelle », la loi Aubry I remplace la référence au temps de présence dans l'entreprise, par la notion élargie de temps mis « *à la disposition de l'employeur* ». Dès lors, le salarié peut être « au travail », même s'il ne se trouve pas dans les locaux de l'entreprise, ce qui n'est pas sans risquer de compromettre le respect de sa vie personnelle¹¹.

Ce sujet oppose deux réalités difficilement conciliables. On retrouve, d'une part, le droit du salarié de demeurer citoyen dans l'entreprise, et d'autre part, le droit de l'employeur à diriger. Placé dans une situation de dépendance juridique à l'égard de l'employeur, le salarié n'est pas en mesure, bien que titulaire de droits et de libertés, de les exercer à sa guise dans le cadre de l'entreprise. En son sein, leur application est restreinte et liée à l'exercice du pouvoir de direction¹².

téléchargement de fichiers dans le monde entier, à la discussion en temps plus ou moins réel. On peut parler « d'Internet » ou de « l'Internet ». Dans ce dernier cas, au lieu de considérer le réseau comme un produit, on le considère comme un concept de base de la communication, lequel permet de se diriger vers LA société du futur – Cf. JO. 19 mars 1999.

⁸ Bouchet (H.), « La cyber-surveillance des salariés dans l'entreprise », *op. cit.*

⁹ Radé (C.), « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination ».

¹⁰ Expression de Ray (J.- E.) utilisée dans « De la sub/ordination à la sub/organisation ».

¹¹ Ray (J.-E.), « Le droit du travail au XXIe siècle ».

¹² C. Pizzio-Delaporte, « Libertés fondamentales et droits du salarié : le rôle du juge ».

L'essor de l'usage des TIC dans l'entreprise déplace les frontières traditionnelles des unités de temps, de lieu, et d'action, ce qui n'est pas sans conséquence sur la vie personnelle du salarié. Cette hypothèse, est le point de départ de notre étude.

Notre démarche va donc consister à analyser la nature et l'étendue de l'impact de l'utilisation des TIC sur la vie personnelle du salarié. L'énoncé de l'hypothèse étant, d'un point de vue épistémologique, « *confirmable* »¹³, il nous faut déterminer les outils qui vont nous permettre d'élaborer un raisonnement. Ils seront constitués par la référence à la loi, essentiellement nationale, à la jurisprudence, en particulier constituée par les arrêts publiés rendus par les Cours d'appel et par la Cour de cassation, ainsi qu'à la doctrine juridique et professionnelle.

Afin de mieux cerner l'étendue du sujet, il est nécessaire, dans un premier temps, de définir la signification que nous donnons aux termes choisis, qu'il s'agisse des « *TIC* », de « *l'impact* », de « *l'utilisation* », ainsi que de la « *vie personnelle du salarié* ». S'agissant de l'expression désignant les technologies¹⁴ de l'information¹⁵ et de la communication¹⁶, nous choisirons de recourir exclusivement à la notion de « *TIC* », et non à celle de « *NTIC* »¹⁷. Aujourd'hui, même si le Code du travail ne les considère que depuis la loi du 28 octobre 1982¹⁸ sous l'appellation de « *nouvelles technologies* », les TIC sont une réalité de tous les secteurs d'activité économique. Depuis la révolution industrielle, quelque soit leur domaine d'activité ou leur taille, les entreprises utilisent les technologies¹⁹. Les TIC seront abordées dans leur ensemble, tel un phénomène qui affecte le lien de subordination et

¹³ Contrairement à un énoncé « testable », un énoncé « confirmable » est celui dans lequel les instruments permettant de confirmer l'hypothèse doivent être d'abord définis.

¹⁴ Les « technologies » auxquelles il est fait référence doivent être entendues comme celles permettant de transformer des informations utilisées ou fournies en informations numériques, plus facilement manipulables, communicables, stockables...

¹⁵ Une « information » est un élément conceptuel permettant le transfert, le stockage et le traitement de la connaissance.

¹⁶ La « communication » consiste à échanger des messages codés, lesquels partent d'un expéditeur et arrivent chez son destinataire, en transitant par un canal.

¹⁷ « *NTIC* » signifie « *Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication* ».

¹⁸ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982, qui crée l'art. L. 432-2 du Code du travail selon lequel notamment, « le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à tout projet important d'introduction de nouvelles technologies ».

¹⁹ M. Aubry et P.- L. REMY, « *Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies* ».

l'équilibre entre le pouvoir patronal et les droits et libertés des salariés. Concrètement, nous entendrons par « TIC », les techniques de communication et de réception ou d'envoi d'information, au moyen d'un téléphone ou d'un ordinateur, fixe ou portable, connecté ou non à l'Internet, à l'Intranet²⁰ ou au « *réseau informatique* »²¹, des badgeuses²², des autocommutateurs²³ téléphoniques, des caméras de surveillance et autres systèmes de sécurité informatiques.

La notion « *d'impact* » sera utilisée dans ses aspects aussi bien « positifs » que « négatifs ». Nous nous emploierons à démontrer que l'usage des technologies de l'information et de la communication peut tout à la fois favoriser et restreindre la vie personnelle du salarié au travail. Nous mettrons en évidence que les TIC accroissent paradoxalement l'autonomie du salarié, tout en en alourdissant sa sujétion²⁴, et que l'informatisation encourage l'éclatement de la collectivité juridique de travail, sans pour autant éloigner l'employeur de ses salariés²⁵.

Relativement au terme « *utilisation* », notre étude ne l'abordera que par rapport à certaines catégories de personnes. L'employeur et les salariés, à l'occasion de l'exécution de leur contrat de travail seulement, seront uniquement concernés. L'usage des TIC par les représentants des salariés, qu'ils soient élus ou désignés, constituant, à notre avis, un sujet d'étude à part entière, sera exclu. Pour les mêmes raisons, l'emploi des TIC par les télétravailleurs salariés qui exercent exclusivement leur activité en dehors des murs de l'entreprise, sera écarté. Contrairement aux travailleurs « classiques », leur situation étant envisagée à l'avance, moins de problèmes se posent car des clauses sont souvent prévues par le contrat de travail ou l'avenant mettant en place le télétravail.

Enfin, la notion de « *vie personnelle du salarié* », dont le concept sera explicité plus tard, fera référence à la vie du salarié dans sa dimension non seulement intime, mais également

²⁰ « L'Intranet » est un réseau interne de télécommunications et de téléinformatique, destiné à l'usage exclusif d'un organisme, qui fonctionne et s'utilise comme Internet. Intranet est un réseau local doté d'outils conviviaux de navigation – Cf. JO. du 16 mars 1999.

²¹ Un « réseau informatique » représente l'ensemble des moyens matériels et logiciels, mis en œuvre pour assurer les communications entre ordinateurs, stations de travail et terminaux informatiques. Tout ou partie de ces matériels peuvent être considérés comme faisant partie du réseau.

²² Une « badgeuse » est une machine qui identifie les insignes ou marques d'identification.

²³ Un « autocommutateur » est un équipement organisant les communications et le raccordement au RTC (réseau téléphonique commuté). Il est non seulement capable de gérer des conversations téléphoniques, à deux ou plus, mais aussi des données informatiques en tous genres et pourrait devenir un maillon essentiel du système informatique des entreprises.

²⁴ Ray (J. E.), « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination ».

²⁵ Roudil (A.), « Le droit du travail au regard de l'informatisation ».

publique. Elle exclut une approche collective pour favoriser une approche individuelle. De plus, la totalité de la vie personnelle du salarié n'entrant pas en concurrence avec les contraintes de l'entreprise, seules certaines libertés sont concernées.

Dans un deuxième temps, nous allons tenter de replacer dans leur contexte, les notions définies et délimitées plus avant.

Le développement des TIC est intervenu, dans l'entreprise, par vagues successives depuis la fin des années 1970. Contrairement aux principales innovations techniques qui l'ont précédé - comme l'apparition du métier à tisser ou de la machine à vapeur - l'ordinateur n'a pas plus détruit l'emploi qu'il ne l'a créé. Formidable outil de travail, il trouve peu à peu sa place dans l'entreprise et y pénètre à tous les niveaux hiérarchiques²⁶. Jusqu'à la fin des années 1970, les salariés travaillaient sur des terminaux qui étaient reliés à une machine centrale, dont ils utilisaient une partie des ressources. Parfois, un réseau interne était mis en place, lequel permettait à tous les terminaux branchés au dispositif principal, de communiquer entre eux. À cette époque, le fonctionnement des réseaux informatiques répondait encore au paradigme de l'entreprise, sur lequel le droit du travail s'est fondé. Il correspondait à une « *organisation pyramidale fermée sur elle-même dont la base était formée par une collectivité stable au statut homogène* »²⁷. A partir des années 1980, l'interconnexion des centres de recherche (l'Internet) remet ce modèle en cause. Mais, c'est dès le milieu des années 1990 qu'il est remplacé par celui d'un réseau (Web²⁸) de communication, qui relie les ordinateurs au niveau mondial. Dès lors, la maîtrise des normes de communication, et non plus celle des machines, devient primordiale.

De l'ère des grosses machines, qu'Alain Supiot, Professeur à l'Université de Nantes, qualifie « *d'outils collectifs* », on passe à celle des ordinateurs personnels (« *Personal Computer* » ou « *PC* »), que chaque utilisateur adapte à ses besoins et à son organisation. « *De collectif, l'outil se fait individuel et de subordonnée, la position du travailleur devient autonome* »²⁹.

²⁶ Darmaisin (S.), « L'ordinateur, l'employeur et le salarié ».

²⁷ Supiot (A.), « Travail, droit et technique ».

²⁸ Le « Web » est une méthode d'exploration de l'Internet, par l'usage de liens hypertextes (système grâce auquel un simple mot affiché sur l'écran permet de passer à un autre document lorsque l'on clique dessus. Le document lié peut être un fichier, un son, une page Web ou une animation). Cette méthode a été mise au point par un chercheur du Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire (CERN), Tim Berner-Lee. On parle du Web, mais il s'agit en réalité du « World Wide Web » ou « W3 ».

²⁹ Supiot (A.), « Travail, droit et technique », *op. cit.*

En outre, contrairement à ce que présageaient les premiers théoriciens³⁰, la société de l'information et de communication évolue vers une patrimonialisation de l'information. Dans ce contexte, suivant la logique de la théorie de la communication - selon laquelle la circulation de l'information doit être libre, et dont l'appropriation privée peut avoir des effets dévastateurs -, le Code du travail oblige l'employeur à partager les informations relatives à la marche de l'entreprise, en les diffusant auprès des salariés³¹.

La prise en compte des droits de l'Homme dans l'entreprise a été progressive. Initialement organisée sur le modèle militaire, l'entreprise industrielle applique la théorie taylorienne³² à son organisation du travail. La séparation entre les temps professionnels et personnels était claire. Le contrôle patronal portait seulement sur le calcul des temps de travail, aux fins de mesurer les quantités produites. Mais déjà, par le biais du paternalisme³³, le pouvoir patronal avait tendance à dépasser le cadre des relations professionnelles. Depuis que les TIC développent « l'autonomisation » des travailleurs du savoir, l'employeur porte moins son attention sur les modes opératoires du salarié, que sur les objectifs que ce dernier doit atteindre. Une obligation de résultat se substitue à l'obligation de moyen classique. L'ubiquité, qui caractérise le travail immatériel, rend la frontière qui sépare la vie personnelle de la vie professionnelle de plus en plus imprécise. Les libertés publiques pénètrent doucement la sphère de l'entreprise³⁴. L'évolution des TIC rend le respect de la vie personnelle d'autant plus important que les techniques utilisées sont intrusives.

Construite autour de la notion d'autorité, l'entreprise est longtemps restée à l'écart du mouvement libéral des droits de l'Homme³⁵. Le Code du travail prévoyant déjà le respect de certaines libertés collectives et individuelles, la problématique des droits de l'Homme dans l'entreprise n'a émergé qu'à partir du mouvement de libéralisation des contraintes de mai 1968. Auparavant, le salarié n'agissait souverainement qu'à l'extérieur des murs de

³⁰ Wiener (N.), savant américain, (1894-1964), fondateur de la cybernétique, et Breton (Ph.).

³¹ Supiot (A.), « Travail, droit et technique », *op. cit.*

³² Le « taylorisme » est une méthode d'organisation scientifique du travail, dont Frédéric Winslow Taylor (1856-1915) est le fondateur. Il théorise et systématise le travail. S'appuyant sur une démarche scientifique qui observe et quantifie, il dégage quatre principes : la division verticale du travail, la division horizontale du travail, le salaire au rendement et le contrôle des temps.

³³ Le « paternalisme » s'entend de la doctrine selon laquelle l'employeur possède seul et en dernier ressort, l'autorité en matière d'œuvres sociales dans l'entreprise.

³⁴ Ray (J. E.), « De Germinal à Internet, une nécessaire évolution du critère du contrat de travail ».

³⁵ Waquet (P.), « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés ».

l'établissement³⁶. Il a fallu attendre la loi du 6 janvier 1978³⁷, pour que les nouvelles technologies soient abordées sous l'angle des libertés individuelles. Son entrée en vigueur a posé les jalons de la protection de la vie personnelle. De portée générale, elle s'applique dès que des informations nominatives subissent des « *traitements automatisés* »³⁸, quelque soient les objectifs et la nature de l'organisme collecteur. Dans son article 1^{er}³⁹, elle proclame que l'informatique doit s'adapter à l'Homme. Elle met en place la CNIL, destinée à contrôler l'application du dispositif juridique créé pour encadrer ces traitements. Riche de concepts fondamentaux et d'une déontologie de l'utilisation de l'informatique, cette loi générale ne s'applique pas uniquement au droit du travail. Elle ne permet pas toujours de trouver la solution adéquate aux problèmes que pose l'usage de l'outil informatique, dans le cadre du lien de subordination⁴⁰. Le Code du travail n'envisageant pas l'utilisation des nouvelles technologies sous l'angle du respect de la vie privée du salarié, Gérard Lyon-Caen présente, en 1991, un rapport intitulé les « *Libertés publiques et l'emploi* »⁴¹, au Ministère du travail. Son objectif est de rechercher un équilibre entre le respect des prérogatives nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise, et le respect des libertés individuelles des salariés. Souhaitant contribuer à la protection des données dans le monde du travail, il dresse d'abord un bilan de la situation, puis suggère de transposer en droit du travail, certains principes retenus par la loi de 1978, parmi lesquels ceux de transparence, de finalité et de pertinence. Il propose également d'adapter l'informatisation à la spécificité de la relation professionnelle. Suite à ce rapport, le titre V de la loi du 31 décembre 1992⁴² pose les bases d'un « *droit informatique et libertés* » dans l'entreprise⁴³. Elle crée l'article L. 120-2 du Code du travail, qui dispose que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de*

³⁶ Bouchet (H.), « A l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié », *op. cit.*

³⁷ Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

³⁸ Selon l'art. 5 de la loi du 6 janvier 1978, un « traitement automatisé » est « *l'ensemble d'opérations réalisées par les moyens informatiques, relatif à la collecte, l'enregistrement, l'élaboration, la modification, la conservation, la destruction d'informations* ».

³⁹ L'art. 1^{er} de la loi du 6 janvier 1978 dispose que « *l'informatique doit être au service de chaque citoyen. [...] Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques* ».

⁴⁰ Mole (A.), « Au-delà de la loi informatique et liberté ».

⁴¹ Lyon-Caen (G.), « Les libertés publiques et l'emploi », *op. cit.*

⁴² Loi n°92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi [...], dont le Titre V est notamment relatif aux libertés individuelles - Ray (J.- E.), « Une loi macédonienne : Etude critique du Livre V de la loi du 31 décembre 1992 ».

⁴³ Bouchet (H.), « La cyber-surveillance des salariés dans l'entreprise », *op.cit.*

restrictions qui ne seraient pas justifiées [...] ni proportionnées ... ». Désormais, les principes dégagés dix ans plus tôt par la loi Auroux du 4 août 1982⁴⁴, qui avait porté les premières atteintes au pouvoir réglementaire de l'employeur, sont étendus à l'ensemble de la relation de travail. L'employeur doit donc respecter la vie personnelle du salarié, non seulement lors de l'élaboration du règlement intérieur, mais également lors de la conclusion du contrat de travail et de ses avenants. Introduites en tête du Code du travail, les restrictions apportées au pouvoir de l'employeur deviennent des principes gouvernant l'ensemble de la relation de subordination. Faisant écho à la loi du 6 janvier 1978, la loi du 31 décembre 1992 fait surtout référence aux principes dégagés par la jurisprudence Corona du Conseil d'Etat⁴⁵, relative à la nécessaire conciliation des impératifs de la puissance publique, avec les droits du citoyen. Depuis le XIXe siècle, la Haute juridiction de l'ordre administratif avait tracé les lignes directrices qui ont inspiré la création de l'article L. 122-35⁴⁶, lequel est lui même à l'origine de l'article L. 120-2 du Code du travail.

L'utilisation des TIC dans l'entreprise a modifié les rapports que cette dernière entretient avec les salariés. D'une façon générale, on remarque que l'utilisation des nouvelles technologies entraîne des conséquences qui, sans concerner exclusivement la vie personnelle du salarié, y participe. Les nouvelles technologies modifient les conditions de production et donc les relations de travail. Mais ces avancées techniques ne sont pas nécessairement facteurs de progrès pour le salarié.

On s'est d'abord demandé si l'introduction de l'ordinateur dans l'entreprise constituait une modification du contrat de travail⁴⁷. En sa qualité d'outil mis à la disposition du salarié par l'employeur dans le cadre de l'exécution de la prestation de travail, l'obligation d'utiliser l'ordinateur constitue *a priori*, seulement une modification des conditions de travail, que le salarié doit accepter. Cependant, si l'employeur n'a pas préparé le personnel à son usage, il pourra lui être difficile de sanctionner un salarié qui refuserait⁴⁸. Sur ce point, la jurisprudence

⁴⁴ Loi n°82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise

⁴⁵ CE Ass. 1er février 1980, Corona, conclusions Bacquet (A.), Dr. soc. 1980, p. 310

⁴⁶ L'art. L. 122-35 du Code du travail dispose que « *le règlement intérieur 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 [...]* ».

⁴⁷ Supiot (A.), « Travail, droit et technique », *op. cit.*

⁴⁸ CA de Versailles 27 mai 1997, 11e chambre : RJS 8/9, p. 198, n° 1105 (Constitue une cause réelle sérieuse le licenciement, sans pour autant relever de faute grave, le refus catégorique et répété d'une secrétaire des propositions de formation sur un nouveau logiciel. L'employeur doit apprécier la nécessité d'une formation, les salariés pouvant d'autant moins la refuser lorsqu'elle doit s'effectuer sur le lieu et pendant les horaires de

rappelle que l'employeur doit faire évoluer le salarié sur son emploi⁴⁹, du moment que ce dernier possède les compétences minima⁵⁰.

On a remarqué ensuite que l'introduction des TIC avait bouleversé le mode de communication traditionnel dans l'entreprise⁵¹. La structure pyramidale autour de laquelle circulaient les informations est notamment affectée par le courrier électronique. Ce mode de diffusion de l'information permet à tous les salariés de recevoir et d'envoyer directement des messages, ce qui atténue l'effet des niveaux hiérarchiques⁵².

L'introduction de l'ordinateur a, en outre, eu des répercussions sur l'emploi. Sa capacité à faire évoluer les modalités d'exécution de la prestation de travail a notamment, sans en diminuer sa densité, supprimé certains postes. Les opérations de saisie et d'archivage, par exemple, ont été remplacées par des logiciels spécifiques ayant la faculté d'automatiser leur exécution. Il a également favorisé l'externalisation, et la délocalisation spatiale et temporelle de certaines tâches ou activités. Enfin, le perfectionnement des technologies, et la confusion des temps de « travail » et de « repos » qu'elle engendre, peut mettre en péril la santé du travailleur, et son droit à une vie familiale et sociale normale. A ce sujet, Alain Supiot, parle de droit à la « *concordance des temps* »⁵³.

Ensuite, l'introduction des TIC a tendance à « malmener » la confiance. Les fonctions propres de l'ordinateur, ainsi que ses possibilités de connexion à un réseau, que nous développerons plus tard, la mettent à l'épreuve. L'entreprise peut « pister » le salarié, afin de surveiller son activité sur l'ordinateur.

Enfin, l'utilisation croissante des TIC modifie le rapport que le salarié entretient avec son outil de travail. Contrairement au modèle classique de l'entreprise industrielle, dans lequel il

travail).

⁴⁹ Cass. soc. 21 octobre 1998 : RJS 12/98, n° 1454 (Les erreurs du salarié commises sur une courte période après la mise en place d'un nouveau logiciel, alors que l'employeur n'avait pas satisfait à son obligation d'adapter l'intéressé à l'évolution de son emploi ne peuvent pas justifier un licenciement pour insuffisance professionnelle), v. également CA de Poitiers 15 avril 1992 : RJS 10/92, n° 1087 (Une formation de trois jours dispensée par le fournisseur du matériel à l'occasion de l'informatisation d'un service est insuffisante).

⁵⁰ Cass. soc. 25 février 1992 : RJS 4/92, n° 421 (v. aussi Cass. soc. 24 mars 1993, Coat, n° 133 D). (Le licenciement d'un salarié chargé de fonctions administratives et comptables consécutives à l'informatisation du service est justifié par un motif économique dès lors que la survie de l'entreprise était subordonnée à cette informatisation et que l'intéressé, n'ayant aucune compétence en matière informatique, ne pouvait bénéficier d'une adaptation au nouvel emploi).

⁵¹ Ray (J. E.), « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination », *op. cit.*

⁵² Combrexelle (J.- D.), « Conclusions ».

⁵³ Ray (J.- E.), « Temps professionnel et temps personnel ».

était primordial de protéger les corps face au machinisme⁵⁴, avec les TIC, l'intégrité physique est moins exposée, mais de nouvelles menaces apparaissent. L'utilisation de l'ordinateur crée des risques différents, plus insidieux, tels que les douleurs dorsales ou la fatigue visuelle. Le législateur n'est d'ailleurs pas resté muet à ce sujet⁵⁵. Dans un décret du 14 mai 1991⁵⁶ relatif à la prévention des risques liés au travail sur les équipements munis d'écrans de visualisation, il a défini plusieurs paramètres à respecter.

Les termes du sujet étant définis et délimités, il convient de dégager la problématique autour de laquelle nous axerons notre réflexion. Afin de mettre en évidence et comprendre l'étendue et la nature de l'impact que l'utilisation des TIC dans l'entreprise, a sur la vie personnelle du salarié, deux angles d'étude seront envisagés. Dans une première partie, nous analyserons dans quelle mesure les TIC permettent de développer la vie personnelle du salarié au travail **(I)**. Dans une seconde partie, nous aborderons les atteintes que ces mêmes TIC peuvent causer à la vie personnelle du salarié **(II)**.

Depuis sa création, le travail subordonné a toujours posé des difficultés vis-à-vis des libertés de l'Homme. Suite à la révolution industrielle et à la disparition des corporations, les règles applicables au travail salarié étaient sommaires. Le Code civil le traitait en trois articles, dont un, l'article 1781, disposait qu'en cas de contestation sur le montant du salaire, le patron devait être cru sur sa seule affirmation. Une loi du 22 germinal an XI avait créé le livret ouvrier, que l'employeur conservait pendant toute la durée de l'emploi, et que le travailleur devait présenter en cas de déplacement⁵⁷. Des abus étaient souvent commis par les employeurs. Aujourd'hui encore, le droit du travail et les libertés ne sont pas aisément conciliables, et l'utilisation croissante des TIC amplifie ces difficultés. Mais, contrairement à ce qui se passait avant, les salariés ne sont plus dans une situation de soumission totale face aux restrictions de leurs libertés. Grâce aux TIC, les abus peuvent aussi bien être commis par

⁵⁴ Le « machinisme » s'entend de l'emploi généralisé de machines, substituées à la main d'œuvre, dans l'industrie - Radé (C.), « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *op. cit.*

⁵⁵ Supiot (A.), « Travail, droit et technique », *op. cit.*

⁵⁶ Décret n° 91-451 1 du 14 mai 2001 – Circ. DRT n° 91-18 du 4 novembre 1991. Sont exclus du domaine d'application de ces textes, les ordinateurs portables, puisqu'ils ne font pas l'objet d'une utilisation soutenue à un poste de travail.

⁵⁷ Waquet (P.), « Les libertés dans l'entreprise ».

l'employeur, qui désire contrôler l'activité de ses salariés, que par les salariés eux-mêmes, qui utilisent à des fins personnelles le matériel mis à leur disposition par l'entreprise.

Nous démontrerons comment chaque partie au contrat de travail peut trouver dans l'usage des TIC, « *une arme redoutable* »⁵⁸. De tout temps, il est arrivé au salarié d'utiliser, dans son propre intérêt, les outils mis à sa disposition pour son travail. De même, l'employeur a toujours souhaité contrôler l'usage que ses salariés faisaient des outils qu'il mettait à leur disposition. Les TIC n'ont fait qu'amplifier ce phénomène. Grâce à leur performance, le salarié peut instantanément vaquer à des « occupations de vie personnelle ». L'employeur peut, quant à lui, surveiller les agissements de ses subordonnés dans leurs moindres faits et gestes. La constatation de ce phénomène soulève néanmoins deux paradoxes. D'un côté, les TIC constituent un puissant facteur « d'autonomisation » des salariés, mais les exposent en même temps à de nouveaux risques, de sorte qu'ils pourraient être plus dépendants vis-à-vis de l'employeur⁵⁹. Les TIC ouvrent largement les possibilités de développement des libertés des salariés, mais permettent également d'être un formidable instrument de contrôle, et donc de restriction de ces libertés. Ce constat est d'ailleurs la principale raison pour laquelle de nombreuses institutions et organismes internationaux et nationaux se mobilisent pour trouver des solutions. Le Bureau International du Travail (BIT), comme l'Union Européenne (UE) ou la CNIL, cherchent à donner des lignes directrices pour déterminer la part d'autonomie que les salariés doivent avoir, dans notre société d'information et de communication. Ces organismes veulent clairement définir les limites au-delà desquelles le contrôle de l'employeur devient illégitime.

On assiste à ce que l'on pourrait appeler le grand retour de la subordination, alors qu'*a priori*, LA société du futur, telle qu'on pouvait l'imaginer il y a encore quelques années, nous laissait présager le contraire. Tout est une question de mesure et d'équilibre. La confrontation des libertés du salarié avec les droits de l'employeur doit être organisée⁶⁰. Pour ce faire, deux démarches complémentaires doivent être menées : la prise en compte de la vie personnelle du salarié dans l'usage des TIC, et le respect de cette vie personnelle dans les différents contrôles que mène l'employeur.

⁵⁸ Waquet (P.), « Propos liminaires ».

⁵⁹ Radé (C.), « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *op. cit.*

⁶⁰ Antonmattéi (P.- H.), « NTIC et vie personnelle au travail ».

Les TIC favorisent le développement de la vie personnelle au travail

Les nouveaux moyens techniques offrent des possibilités inédites, qui permettent au salarié de basculer instantanément de la sphère professionnelle à sa sphère personnelle. On peut parler « d'importation » de la vie personnelle dans la vie professionnelle. Dans ce contexte, si les TIC ont permis au salarié de développer, au temps et au lieu de travail, sa vie personnelle (§1), il doit cependant respecter certaines règles, pour utiliser à des fins personnelles, les TIC qui sont mis à sa disposition (§2).

§ 1. Les TIC ont-elles permis au salarié de développer une vie personnelle au travail ?

Le concept de vie personnelle ne doit pas sa naissance à la croissance de l'utilisation des TIC par le salarié. Les TIC lui ont seulement donné l'opportunité de se déployer et de s'affirmer. Dans un premier temps, il faut nous interroger sur le concept même de vie personnelle (A), pour déterminer ensuite à quelle catégorie juridique la rapprocher (B).

A. Peut-on indifféremment parler de « vie privée » et de « vie personnelle » ?

Le concept de vie personnelle n'est que l'extension du régime de la vie privée (1). L'usage des TIC par le salarié participe, non seulement à promouvoir sa vie privée, mais également, et d'une façon plus globale, sa vie personnelle au travail (2).

Extension du régime de la « vie privée » à la « vie personnelle »

Selon la définition que lui donne Philippe Waquet, la « *vie personnelle* » représente « l'ensemble des actes, paroles ou comportements du salarié qui sont sans rapport avec l'exécution du contrat de travail ou avec la vie de l'entreprise »⁶¹. Cette notion englobe non seulement les faits de vie privée⁶², au sens intime du terme, mais fait également référence à l'ensemble des comportements publics du salarié. Les « *faits de vie personnelle* », qui se situent essentiellement en dehors du temps et du lieu de travail, peuvent trouver à s'appliquer pendant que le salarié est présent dans les locaux de l'entreprise. Comment et pourquoi la

⁶¹ Waquet (P.), « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », *op. cit.*

⁶² Dupuis (M.), « La protection de la vie privée » : cette notion comprend la vie sentimentale, sexuelle ou familiale, l'état de santé, les opinions et les croyances.

jurisprudence a-elle eu besoin de développer, à côté, du concept de « vie privée », celui de « vie personnelle » ?

Bien que cette notion ne soit expressément utilisée que depuis 1997, les tribunaux avaient auparavant⁶³, déjà voulu assurer au travailleur une protection minimale de sa liberté. Qu'il s'agisse de la pression paternaliste de l'ère industrielle ou de la culture d'entreprise couplée à l'usage des TIC qui envahissent le temps de repos, le salarié demeure en situation de dépendance économique vis-à-vis de son employeur. En outre, même si le lien de subordination justifie l'exercice des pouvoirs de direction et de sanction, certains patrons ont tendance à les utiliser en dehors du cadre *stricto sensu* des relations professionnelles⁶⁴. Pour garantir efficacement l'autonomie du salarié, les juges se sont donc attachés à mettre en place un véritable régime protecteur, qui a progressivement abouti à l'affirmation de l'existence d'une « *vie personnelle* ». Au départ, les juges ne défendaient l'autonomie du salarié qu'en dehors du travail⁶⁵. Mais, les tribunaux reconnaissant que l'employeur était « *seul juge* »⁶⁶, si ce dernier considérait qu'un fait extérieur à la vie professionnelle⁶⁷ nuisait à « *l'intérêt de l'entreprise* », la rupture du contrat pouvait être justifiée. Dès lors, même en dehors des murs de l'entreprise, la défense des libertés du salarié n'était pas assurée. De plus, les juges basaient leurs décisions tantôt sur la « *vie privée* », tantôt sur la vie « *extraprofessionnelle* ». Or, ni l'une ni l'autre, ne permettait au salarié de voir ses libertés protégées dans leur ensemble. En effet, la notion de « *vie privée* »⁶⁸ était parfois abusivement utilisée pour protéger un fait de vie publique⁶⁹, et la « *vie extraprofessionnelle* » protégeait certes tous les faits de vie, privée ou

⁶³ Cass. soc. 8 juillet 1960, Bull. civ. n°756 (En l'espèce, la Cour de cassation donne tort à un employeur qui avait licencié un salarié parce qu'il refusait de quitter son épouse).

⁶⁴ Waquet (P.), « La vie personnelle du salarié ».

⁶⁵ Durand (P.) et Joussaud, « Traité de droit du travail », dans lequel il est écrit que le pouvoir de direction s'exerce « *normalement* » quand le salarié se trouve au temps et sur le lieu du travail, et que, hors de l'établissement « *l'employeur dispose parfois d'un droit de contrôle sur la vie du travailleur* ».

⁶⁶ Cass. soc. 16 février 1956, Etablissements Brinon, Bull. civ. n° 163.

⁶⁷ Cass. soc. 29 janvier 1953 : Dr. soc. 1953, p. 286 (En l'espèce, il s'agissait d'un salarié, auquel aucun reproche ne pouvait être fait, mais qui avait été licencié uniquement en raison du comportement de son épouse et de sa fille durant l'Occupation).

⁶⁸ Véritable liberté publique, cette expression se réfère aux articles 9 du Code civil et 8 de la CEDH.

⁶⁹ Cass. soc. 22 janvier 1992, Rossard, n°90-42517 : Dr. soc. 1992, p. 268 (En l'espèce, la Cour de cassation s'est fondée sur l'art. 9 du Code civil pour proclamer que l'achat par une secrétaire d'un garage Renault d'un véhicule Peugeot, ne pouvait fonder son licenciement, puisque « *dans sa vie privée, le salarié est libre d'acheter les biens, produits ou marchandises de son choix* ». Cette décision avait été critiquée par le Professeur Jean Savatier en ce qu'elle faisait référence à un fait de vie privée pour protéger un acte de la vie

publique, que le salarié accomplissait hors du temps et du lieu de travail, mais avait pour inconvénient de ne pas considérer sa situation dans l'entreprise⁷⁰. Dès les années 1990, forte de ces constats, la jurisprudence s'est mise à la recherche d'une solution permettant de concilier l'autorité de l'employeur avec les libertés du salarié, que ce soit aussi bien hors de l'entreprise qu'à l'intérieur.

C'est dans l'arrêt Arnoux, du 14 mai 1997⁷¹, que la Cour de cassation emploie pour la première fois l'expression de « *vie personnelle du salarié* ». Par ce nouveau concept, les juges entendent considérer aussi bien, les relations du subordonné avec l'entreprise, pendant son temps de travail, dans les locaux professionnels, que les périodes où il se trouve à son domicile, ou plus largement en dehors de l'exécution de sa prestation de travail. Sans abolir la protection spéciale accordée à la vie privée, la vie personnelle est d'application plus large⁷², et permet à la jurisprudence de décider que, dès qu'un fait relève de la vie personnelle du salarié, aucune sanction disciplinaire ne peut lui être appliquée⁷³. Mis à part quelques exceptions - qui seront explicitées plus tard -, l'employeur ne peut donc plus user de son pouvoir disciplinaire pour reprocher au salarié, des actes qu'il aurait commis dans le cadre de sa vie personnelle.

Confirmée, et enrichie d'un mécanisme régulateur, cette construction jurisprudentielle n'est pas contredite par la loi du 31 décembre 1992. L'article L. 120-2 du Code du travail va même plus loin et considère la protection de l'ensemble des « *droits des personnes* » et des « *libertés individuelles et collectives* ». Marquant l'introduction, dans l'entreprise, du respect des droits et libertés du salarié, ce texte donne également un fondement légal à la protection de la « *vie personnelle* ». Selon la lettre du texte, « *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* ». La

publique - Savatier (J.), « La protection de la vie privée des salariés »).

⁷⁰ Despax (M.), « La vie extra professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail ».

⁷¹ Cass. soc. 14 mai 1997, Arnoux, pourvoi n° 94-45473 ; Bull. civ. n° 175 (Dans sa décision, la Cour décide que « *les agissements du salarié dans sa vie personnelle [ne sont] pas constitutifs d'une cause de licenciement* ». En l'espèce, un surveillant d'immeuble avait été licencié pour avoir eu un comportement agressif avec une locataire de la résidence).

⁷² C'est ce que l'on peut déduire de l'emploi de l'expression « *vie privée* » dans les arrêts Nikon [Cass. soc. 2 octobre 2001 : Dr. soc. Novembre 2001, n°11, p. 915, note Ray (J.- E.) ; Droit ouvrier, février 2002, p.76, note de Senga (A.), Rev. Jur. Personnes et famille, janvier 2002, n°1, p. 10 et suivante, note Bossu (B.)] et Abram [Cass. soc. 2 octobre : Dr. soc. Décembre 2001, n°12, p. 1039, note Ray (J.- E.)].

⁷³ Cass. soc. 16 juin 1998, Bull. civ. n° 323 ; Cass. soc. 21 mars 2000, Bull. civ. n° 115 ; Cass. soc. 1er avril 2003, société Cibomat, n° 1044 FS-D ; Cass. soc. 21 octobre 2003.

lecture de cet article nous permet d'affirmer deux choses. La première est que la « *vie personnelle* », sous-entendue dans l'usage des expressions « *droits* » et « *libertés* », ne peut subir que des restrictions. Elle ne peut donc pas être supprimée dans sa totalité⁷⁴. La seconde est que si l'employeur désire limiter la « *vie personnelle* » du salarié, sa décision ne lui sera opposable que si un motif valable est invoqué, et que la restriction n'est pas supérieure à ce qui est strictement nécessaire. En effet, on peut comprendre que, dans la limite des contraintes naturelles du travail subordonné, la « *vie personnelle* » du salarié doit être pleinement respectée. L'exécution du contrat emporte nécessairement une réduction d'autonomie. Pendant l'horaire de travail, le salarié ne peut pas être à l'endroit où il le souhaite, puisqu'il doit rester à son poste de travail. Il ne peut pas plus faire le travail qui lui plaît, mais celui qui lui est ordonné, du moment qu'il correspond à sa qualification. En fonction de la tâche que doit effectuer le salarié, les réductions légitimes à sa liberté individuelle sont différentes.

La vie personnelle du salarié englobe l'intimité de sa vie privée⁷⁵ et également l'ensemble des comportements qui n'en relèvent pas *stricto sensu* mais qui échappent pourtant au lien de subordination. En ce qui concerne la notion de « *vie privée* », elle est d'application stricte et doit s'entendre exclusivement dans le sens de l'article 9 du Code civil, selon lequel « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». Cette expression ne s'applique qu'à la sphère de la vie de l'individu qui échappe à toute publicité, comme le domicile, la correspondance ou la vie sentimentale et familiale. C'est pourquoi il est fait souvent référence à « l'intimité de la vie privée », laquelle a d'ailleurs été qualifiée de liberté fondamentale par le Conseil Constitutionnel le 23 juillet 1999⁷⁶. En ce qui concerne l'« *ensemble de comportements* », il ne s'agit plus de protéger exclusivement un secret ou une intimité, mais de permettre au salarié d'être autonome dans l'exercice de sa vie publique par rapport à l'entreprise qui l'emploie⁷⁷.

⁷⁴ Sur ce point, l'art. L. 120-2 reprend la jurisprudence Corona, *op. cit.*, du Conseil d'État, reprise par le Conseil Constitutionnel et par la CEDH, selon laquelle, une liberté ou un droit fondamental ne peut jamais, sauf circonstances exceptionnelles, être supprimé. En revanche, cette liberté ou ce droit peut être réduit à trois conditions : la réduction émane d'une autorité compétente, elle est justifiée par des circonstances précises et est limitée au strict nécessaire - Waquet (P.), « La vie personnelle du salarié », *op. cit.*

⁷⁵ La vie privée est une liberté fondamentale protégée par la Constitution - Conseil Constitutionnel du 23 juillet 1999 n°99-416 - ce qui en fait une véritable liberté publique.

⁷⁶ CC du 23 juillet 1999 n°99-416 (Dans sa décision relative à la loi portant création de la couverture maladie universelle, elle décide que, le respect de la vie privée trouve son fondement dans la liberté personnelle considérée par l'art. 2 de la DDHC de 1789, parmi les « *droits naturels et imprescriptibles de l'Homme* ») – *op. cit.*

⁷⁷ Cass. soc. 22 janvier 1992, Rossard, *op. cit.*

Ne se confondant pas avec la vie extra professionnelle, la vie personnelle subsiste, au moins partiellement, dans l'entreprise. Mais, tous les droits fondamentaux et les libertés essentielles pouvant potentiellement relever de la vie personnelle, il faut réserver cette appellation aux comportements élémentaires.

Une précision toutefois, on ne peut parler que « d'extension », et non pas de « passage » de la notion de « vie privée » à celle de « vie personnelle ». En effet, lorsque les juges sont saisis d'une affaire qui ne concerne que la vie privée *stricto sensu*, ils ne font pas appel à la protection de la « *vie personnelle* », mais bien à celle de la « *vie privée* »⁷⁸.

Ces précisions, relatives aux conditions d'émergence de la notion de vie personnelle du salarié, apportées, nous allons concrètement analyser en quoi elle consiste, et ce que l'usage des TIC lui a apporté.

l) Déploiement de la « vie personnelle » au travail grâce aux TIC

Au XXIème siècle, les travailleurs du savoir ont des opportunités que n'avaient pas les « travailleurs de Germinal »⁷⁹. Des outils techniques de l'information et de la communication étant mis à leur disposition pour qu'ils réalisent le travail commandé par l'employeur, de nombreuses possibilités leurs sont offertes. Même au temps et au lieu de travail, ils leur permettent de « vaquer à des occupations personnelles » par simple clic. Contrairement aux outils de production industrielle, l'ordinateur est multi usage. A la rigueur, tout en gardant le rythme productif, le « travailleur de Germinal » ne pouvait que s'évader du travail par la pensée. Le travailleur du savoir, quant à lui, peut faire plus. En se servant des outils mis à sa disposition, il peut momentanément arrêter de travailler pour s'adonner à des occupations personnelles, qui vont plus loin que la simple évasion par l'esprit. En plus des discussions personnelles qu'il peut avoir quotidiennement avec ses collègues de bureau, la messagerie électronique, les « forums de discussion »⁸⁰ ou son téléphone portable, lui permettent de

⁷⁸ Arrêts Nikon et Abram, *op. cit.*

⁷⁹ Cette expression fait référence à l'œuvre d'Emile Zola, « *Germinal* », publiée en 1885. Ce roman évoque les luttes sociales de la fin du second empire auxquelles s'ajoutent les événements de 1880 et 1884 (révolte des mineurs) – Dans un des ses articles Ray (J.- E.) fait référence aux « *bras de germinal* » : « Le droit du travail au XXIème siècle ».

⁸⁰ Un « forum » est une boîte aux lettres virtuelle publique dans laquelle chacun est libre de consulter les messages et d'y répondre. Plus de deux utilisateurs peuvent converser à la fois, chacun peut déposer des avis et informations, plus ou moins librement. Généralement, les forums sont établis autour d'un sujet précis. Un

communiquer avec les personnes de son choix, lesquelles peuvent être totalement étrangères à ses relations professionnelles. Si, pour une raison quelconque, il n'a pas eu le temps de s'occuper de ses courses alimentaires par exemple, il peut les faire à partir de son lieu de travail, au moyen de sites Web spécialisés. Surfant sur la « toile »⁸¹, il peut également en profiter pour aller visiter ses sites favoris. Dans le cas où son ordinateur ne serait pas connecté à Internet, ou si son usage est filtré, il pourra quand même l'utiliser, pour créer et imprimer des invitations pour une soirée qu'il organise par exemple. Les utilisations possibles des TIC à des fins personnelles sont multiples.

Par exemple, les communications téléphoniques participent traditionnellement au développement de la vie personnelle au travail. En principe, mis à part le cas dans lequel le travail du salarié consiste pour l'essentiel à téléphoner (vente par correspondance, standardiste), ses conversations ne peuvent pas être systématiquement enregistrées⁸². De même, si un autocommutateur est installé, l'employeur peut savoir si des appels à l'étranger ou en province ont été passés, mais les relevés justificatifs des numéros de téléphone appelés doivent occulter les quatre derniers chiffres de ces numéros⁸³. Dans tous les cas, l'employeur peut seulement se protéger contre les abus du salarié. Si, au moyen d'un procédé quelconque, il porte volontairement atteinte à l'intimité de la vie privée du salarié en captant, sans son autorisation, des paroles privées qu'il a prononcées, l'article 226-1⁸⁴ du nouveau Code pénal s'applique. Pour ce faire, des conditions strictes doivent être respectées. L'intimité des paroles prononcées n'est protégée que dans la mesure où certaines conditions sont remplies. Pour que le salarié puisse converser sans craindre une sanction de son employeur, la conversation doit, en premier lieu, relever de l'intimité de sa vie privée. En second lieu, l'existence d'un élément

« wizard » est souvent chargé d'organiser tout cela.

⁸¹ La « toile » est la version française, peu utilisée, de « Web ».

⁸² de Tissot (O.), « Internet et contrat de travail : les incidences de la connexion à Internet sur les rapports employeur – salariés ».

⁸³ Norme simplifiée n°40, issue de la Délibération CNIL n°94-113 du 20 décembre 1994 portant adoption de la norme simplifiée concernant les traitements automatisés d'informations nominatives mis en œuvre à l'aide d'autocommutateurs téléphoniques sur les lieux de travail - Recommandation n° 84-31 du 18 septembre 1984 concernant l'usage des autocommutateurs téléphoniques sur les lieux de travail. Troisième rapport d'activité de la CNIL p. 109 – JO du 9 janvier 1985.

⁸⁴ L'art. 226-1 du nouveau Code pénal dispose que « est puni d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui [...] en captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ».

moral doit être démontrée. L'auteur de l'infraction doit avoir volontairement pénétré la sphère privée d'autrui. Tel n'est pas le cas lorsqu'une conversation est surprise fortuitement. En revanche, l'employeur qui met en place un dispositif de captation clandestine des conversations téléphoniques du salarié, porte volontairement atteinte à l'intimité de sa vie privée. Il ne peut ignorer qu'il risque d'entendre les propos touchant à la vie personnelle⁸⁵.

Concernant l'usage de la messagerie électronique, il faut distinguer le courrier reçu et émis par le salarié en tant qu'individu, de celui émis et reçu en sa qualité de membre de l'entreprise. Selon les principes qui ressortent de la jurisprudence relative aux correspondances postales⁸⁶, si le caractère privé du message peut « être identifié clairement », l'employeur ne doit pas en consulter le contenu. Si un courrier transite par la boîte mail et qu'il porte une telle mention, le mode électronique de transmission ne doit pas affecter son inviolabilité. Ce n'est qu'en l'absence d'indication claire, que le courrier sera considéré comme professionnel, et que l'employeur pourra, sans porter atteinte au secret de la correspondance, librement accéder à son contenu⁸⁷. Dans sa décision relative à l'affaire Nikon⁸⁸, la Cour de cassation rappelle que le secret des correspondances est une liberté fondamentale, même si l'employeur avait formellement interdit toute utilisation personnelle de la messagerie électronique. Cependant, la question reste de savoir si, pour être protégé, le mail doit formellement comporter la mention « *personnel* » ? Les autres caractéristiques en présence ne peuvent-elles pas être prises en compte, comme l'indication d'un expéditeur extérieur à l'entreprise qui s'adresse au salarié via Internet, ou d'un message adressé via Intranet dont l'objet indique clairement qu'il ne s'agit pas d'un message professionnel⁸⁹ ? Le message électronique étant, contrairement à la correspondance postale, dénué d'enveloppe, l'absence de barrière physique rendra délicate l'interprétation de la « *mauvaise foi* »⁹⁰, exigée pour sanctionner l'interception d'une correspondance émise par la voie des télécommunications. En effet, le mail ne comportant pas

⁸⁵ Kayser (P.), La protection de la vie privée par le droit ».

⁸⁶ Cass. crim. 16 janvier 1992, N'Guyen : Gaz. Pal., 1992, 296, Droit pénal 1992, 170

⁸⁷ *Ibid*

⁸⁸ Cass. soc. 2 octobre 2001, Société Nikon France, pourvoi n°99-42942 : D., n°39, 8 novembre 2001, p. 3148 et suivantes : « *L'employeur ne peut [...] sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à l'outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit l'usage non professionnel de l'ordinateur* » (En l'espèce, il s'agissait d'un salarié qui utilisait à des fins personnelles, les outils informatiques mis à sa disposition, en dépit de l'interdiction de son employeur. À l'insu du salarié, l'employeur avait procédé à un contrôle des fichiers stockés sur son répertoire « *personnel* »).

⁸⁹ Mole (A.), « Mails personnels et responsabilités : quelles frontières ? ».

de parole⁹¹, les dispositions de l'article 226-1 du nouveau Code pénal, protégeant les conversations privées, ne s'appliquent pas. La messagerie électronique tombe en revanche sous le coup de l'article 226-15 du même Code, qui protège le secret des correspondances⁹². Si un employeur prend connaissance des mails de ses salariés, il faut se placer sur le terrain du secret de la correspondance. A titre d'exemple, on peut citer une décision du 2 novembre 2000⁹³, relative à la condamnation des responsables d'un laboratoire d'une école publique qui avait surveillé la messagerie électronique d'un étudiant effectuant des recherches, laquelle n'était accessible qu'en utilisant un mot de passe. Pour se défendre, ils affirmaient qu'un courrier non crypté ne peut pas être assimilé à de la correspondance. Cette argumentation est rejetée par le TGI qui considère que le nouveau Code pénal ne distingue pas selon le mode d'acheminement choisi. Il protège aussi bien la correspondance classique, écrite et confiée aux services postaux, que celle émise par la voie des télécommunications (téléphone, Minitel, télécopie, Internet), qui sont définies selon l'article L. 32 du Code des postes et télécommunications comme « *toute transmission, émission ou réception de signes ou signaux, d'images, de son de renseignements de toute nature par fil optique, radio électronique ou autres systèmes électromagnétiques* ». Selon le TGI, le mail constitue bien une correspondance, puisque ce terme « *désigne toutes relations par écrit existant entre deux personnes identifiables, qu'il s'agisse de lettre, de message ou de pli fermé ou ouvert* ». En l'espèce, les auteurs de la violation étant des personnes chargées d'une mission de service public, ils ne sont pas sanctionnés par l'article 226-15, mais par l'article 432-9 alinéa 2 du nouveau Code pénal, lequel n'exige pas que soit démontrée leur mauvaise foi. Lorsqu'il s'agit d'un particulier, tel qu'un employeur par exemple, la situation est différente. Le fait d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances n'est sanctionné, que si sa mauvaise foi est prouvée. Selon la chambre criminelle, la mauvaise foi résulte de « *la connaissance de ce que les lettres ne lui étaient pas destinées et de ce qu'il les a*

⁹⁰ Sanctionnée par l'art. 226-15 du nouveau Code pénal selon lequel « *le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions* ».

⁹¹ de Tissot (O.), « Internet et contrat de travail », . *op. cit.*

⁹² *Ibid.*

⁹³ TGI Paris 17^{ème} Ch. corr. 2 novembre 2000 Virieux : RJS 2/01 n° 166 ; DO 2001, p. 65, note A. de Senga. v. aussi de Belnalcazar (I.), « Le licenciement d'un salarié suite à l'envoi d'un courrier électronique à caractère privé ».

volontairement conservées pour empêcher ou retarder leur transmission à leurs destinataires »⁹⁴.

Ces considérations mises à part, dans ses conclusions relatives à l'arrêt Nikon, l'avocat général indique que « *seules des circonstances exceptionnelles [...] auraient pu justifier l'attitude de l'employeur* ». Est-ce à dire que les risques concrets de « virus »⁹⁵, de révélations d'informations confidentielles ou de contenus illicites, liés à l'inviolabilité de messages abusivement intitulés « personnel » permettraient à l'employeur, dans certains cas, de contrôler le contenu de ces messages ? *A priori* non, si l'on se base sur le fait que certaines entreprises emploient un administrateur de réseau, lequel est seul habilité à faire ce genre de contrôle.

Pour ce qui est de la participation à des forums de discussion, la solution de l'arrêt Nikon relative aux mails « personnels » peut-elle être étendue à cette forme de communication virtuelle ? Avant de répondre, il faut préciser qu'un forum est un lieu de rencontre virtuel dans lequel les internautes peuvent échanger des points de vue autour d'un thème donné. Il en existe plusieurs types. Certains sont accessibles à tous sur l'Internet, contrairement à d'autres, qui sont mis en place pour un cadre restreint d'utilisateurs. C'est d'ailleurs le cas de certaines entreprises, qui créent un forum interne sur lequel ne peuvent intervenir que les membres de l'entreprise, et/ou un forum externe auquel des tiers, tels des clients ou des fournisseurs, peuvent participer⁹⁶. « *Thermomètre social* »⁹⁷ en interne, et formidable moyen de communication en externe, les forums ne sont pas encore à l'heure actuelle très répandus. Pour en revenir à la question posée, dans son visa, la Cour de cassation fait référence aux articles 9 du Code civil, 9 du Nouveau code de procédure civile⁹⁸ (NCPC), 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁹⁹, et L. 120-2

⁹⁴ Cass. Crim. 26 janvier 1981 : JCP 1982 II, 19 879, note Jean Didier (W.).

⁹⁵ Un « virus » est un petit programme capable de se copier dans un autre programme, le transformant en cheval de Troie. Il est toujours créé par une volonté humaine.

⁹⁶ de Tissot (O.), « Internet et contrat de travail », *op. cit.*

⁹⁷ Ils peuvent jouer le rôle des murs de « libre expression anonyme » institués par certaines entreprises japonaises.

⁹⁸ L'art. 9 du NCPC dispose que « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ».

⁹⁹ L'al. 1 de l'art. 8 de la convention européenne des droits de l'homme, du 4 novembre 1950, dispose que, « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* » et l'al. 2 dispose que « *il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à*

du Code du travail. Par ce visa, la Cour considère donc que l'utilisation de la messagerie n'est pas seulement concernée. Néanmoins, la protection des messages étant liée à la présence d'une mention formelle, que les discussions qui ont lieu sur des forums ne remplissent *a priori* pas, la solution dont il est fait référence ne devrait logiquement pas les concerner. La législation sur le secret de la correspondance ne peut pas s'appliquer. En outre, en ce qui concerne les messages envoyés sur les forums internes, ceux-ci peuvent difficilement être assimilés à une correspondance, car ils s'adressent à tous les usagers du forum. De plus, un forum étant un lieu « *privé* »¹⁰⁰, au sens de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, les injures et diffamation seront « *privées* », et seulement susceptibles de contraventions de première classe. Dans les limites fixées par la loi pénale, le salarié est libre de s'y exprimer, sous sa responsabilité, et l'employeur devrait pouvoir sanctionner disciplinairement tout abus. En revanche, s'agissant des forums externes, « *lieu public* » au sens de la loi de 1881, les injures et diffamations qui y seraient proférées, deviendraient des délits correctionnels.

Relativement à la navigation sur le Web et à la traçabilité des connexions, la remarque faite à propos des forums, peut être également formulée¹⁰¹. Dans certaines entreprises, en fonction du poste occupé, les salariés peuvent avoir directement accès à Internet pour les besoins de leur travail. Ayant les moyens d'accéder au Web à des fins professionnelles, ils peuvent également concrètement le faire dans leur propre intérêt. Si cette faculté est analysée par l'employeur comme une perte de temps et d'argent, peut-il, pour limiter l'usage personnel que les salariés font d'Internet, lister systématiquement tous les sites Web consultés et demander à chacun la justification professionnelle de ces consultations ? Techniquement, la réponse est affirmative. Légalement, notamment au regard de la protection de la vie personnelle, rien n'est moins sûr¹⁰². Pour ce faire, l'entreprise devrait mettre en place un dispositif basé sur la création de « *fichiers* »¹⁰³ informatisés. Collectant des données à caractère personnel, l'infrastructure devra être déclarée à la CNIL qui pourrait, en la matière, *la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

¹⁰⁰ Cass. crim. 15 décembre 1949, Bull. civ. n° 345 (Cette jurisprudence décide que le personnel d'une entreprise n'est pas un « *public* »).

¹⁰¹ Entretien avec Mole (A.), « *Débat autour de l'arrêt Nikon France* ».

¹⁰² de Tissot (O.), « *Internet et contrat de travail* », *op. cit.*

¹⁰³ Un « *fichier* » est un ensemble d'informations plus ou moins structurées stocké sur des supports qui lui permettent une durée de vie assez longue. Les fichiers peuvent contenir tous les types de données que l'on veut, du moment que ce soit de l'information sous une forme binaire (des 0 et des 1 uniquement). L'interprétation des séries de chiffres est totalement libre, et ne dépend que du programme d'application.

appliquer les mêmes principes que ceux qu'elle avait dégagés à propos des autocommutateurs téléphoniques. L'enregistrement systématique des sites consultés, risquant de donner des informations sur la vie privée du salarié, serait interdit.

En tout état de cause, lorsque l'employeur met à la disposition du salarié un ordinateur portable, il sera d'autant moins fondé à opérer un contrôle sur les connexions qui auraient pu être faites. Dans une décision du 28 mars 2003¹⁰⁴, la Cour d'appel de Versailles a rendu une décision mettant en garde l'employeur. Elle déclare qu'en « *autorisant M. G. à emporter l'ordinateur portable à son domicile, la société reconnaît nécessairement un usage privé de celui-ci* ». Dès lors, le salarié qui se connecte à Internet, depuis son domicile, à l'aide des TIC mis à sa disposition, pendant son temps de vie privée et familiale, ne peut pas se le faire reprocher, compte tenu du fait que l'employeur était parfaitement au courant de la situation. L'ordinateur portable mis à la disposition du salarié semble donc pouvoir être utilisé à des fins personnelles, en dehors des temps et des lieux de travail.

Notons cependant que les règles qui viennent d'être exposées ne sembleraient pas s'appliquer à tous les membres du personnel. En effet, dans une décision du 17 décembre 2001¹⁰⁵, une juridiction du second degré estime qu'il « *est dans la fonction des administrateurs de réseaux d'assurer le fonctionnement normal de ceux-ci ainsi que leur sécurité ce qui entraîne qu'ils aient accès aux messageries et à leur contenu, ne serait-ce que pour les débloquer ou éviter des démarches hostiles. Ils ont donc un accès courant au réseau sans avoir besoin d'une quelconque manoeuvre* ». De par leur fonction, les administrateurs ont accès à l'ensemble des informations relatives aux utilisateurs (messagerie, connexions Internet). Toutefois, la CNIL précise qu' « *aucune exploitation à des fins autres que celles liées au bon fonctionnement et à la sécurité [...] ne saurait être opérée, d'initiative ou sur ordre hiérarchique* »¹⁰⁶. Tenus au secret professionnel, ils ne doivent pas divulguer les informations auxquelles ils ont accès dans le cadre de leur fonction, en particulier lorsqu'elles sont couvertes par le secret de la correspondance ou relèvent de la vie privée.

¹⁰⁴ CA de Versailles du 28 mars 2003, M. G., sixième Ch. soc., arrêt n° 481, RG : 02/00046 (En l'espèce, un chef des ventes est licencié pour « *utilisation détournée et contraire au règlement intérieur de l'accès Internet : accès à des sites pornographiques, de nature à nuire à l'image de l'entreprise de la part d'un manager tenu de donner l'exemple, ayant une grande expérience : comportement contraire aux règles de gestion, de sécurité et au principe de probité* »).

¹⁰⁵ CA de Paris, 11^e Ch. Section A, 17 décembre 2001, Fermigier et a., n°0/07565.

¹⁰⁶ Rapport de la CNIL, « Cyber-surveillance des salariés sur les lieux travail ».

Si l'on cite le professeur Rivero¹⁰⁷, « *par contrat, le salarié met à la disposition de l'employeur sa force de travail, mais non sa personne* ». Nous venons de mettre en évidence que, dans le cadre des relations de travail, la personne du salarié préserve autour d'elle une « *bulle protectrice* », protégeant sa vie personnelle de toute intrusion. Afin d'en cerner l'étendue, il est intéressant de se pencher maintenant sur la nature juridique du concept de vie personnelle.

B. Peut-on classer le droit du salarié d'avoir une vie personnelle au travail ?

Né dans une société démocratique, l'individu bénéficie de droits et de libertés essentiels, à valeur constitutionnelle et législative. La vie personnelle du salarié est consacrée en 1992, parmi les « *droits* » et « *libertés* » de l'article L. 120-2 du Code du travail, suite à une évolution jurisprudentielle et légale progressive. Mais si son régime et son étendue ont été fixés, ce n'est pas le cas de sa qualification. Contrairement à la notion de vie privée, dont on sait qu'elle est une liberté publique, peut-on cataloguer la vie personnelle ? Constitue-t-elle un droit absolu du salarié **(1)** ? A défaut, qu'est-elle **(2)** ?

La vie personnelle est-elle un droit absolu du salarié ?

A première vue, la réponse est logique. Le positionnement de l'article L. 120-2, en tête du premier Livre du Code travail, nous permet de présupposer la volonté du législateur de faire une application large de cet article. Nous pouvons donc considérer que la vie personnelle est reconnue parmi les « *droits* » et « *libertés* » du salarié. Or, les termes mêmes de cet article indiquent qu'une restriction proportionnée et justifiée est envisageable. La vie personnelle est *a fortiori* concernée. En d'autres termes la lettre même de l'article qui protège la vie personnelle, prévoit sa relativité. Dès lors, nous pouvons affirmer que le droit pour le salarié d'exercer sa vie personnelle au travail n'est pas un droit absolu, mais un droit qui peut s'exercer dans les limites des contraintes engendrées par le travail subordonné. Ce n'est que si aucune restriction justifiée et proportionnée n'est prescrite, que le salarié, en tant qu'individu, sera libre de mener sa vie comme il l'entend, que ce soit à l'intérieur comme à l'extérieur de l'entreprise, individuellement ou collectivement, publiquement ou intimement¹⁰⁸.

En revanche, la parcelle de vie privée, semble obéir à un régime moins permissif. Elle est protégée non seulement par l'article L. 120-2, mais surtout par l'article 9 du Code civil, lequel

¹⁰⁷ Rivero, « Les libertés publiques dans l'entreprise ».

¹⁰⁸ Frayssinet (J.), « Nouvelles technologies et protection des libertés dans l'entreprise ».

n'envisage pas de limites, et fait de cette prérogative un véritable droit subjectif. C'est d'ailleurs ce que montre l'arrêt Nikon, qui recentre la jurisprudence sur la personne du salarié, titulaire de prérogatives juridiques subjectives. Pourtant, il est admis que les droits de la personnalité ne sont pas indisponibles, et que la frontière réside dans le consentement des intéressés¹⁰⁹. Dans le domaine du travail, ce droit pourrait être analysé par le prisme de l'article L. 120-2, lequel semble vouloir trouver un équilibre entre le respect des droits et libertés individuelles du salarié et les restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. L'article 8 de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) semble également poser quelques bornes. Dans son alinéa 2, il dispose qu'il « *ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays [...]* ». Ainsi, pour être recevables, les exceptions au respect de la vie privée doivent être légalement prévues.

Pour savoir si la vie personnelle est un droit absolu, on ne peut pas plus se fonder sur la motivation de l'arrêt Nikon. En effet, cet arrêt n'autorise pas le salarié à envoyer des mails personnels, mais interdit à l'employeur d'en consulter le contenu, alors même qu'il aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur¹¹⁰. En l'espèce, il ne s'agit pas de la vie personnelle du salarié dans sa globalité, mais seulement de son droit au respect de sa correspondance, fut-elle électronique. L'arrêt Nikon ne fait que redessiner les frontières de l'autorité de l'employeur, laquelle ne réside plus, à l'heure des TIC, aux frontières des locaux de l'entreprise. En affirmant que le salarié a droit, « *même au temps et au lieu de travail au respect de l'intimité de sa vie privée* », l'arrêt Nikon ne fait que rappeler que le salarié a un droit absolu au respect de ses correspondances. Son attendu ne nous permet pas d'étendre ses propos à la vie personnelle en général. Au même titre, si depuis les années 1990, la CEDH

¹⁰⁹ Cornu (G.), « Droit civil Introduction Les personnes - les biens ».

¹¹⁰ Lyon-Caen (G.), « Débat autour de l'arrêt Nikon France ».

consacre l'idée que le lieu de travail n'est pas exclusif du droit à la vie privée¹¹¹, ceci ne signifie pas pour autant que le salarié a un droit absolu à une vie personnelle au travail.

Cependant, à défaut de bénéficier de façon absolue, du droit à une vie personnelle au travail, le salarié peut exiger un droit « à la déconnexion »¹¹². Sur le fondement du respect de la vie privée, ce droit a été affirmé dans l'affaire Abram, le 2 octobre 2001¹¹³. La Haute juridiction déclare que « *le salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni obligé d'y transporter ses dossiers et ses instruments de travail* ». Si grâce aux TIC, le salarié peut travailler n'importe où, le domicile n'est pas un lieu comme les autres. En tant que « *sanctuaire de l'intimité de la vie privée* »¹¹⁴, toute modification qui y est apportée doit être précédée de l'accord exprès du salarié concerné. Depuis longtemps, la Cour de cassation cherche à endiguer cet empiètement, qui a commencé en 1987 avec la démocratisation des astreintes. D'une manière générale, elle est attentive à la charge globale de travail¹¹⁵, et n'hésite pas à sanctionner une disproportion qui révèle une obligation discrète mais réelle, transformant la présence du salarié à son propre domicile, en repos laborieux. Le développement de l'ubiquité du travail affecte le droit du travail, et se répercute sur la vie extra professionnelle. Sachant que l'on aura de moins en moins la possibilité de calculer le temps de travail, il est nécessaire de créer un « *droit à l'isolement* ». Il faut garantir un véritable droit au repos, continu et effectif. La déconnexion totale est une condition *sine qua*

¹¹¹ CEDH, 23 novembre 1992, Niemitz, Séries A n°251/B, §29 (« *Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables. Il paraît [...] n'y avoir aucune raison de principe de considérer [...] la notion de vie privée comme excluant les activités professionnelles ou commerciales : après tout, c'est dans le travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur* »); CEDH, 27 mai 1997, Goodwin et I. (La CEDH confirme qu'il ressort « *clairement de sa jurisprudence que les appels téléphoniques émanant de locaux professionnels, tout comme ceux provenant du domicile, peuvent se trouver compris dans la notion de 'vie privée' et de 'correspondances' visées par l'art. 8 al.1* »).

¹¹² Ray (J.- E.), « De la sub/ordination à la sub/organisation », *op. cit.*

¹¹³ Cass. soc. 2 octobre 2001, Abram, pourvoi n°99-42727 *op. cit.* (Un inspecteur divisionnaire, employé par la société Zurich assurances, exerçait ses fonctions dans un bureau situé dans les locaux de la société. Fermant ses locaux, la société avait invité M. Abram à équiper son domicile pour y traiter les communications professionnelles et y détenir ses dossiers).

¹¹⁴ Ray (J.- E.), « De la sub/ordination à la sub/organisation », *op. cit.*

¹¹⁵ Waquet (P.), « Le temps de repos » ; « Les objectifs » (« *Le recours aux objectifs peut être une méthode pour mettre en échec la réduction du temps de travail et l'émergence du temps de repos* »).

non de la déconnexion intellectuelle. A terme, la productivité et la fidélité des salariés n'en seront qu'améliorées.

La vie personnelle n'étant pas reconnue comme un droit absolu, on peut se demander dans quelle catégorie juridique la classer.

Si la vie personnelle n'est pas un droit absolu, qu'est-elle ?

Si on se réfère aux textes nationaux, plusieurs valeurs sont protégées. L'article 9 du Code civil protège la « *vie privée* », l'article 1^{er} de la loi du 6 janvier 1978 parle de l'« *identité humaine et les libertés individuelles et publiques* », l'article L. 120-2 du Code du travail utilise les expressions de « *droits des personnes* » et de « *libertés individuelles et collectives* », et l'alinéa 1 de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme fait référence à la « *vie privée et familiale* ». Nulle part dans ces textes protecteurs des droits et libertés fondamentaux, l'existence d'un droit absolu à une vie personnelle au travail n'est expressément mentionnée. Deux approches sont envisageables.

La première analyse tend à considérer que la « *vie personnelle* » constitue un droit du travailleur salarié, figurant parmi les libertés qui lui sont reconnues¹¹⁶. On pourrait partir du fait que la vie privée, coeur de la vie personnelle, étant reconnue comme une liberté publique par les publicistes¹¹⁷, les « *droits* » et « *libertés* » de l'article L. 120-2 la considèrerait de plein droit. Mais, la vie personnelle, qui n'est que l'extension de la vie privée, peut-elle être qualifiée de liberté civile, propre au travailleur subordonné, reconnue par l'article L. 120-2 du Code du travail ? A défaut, la vie personnelle pourrait-elle être identifiée en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République, puisque leur valeur constitutionnelle fait qu'ils sont également reconnus parmi les droits et libertés de l'article L. 120-2 ? Peut-elle au moins se rattacher à la liberté individuelle, définie par le Conseil constitutionnel¹¹⁸ ? Peut-on invoquer la décision du Conseil Constitutionnel, selon laquelle la liberté individuelle est celle qui « *consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* »¹¹⁹, et que dès lors, si la vie

¹¹⁶ Waquet (P.), « La vie personnelle du salarié », *op. cit.*

¹¹⁷ La vie privée est une liberté fondamentale protégée par la Constitution - CC du 23 juillet 1999, *op. cit.* - ce qui en fait une véritable liberté publique.

¹¹⁸ CC 12 janvier 1997, n° 76-75 D. 1978, 173, note Hamon (L.) et Leauté (J.).

¹¹⁹ CC 27 juillet 1994 : D. 1994, 233, note Mathieu ; v. art. 66 de la Constitution de 1958 qui proclame l'autorité judiciaire « *gardienne de la liberté individuelle* ».

personnelle du salarié ne nuit pas à l'entreprise, elle pourrait être considérée comme une liberté individuelle ?

La seconde approche consisterait à considérer que la vie personnelle regroupe une série d'actes et de comportements qui peuvent se rattacher à un droit ou une liberté de la personne, sans pour autant qu'il soit nécessaire de l'identifier à chaque fois¹²⁰. En sa faveur, nous pouvons rappeler l'affaire dite du « bermuda »¹²¹, dans laquelle, les juges n'ont pas qualifié le droit pour chacun, d'adopter une apparence et de se vêtir à sa guise. Dès lors, il pourrait exister certaines libertés qu'il n'est pas besoin, ou dangereux de cataloguer. Ainsi, la notion de vie personnelle au travail pourrait constituer un cadre d'accueil, permettant de désigner une liberté de comportement général.

Comme nous venons de le voir, les TIC ont permis à la vie personnelle de se déployer au temps et au lieu de travail. Pour autant, nous pouvons nous interroger, sur la mesure dans laquelle le salarié peut les utiliser à des fins personnelles.

§ 2. Dans quelle mesure les TIC peuvent-elles être utilisées par le salarié à des fins personnelles ?

Dans la limite des contraintes engendrées par le travail subordonné, le salarié n'abandonne plus sa vie personnelle aux portes de l'entreprise. Il peut utiliser les TIC de l'entreprise, pour l'exercer, au temps et au lieu de travail. En tant qu'individu, le salarié est libre de mener sa vie personnelle comme il l'entend¹²², mais peut-il en faire de même avec les outils professionnels d'information et de communication mis à sa disposition par l'employeur, dans le cadre de sa prestation de travail ? L'employeur peut-il interdire leur utilisation à titre personnel **(A)** ? Si l'employeur ne le peut pas, ou si tel n'est pas son choix, peut-il encadrer leur usage par le salarié **(B)** ?

¹²⁰ Waquet (P.), « La vie personnelle du salarié », *op. cit.*

¹²¹ Cass. soc. 28 mai 2003, Sagem, pourvoi n°02-40273 (En l'espèce, un salarié avait été licencié pour être venu travailler en bermuda et continuer les jours suivants apporter la même tenue vestimentaire).

¹²² Frayssinet (J.), « Nouvelles technologies et protection des libertés dans l'entreprise », *op. cit.*

A. La décision patronale d'interdire totalement l'utilisation personnelle des TIC est-elle opposable au salarié ?

En principe, le salarié étant sous la subordination juridique de l'employeur, il doit se consacrer exclusivement au travail qui lui est confié. L'employeur est-il pour autant en mesure de lui interdire formellement toute utilisation personnelle des TIC **(1)** ? Si légalement il en a le pouvoir, est-il opportun de mettre en œuvre une telle interdiction **(2)** ?

Une interdiction totale est juridiquement fondée ?

En d'autres termes, est-il légalement possible d'interdire l'utilisation non professionnelle des TIC, sans que cela ne porte atteinte à la vie personnelle du salarié ? Si l'interprétation *a contrario* de l'article L. 120-2 nous permet d'affirmer que la vie personnelle ne peut pas être totalement supprimée, puisqu'elle ne peut subir que des restrictions, l'une d'elles ne pourrait-elle pas consister en l'interdiction d'utiliser les TIC pour son exercice ? La réponse semble être affirmative, puisque plusieurs textes et décisions vont dans ce sens.

Dans un premier temps, on peut citer une réponse ministérielle du 8 février 1999¹²³. Elle met en évidence qu'aucune disposition législative ou réglementaire du Code du travail, n'autorise ou n'interdit au salarié de recevoir du courrier personnel dans l'entreprise. Elle précise que le règlement intérieur peut valablement interdire au salarié de ne pas se faire adresser de courrier personnel, sur son lieu de travail¹²⁴. Transposable au courrier électronique et autres TIC, qui comme le téléphone, le Minitel ou le télécopieur, sont des outils professionnels, l'employeur peut donc interdire l'utilisation personnelle des moyens informatiques de l'entreprise, sans contrevenir aux dispositions de l'article L. 120-2. En outre, cette possibilité ressort clairement de certaines décisions de jurisprudence, comme l'arrêt Nikon par exemple. Dans cet arrêt, qui par ailleurs a le mérite de s'inscrire dans la prise en compte des nouvelles technologies par le droit du travail, la chambre sociale considère que même si l'employeur peut interdire l'usage non professionnel de l'ordinateur, il « *ne peut [pas] prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à l'outil informatique* ».

¹²³ Réponse de Martine Aubry, en sa qualité de Ministre de l'emploi et de la solidarité à une question parlementaire - JOAN 15 novembre 1998, p. 6586.

¹²⁴ Entretien avec Mole (A.), « Débat autour de l'arrêt Nikon France », *op. cit.*

Dans un deuxième temps, cette même réponse ministérielle précise que si cette interdiction n'est pas respectée, le salarié responsable de la transgression pourra se voir appliquer des sanctions disciplinaires. L'employeur peut donc, non seulement interdire une utilisation personnelle, mais peut également en sanctionner les manquements. C'est pourquoi il est conseillé au salarié qui désire utiliser sa messagerie professionnelle à des fins personnelles, de préalablement en demander l'autorisation expresse. A défaut, la jurisprudence reconnaît qu'une telle utilisation peut constituer une faute disciplinaire, pouvant aller jusqu'au licenciement¹²⁵. Dans un arrêt Dujardin, du 14 mars 2000¹²⁶, la Cour de cassation a admis l'existence d'une faute grave, à l'encontre d'un salarié utilisant régulièrement le matériel de l'entreprise. Cette décision paraît transposable à Internet et la messagerie électronique car, dans son dernier attendu, la Cour fait référence au « *matériel de l'entreprise* », sans autres précisions.

Dans un troisième temps, il est utile de préciser que pour que cette interdiction totale ainsi que les sanctions qui l'accompagnent soient opposables aux salariés, elles doivent impérativement être mentionnées dans le règlement intérieur. En effet, comme il sera vu plus tard, conformément à l'article L. 122-34 du Code du travail, toutes les règles générales et permanentes relatives à la discipline, à la nature et à l'échelle des sanctions, doivent relever de cet acte réglementaire unilatéral. L'employeur n'a pas d'autre choix. S'il inscrit ces mesures dans une charte par exemple, l'interdiction générale et les sanctions prévues ne seraient pas coercitives.

En pratique, cette règle est délicate à mettre en œuvre, au moins autant que celle visant à interdire, durant les heures de travail, tout appel téléphonique personnel. Dès lors, on peut légitimement se demander si une telle décision est opportune.

¹²⁵ de Sevin (N.) et Herrmann (A.), « Les chartes Internet et le droit du travail ».

¹²⁶ Cass. soc. 14 mars 2000, Dujardin, pourvoi n°98-420-90 : JCP G, n°6 du 7 février 2001, p. 325 et suivantes, Jurisprudence II 10472 (Il s'agissait en l'espèce, d'un salarié qui travaillait dans une société de bourse, dont les conversations téléphoniques étaient enregistrées. Durant son temps de travail, il s'était livré à des jeux de hasard. Après avoir relevé que « *les salariés avaient été dûment avertis de ce que leurs conversations téléphoniques seraient écoutées* », le juge confirme la possibilité pour l'employeur de le sanctionner).

Une interdiction totale est-elle opportune ?

Pour savoir si la décision d'interdire totalement l'usage personnel des TIC est opportune, il convient avant toute chose de se demander si grâce à elle, l'employeur pourrait lire, détourner, supprimer, les messages électroniques personnels reçus ou envoyés par les salariés sans s'exposer aux sanctions de l'article 226-15 du nouveau Code pénal¹²⁷ ? En principe, si l'employeur commet de tels actes, et que le courrier dont il prend connaissance est clairement indiqué comme étant personnel, il est sanctionné. Toutefois, lorsque les salariés sont dûment informés de l'interdiction d'utiliser le courrier électronique à des fins personnelles, on peut se demander si l'élément intentionnel du délit est caractérisé. Dans un arrêt du 16 janvier 1992¹²⁸, la chambre criminelle considère que lorsque la correspondance est présumée à caractère professionnel, l'élément intentionnel est écarté. En revanche, le tribunal correctionnel de Paris décide dans un jugement du 2 novembre 2000¹²⁹, que les dispositions sur le secret de correspondances s'appliquent, comme à toute communication à distance. Dans ce jugement, l'interdiction faite aux salariés d'utiliser la messagerie électronique à des fins privées, ne peut justifier l'atteinte portée à la correspondance privée. Il faut néanmoins relativiser cette solution, puisqu'en l'espèce il n'est pas certain que le salarié ait bien été informé. En tout état de cause, la protection accordée aux mails personnels pourrait davantage inciter l'employeur à ne pas inscrire la tolérance d'un usage personnel. S'il le fait, il lui sera difficile d'exercer son pouvoir disciplinaire, puisqu'il n'aura pas la possibilité de contrôler ledit mail¹³⁰.

Dans son rapport de mars 2001¹³¹, Hubert Bouchet, vice-président délégué à la CNIL, est favorable à une interdiction de principe. Tout dépend de la politique informatique de l'entreprise, mais d'une manière générale, pour éviter que les TIC ne soient excessivement utilisées et qu'elles ne perturbent l'exécution de la prestation de travail, l'entreprise a intérêt à considérer officiellement, qu'Internet est un outil mis à la disposition des salariés pour une utilisation exclusivement professionnelle, et qu'il ne peut être utilisé à des fins personnelles

¹²⁷ de Sevin (N.) et Herrmann (A.), « Les chartes Internet et le droit du travail », *op. cit.*

¹²⁸ Cass. crim. 16 janvier 1992, pourvoi n° 88-85609 (Dans cette affaire, le supérieur hiérarchique avait ouvert trois lettres adressées à un salarié sur son lieu de travail avec la mention de son nom et de son appartenance à l'entreprise, mais sans indication du caractère privé de la correspondance), *op. cit.*

¹²⁹ TGI Paris 17^{ème} Ch. corr. 2 novembre 2000 Virieux, *op. cit.*

¹³⁰ CA de Nancy 1er mars 1999, Juris data 041078.

¹³¹ Bouchet (H.), « La cyber-surveillance des salariés dans l'entreprise », *op. cit.*

qu'exceptionnellement et raisonnablement. Sur ce point, il précise d'ailleurs qu'il serait intéressant de distinguer les lieux et les temps d'exécution du travail, de ceux de non travail, et recommande d'autoriser la navigation sur Internet, au moins en dehors des heures de travail. Jean Emmanuel Ray, Professeur à l'Université de Paris I, propose quant à lui, d'aménager des « *webcafet* », pour permettre aux salariés de développer une vie personnelle pendant le temps de pause¹³².

Bien que juridiquement fondée, la mesure interdisant totalement l'utilisation personnelle des TIC au travail, expose généralement celui qui la viole à une sanction disciplinaire. Or, en cas de contentieux disciplinaire, le juge apprécie les faits reprochés, pour déterminer si la sanction appliquée est justifiée et proportionnée. Si tel n'est pas le cas, il pourra, sauf s'il s'agit d'un licenciement, annuler la sanction. Dans les faits, ce constat revient à neutraliser l'interdiction. Dès lors, si l'employeur a expressément prévu que l'usage des TIC ne pouvait être que professionnel, et qu'il décide de sanctionner le salarié qui y a contrevenu, il devra appliquer la juste sanction, s'il ne veut pas la voir annuler par le juge.

Même si le rapport sus cité préconise, dans certains cas, une interdiction de principe, il nuance son propos. En effet, on peut lire que « *la solution du filtrage de certains sites paraît préférable à une interdiction absolue et de principe faite aux salariés de naviguer sur le Web* ». Cette solution est d'ailleurs reprise par Ariane Mole, avocate, qui estime que « *l'interdiction de principe d'utiliser la messagerie électronique à des fins non professionnelles paraît irréaliste et disproportionnée* »¹³³. En outre, une décision déjà citée¹³⁴ considère que lorsque l'employeur met à la disposition de ses salariés un ordinateur portable, qui par vocation n'est pas destiné à être exclusivement utilisé au bureau, il paraît peu évident de le sanctionner, s'il l'utilise sans autorisation à des fins personnelles en dehors du temps de travail et à son domicile.

Une interdiction totale de l'usage personnel des TIC risque, à terme, d'être anti productive. Certaines entreprises préfèrent donc appliquer une politique un peu plus permissive en encadrant, et en déterminant des règles d'usage¹³⁵.

¹³² Ray (J.-E.), « le droit du travail à l'épreuve des NTIC ».

¹³³ Entretien avec Mole (A.), « Débat autour de l'arrêt Nikon France », *op. cit.*

¹³⁴ CA de Versailles, 28 mars 2003, *op. cit.* - Ray (J.- E.), « Ennuis NTIC ».

¹³⁵ Antonmattéi (P.- H.), « NTIC et vie personnelle au travail », *op. cit.*

B. La décision patronale d'encadrer l'utilisation des TIC est-elle opposable au salarié?

Si l'entreprise choisit de permettre au salarié d'utiliser les TIC à des fins non professionnelles, elle doit également s'interroger sur les instruments et les règles d'organisation à retenir pour encadrer leur usage **(1)**. De son côté, le salarié qui use des TIC, à titre personnel, doit rester raisonnable **(2)**.

Le choix de l'instrument d'encadrement de l'usage des TIC par le salarié

L'introduction de nouvelles technologies nécessite que l'employeur adapte les règles de fonctionnement de l'entreprise¹³⁶. Dans cette situation, la question du choix de l'instrument se pose. Outre le règlement intérieur, l'employeur peut utiliser la charte ou conclure un accord avec les représentants élus ou désignés des salariés. Nous allons passer brièvement chacun de ces instruments en revue, pour déterminer celui ou ceux auxquels l'employeur peut ou doit recourir.

L'instrument privilégié du pouvoir réglementaire de l'employeur est le règlement intérieur. Or, par la loi du 4 août 1982 déjà citée, le législateur a expurgé du règlement intérieur tout ce qui ressortait du domaine du négociable. Depuis, dans les entreprises au moins égales à vingt salariés, l'article L. 122-34 du Code du travail dispose que « *le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement [...] la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité [...], les règles générales et permanentes relatives à la discipline et notamment la nature et l'échelle des sanctions [...]* ». Aucune autre matière que celles qui sont limitativement énumérées ne peut y figurer¹³⁷. A défaut, si des clauses consacrent des droits au profit des salariés, elles seront considérées comme des engagements unilatéraux¹³⁸ de l'employeur, qui le lient, tant qu'il ne les a pas dénoncées¹³⁹. Ainsi, lorsque l'employeur décide purement et simplement, d'interdire totalement au salarié l'usage des TIC à titre personnel, il n'y a pas de problème particulier. Constituant une mesure

¹³⁶ de Benalcazar (I.), « Nouvelles technologies et règlement intérieur ».

¹³⁷ S'agissant par exemple d'une clause obligeant les salariés à effectuer des grands déplacements, v. Cass. soc. 12 décembre 1990, Bull. civ. n°670 : RJS 2/91 n°176.

¹³⁸ Un engagement unilatéral créé des droits supplémentaires par rapport à la loi, à la convention collective ou au contrat de travail, au profit de l'ensemble des salariés.

¹³⁹ Cass. soc. 26 mai 1999, n°2143 P, RJS 7/99 n°916.

générale et permanente relative à la discipline, elle doit apparaître, avec l'échelle des sanctions, dans le règlement intérieur. Il est d'ailleurs généralement admis que relèvent du domaine de la discipline, les clauses interdisant d'utiliser le matériel de l'entreprise sans autorisation¹⁴⁰. L'accès privé à la messagerie électronique ou l'usage personnel d'Internet devrait logiquement pouvoir être également concernés. Inscrite dans le règlement intérieur, l'obligation de ne pas utiliser les TIC à titre personnel pourra, en cas de non respect, fonder l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Pour être opposable et, *a fortiori* sanctionnable, la règle bafouée doit figurer dans le règlement intérieur, et la procédure de mise en place qui lui est applicable doit avoir été respectée¹⁴¹.

Mais, l'utilisation croissante des TIC nécessite parfois que quelques règles d'utilisation pratiques soient définies, surtout lorsque le chef d'entreprise autorise son personnel à user occasionnellement des TIC à des fins personnelles. Pour fixer les règles de déontologie et de sécurité relatives à l'usage des outils informatiques, la CNIL recommande la rédaction de certains documents¹⁴², parmi lesquels on peut citer les chartes. Ce terme, qui signifie, en droit constitutionnel, « *acte de l'ancien droit qui accordait un titre ou un privilège* »¹⁴³, est sans connotation juridique particulière en droit du travail. Constituant des normes patronales atypiques, elles ne répondent souvent ni à la qualification de règlement intérieur, ni à celle d'accord collectif. Ces chartes ont généralement pour but de fixer des lignes de conduite, qui cumulent souvent des interdictions générales directes ou indirectes avec des règles d'usage pratique¹⁴⁴. On peut s'interroger sur la force obligatoire de ces chartes¹⁴⁵. Conformément à ce qui a été exposé plus avant, si les dispositions prohibitives ne sont pas reprises dans le règlement intérieur, ou annexées à celui-ci, elles ne seront pas opposables aux salariés¹⁴⁶, et

¹⁴⁰ Péliissier, Supiot, Jeammaud, « Droit du travail ».

¹⁴¹ Cf. L. 122-36 ; L. 122-39 du Code du travail principalement. Il faudra consulter le comité d'entreprise, puis l'envoyer un inspecteur du travail.

¹⁴² Favennec-Héry (F.), « Vie privée dans l'entreprise et à domicile ».

¹⁴³ Définition extraite du lexique « termes juridiques », D.

¹⁴⁴ Ces règles consistent généralement à encadrer l'utilisation personnelle des TIC : définition de règles d'accès aux ressources, information relative aux modalités de contrôle et de surveillance mises en place, rappel des règles de confidentialité des données et de la protection de l'intégrité du réseau – Cf. Liaisons soc. Quotidien du 25 janvier 2002, n°13571.

¹⁴⁵ Bérenguer-Guillon (J.) et Gallier (A.), « L'utilité des chartes déontologiques relatives à l'utilisation de l'outil informatique ».

¹⁴⁶ Supiot (A.), « La réglementation patronale de l'entreprise ».

constitueront des actes de gestion de caractère individuel¹⁴⁷. En vertu de l'article L. 122-34 du Code du travail, les règles d'usage pratique ne peuvent ni figurer, ni être adjointes au règlement intérieur. Cette situation conduit à une difficulté pratique, dans la mesure où la charte perd son unité formelle. Une partie doit être intégrée ou annexée au règlement intérieur, le restant ne pouvant apparaître que dans la charte. Mais, il vaut mieux rompre l'unité des sources, et prévoir ce qui est pure règle d'utilisation dans la charte, et ce qui ressort des interdictions et des sanctions dans le règlement intérieur, tout en veillant à ce que la dispersion des sources ne porte pas atteinte à la cohérence des outils de régulation¹⁴⁸. Enfin, la CNIL précise que, contrairement à ce que l'on pourrait penser, la rédaction unilatérale des chartes montre souvent un déséquilibre entre les prérogatives de l'employeur et les droits des salariés¹⁴⁹.

Il est également possible d'envisager la conclusion d'un accord collectif. Mais en pratique, on remarque l'employeur a rarement recours à cet instrument pour l'utilisation des TIC par les salariés. En effet, il n'y a pas lieu de discuter sur le fond de l'interdiction, ni sur l'application du pouvoir disciplinaire. De plus, il n'est pas certain que les dispositions conventionnelles apportent plus de garantie que les instruments unilatéraux sus exposés. En général, l'accord collectif contient les règles relatives à l'amélioration des conditions de la représentation des salariés¹⁵⁰.

Au-delà de la formalisation par écrit des modalités d'utilisation des TIC par les salariés, il serait intéressant de se pencher sur la nécessité d'élaborer des notes de procédures complémentaires, à l'attention des administrateurs réseaux notamment. Ainsi, les modalités, les finalités et les limites du contrôle des systèmes d'information pourraient être définies. Ce genre de document, permettrait d'indiquer clairement les cas dans lesquels seules les données globales de trafic peuvent être contrôlées, les situations dans lesquelles la surveillance peut être individualisée, et qui est habilité à requérir à ce genre de contrôle. Il serait également utile de préciser que les mails personnels ne doivent en aucun cas être ouverts¹⁵¹.

¹⁴⁷ CE 29 décembre 1995 : RJS 3/96 n° 283 (port d'un badge imposé au personnel) ; CE 12 novembre 1990 : RJS 2/91 n° 178 (note de service indiquant que le standard téléphonique ne passera plus de communication personnelle, qui constitue une information sur le fonctionnement d'un service général de l'entreprise).

¹⁴⁸ Entretien avec Mole (A.), « Débat autour de l'arrêt Nikon France », *op. cit.*

¹⁴⁹ Bouchet (H.), « La cyber-surveillance des salariés dans l'entreprise », *op.cit.*

¹⁵⁰ Liaisons soc. Quotidien du 25 janvier 2002, n°13571.

¹⁵¹ Entretien avec Mole (A.), « Débat autour de l'arrêt Nikon France », *op. cit.*

Précisons toutefois que finalement, plus que le type d'instrument juridique adopté, il importe que les conditions de fond soient respectées¹⁵². Posées par le législateur, et vérifiées *a posteriori* par le juge, elles sont déterminantes¹⁵³. Il faut également garder à l'esprit que la mise en place de règles d'utilisation, nécessite l'établissement de règles de contrôle. Plus l'interdiction est forte, plus le contrôle est important et risque de porter atteinte à la vie personnelle du salarié.

L'employeur peut valablement encadrer l'usage des TIC par le salarié. Mais, au-delà des règles formellement écrites, le salarié doit lui même respecter certaines limites. En effet, certains comportements pourront, sans règles préétablies, être sanctionnés, s'ils portent atteinte à l'intérêt de l'entreprise.

l) Les limites raisonnables de l'utilisation des TIC par le salarié

A l'instar des limites imposées à l'employeur, sur lesquelles il sera revenu plus en détail dans la seconde partie, le salarié ne peut pas utiliser les TIC à tort et à travers, sans se soucier des perturbations qu'il pourrait occasionner à la bonne marche de l'entreprise.

Tout en respectant sa vie personnelle, en vertu de l'article 1134 du Code civil¹⁵⁴, l'entreprise est en droit d'attendre du salarié qu'il exécute son contrat de travail dans le respect d'une obligation générale de loyauté. Pour ce faire, le subordonné doit utiliser les TIC mises à sa disposition conformément à leur destination. S'il installe un logiciel de jeu sur son poste de travail¹⁵⁵, il peut à juste titre être sanctionné. De plus, il doit passer son temps de travail à exécuter la tâche qui lui est confiée. S'il utilise son ordinateur pour rédiger son curriculum vitae¹⁵⁶, il pourra lui être reproché de s'être livré à une tâche sans rapport avec son activité. *A fortiori*, s'il utilise les logiciels ou le matériel de l'entreprise, pour poursuivre des buts

¹⁵² Cf. art. L. 120-2 du Code du travail.

¹⁵³ Favennec-Héry (F.), « Vie privée dans l'entreprise et à domicile », *op. cit.*

¹⁵⁴ L'art.1134 du Code civil dispose que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. [...] Elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

¹⁵⁵ CA de Paris, 25 novembre 1998, Bonino.

¹⁵⁶ CA de Versailles, 17 décembre 1993, 15^e chambre, Guilmant (Etablir un CV à l'aide du matériel informatique de l'entreprise et pendant les heures de travail constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement alors même qu'il n'est ni établi ni allégué que le salarié a eu le moindre retard dans l'exécution du travail lui incombant).

professionnels sans rapport avec cette dernière¹⁵⁷, les juges sont encore plus sévères. Tel a été le cas d'une sténo dactylo qui gérait, depuis son poste de travail, à l'aide des équipements informatiques de son employeur, sa propre société¹⁵⁸. En revanche, seul un abus manifeste, après mise en garde peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. Ainsi, même si l'attitude du salarié est fautive, lorsqu'il se connecte fréquemment à des sites pornographiques, son attitude n'est pas sanctionnable, si « *l'employeur, connaissait depuis neuf mois la réalité de cette utilisation, [et] n'avait pas rappelé les limites* »¹⁵⁹.

Ceci étant dit, il est évident que si le salarié multiplie les références au caractère personnel de ses messages ou fichiers, cela devrait attirer l'attention de l'employeur sur le caractère abusif de la situation, qui pourrait, sans prendre connaissance du contenu des messages, pouvoir démontrer qu'il détourne le temps contractuellement dédié au travail¹⁶⁰.

L'entreprise est également en droit d'attendre que le salarié ne lui nuise pas intentionnellement. Les juges sont très attentifs aux agissements des salariés qui provoquent la paralysie des ordinateurs et *a fortiori* de l'activité de l'entreprise. Dès lors, commet une faute lourde, celui qui cause volontairement un blocage généralisé des ordinateurs, en refusant de communiquer à son successeur la procédure d'accès au « système informatique »¹⁶¹ qu'il avait lui-même mis en place¹⁶². De même, le licenciement d'un informaticien qui, pour se venger, avait tenté de détruire les « programmes informatiques »¹⁶³ sur lesquels il n'avait aucun droit

¹⁵⁷ CA d'Agen, 2 février 1999, Marty (Les juges reconnaissent que l'utilisation d'un logiciel de l'entreprise pour son compte personnel et à l'insu de l'entreprise est susceptible de caractériser une rupture du contrat pour faute grave) ; CA de Versailles, 14 octobre 1998, Société Union d'Expertise Comptable (Utilisation par un expert-comptable du matériel informatique et des logiciels du cabinet qui l'emploie, pour des travaux à destination d'entreprises non clientes).

¹⁵⁸ CA de Bordeaux, Ch. soc. 10 juin 2002, Juris Data n° 2002-184292, CCE, juillet août 2003, p. 39, note Lepage (A.).

¹⁵⁹ CA de Paris, 16 novembre 2001 : Juris data n° 164694, absence de faute malgré la connexion fréquente sur des sites pornographiques, « *l'employeur, qui connaissait depuis neuf mois la réalité de cette utilisation, n'avait rappelé les limites* ».

¹⁶⁰ Mole (A.), « Mails personnels et responsabilités : Quelles frontières ? », *op. cit.*

¹⁶¹ Un « système informatique » est tout aussi bien un logiciel qu'un matériel, ou le couple matériel/logiciel, ou encore un ensemble de matériels et/ou de logiciels. S'il s'agit du logiciel, on parle du système d'exploitation qui est le programme qui permet de faire fonctionner l'ordinateur, en mettant à disposition de l'utilisateur des fonctions de base les plus courantes. Si l'on parle du matériel, c'est pour désigner non seulement l'unité centrale mais aussi ses périphériques (imprimante, disque dur, lecteur de disquettes...).

¹⁶² CA de Paris, 25 mars 1992, 22e chambre A, SA Laboratoire Ardeval.

de propriété, a été validé¹⁶⁴. En revanche, soucieux de ne pas reprocher aux salariés profanes des manquements involontaires, les juges du second degré de Rouen ont jugé infondé, le licenciement d'un comptable pour une destruction involontaire de fichiers informatiques, qui avaient ensuite pu rapidement être récupérés¹⁶⁵. En revanche, si la même erreur est commise par un informaticien, les juges sont plus sévères. A son propos, ils estiment que sa fonction lui incombe de prendre les mesures nécessaires pour éviter ce genre de désagrément¹⁶⁶.

Sans vouloir se soustraire au travail, ou nuire à l'entreprise, le salarié averti ne doit pas plus, par l'intermédiaire de la connexion Intranet, accéder à des informations confidentielles propres à l'entreprise. Si le salarié viole cette obligation, son comportement sera analysé comme fautif, mais pourra-t-il pour autant constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement ? La situation doit être appréciée au cas par cas, mais le juge pourra, comme il l'a fait en matière de perte de confiance, exiger des éléments objectifs supplémentaires¹⁶⁷, tels que la communication de ces informations à des tiers par exemple. En revanche, est beaucoup plus grave, le comportement du salarié qui, par la manipulation du système informatique, a accès à des données relatives aux autres salariés¹⁶⁸. Dans ce cas, à la faute commise, s'ajoute une atteinte à la vie privée. Ainsi, une juridiction du second degré a qualifié de faute grave, la tentative d'une secrétaire responsable informatique, qui voulait entrer dans le programme de paie de l'entreprise¹⁶⁹. Sans compter que, selon Stéphane Darmaisin¹⁷⁰, Docteur en droit, chargé de cours à l'Université de Montpellier I, les articles 321-1 et suivants du nouveau Code pénal permettent d'incriminer toute personne qui accède ou se maintient frauduleusement dans un système de traitement automatisé de l'information. Ces textes sont également applicables,

¹⁶³ On entend par « programme informatique », une suite d'instructions permettant de réaliser une ou plusieurs tâches, de résoudre un problème, ou de manipuler des données. Le programme est l'expression d'un algorithme dans un langage donné pour une machine donnée.

¹⁶⁴ CA de Versailles, 20 décembre 1991, 15e chambre, SA Laboratoire UPSA.

¹⁶⁵ CA de Rouen 4 juin 1996, ch. soc. SA cabinet Lecompte Jouveaux.

¹⁶⁶ CA de Paris, 9 octobre 1991, 31e Ch. C., Maire (L'omission pour un chef de projet informatique de prendre toutes les mesures de sauvegarde et de sécurité requises dans les services informatiques constitue une faute grave).

¹⁶⁷ Cass. soc. 14 janvier 1998, Serro, pourvoi n°96-40165, Bull. civ. n°14 (« *Le seul grief de perte de confiance [...] ne constituait pas, en l'absence d'énonciation d'éléments objectifs, l'énoncé d'un motif matériellement vérifiable* »).

¹⁶⁸ Darmaisin (S.), « L'ordinateur, l'employeur et le salarié », *op. cit.*

¹⁶⁹ CA de Douai, 22 septembre 1989, Verreuille.

¹⁷⁰ Darmaisin (S.), « L'ordinateur, l'employeur et le salarié », *op. cit.*

si le salarié entrave ou fausse le fonctionnement d'un tel système, ou s'il introduit frauduleusement, modifie ou déplace des données.

De même, il peut arriver que l'intérêt de l'entreprise soit atteint par un fait de vie personnelle non fautif du salarié. Il est difficile de trouver des exemples de jurisprudence, dans lesquels le trouble causé objectivement à l'entreprise, a été réalisé au moyen de l'utilisation des TIC. Mais, il est certain que les manifestations évidentes de vie privée d'un salarié peuvent être à l'origine d'un « *trouble caractérisé au sein de l'entreprise* »¹⁷¹. Contrairement à ce qui a été exposé ci dessus, le salarié ne commettant, dans ce cas, aucune faute, seul un licenciement non disciplinaire serait envisageable

Grâce aux TIC, le salarié dispose de plus de modes de preuve, mais il ne doit pas se placer dans l'illégalité pour les obtenir¹⁷². Même si la soustraction de documents, de fichiers ou d'autres sources d'information est facilitée par les technologies, le salarié commet une faute lourde, s'il cache un micro dans le bureau de son directeur, pour écouter ses conversations¹⁷³. De même, « *l'installation d'un système d'écoute clandestin permettant de capter des conversations tenues par les membres de l'entreprise ou des tiers constitue une faute grave, peu important l'utilisation que l'intéressé ait entendu en faire* »¹⁷⁴. En revanche, un salarié peut produire en justice « *des documents contenant des informations dont les membres du personnel pouvaient avoir normalement connaissance* »¹⁷⁵. Dès lors, il peut être

¹⁷¹ Cass. soc. 3 décembre 2002, pourvoi n°00-44321 (Dans un hypermarché relevant de son secteur de prospection, un salarié avait franchi la ligne de caisses sans régler le prix d'un article, qu'il avait dissimulé après en avoir neutralisé à l'alarme. La Cour décide que « *les agissements de M. X. avaient nuit gravement à la réputation de l'employeur [...] bien qu'étrangers à l'exercice de ses activités professionnelles, [son comportement] avait créé un trouble caractérisé au sein de l'entreprise* », justifiant son licenciement).

¹⁷² Ray (J.- E.), « *Le droit de la preuve à l'épreuve des NTIC* ».

¹⁷³ Cass. soc. 3 février 1993, Stroisch, pourvoi n°90-43642 (Un dessinateur industriel, qui avait la qualité de représentant du personnel, est licencié pour avoir sciemment couvert l'utilisation de micros clandestins installés dans le bureau du directeur. Les juges ont retenu « *l'intention du salarié de nuire à l'employeur ou à l'entreprise [et ont admis qu'il puisse lui être reproché] une faute lourde* »).

¹⁷⁴ Cass. soc. 5 janvier 1995, Société Ordina, pourvoi n°91-41911 (Le directeur général d'une société avait enregistré certaines conversations téléphoniques qu'il avait eues soit avec des collaborateurs intérieurs ou extérieurs à l'entreprise, soit avec des membres de sa famille).

¹⁷⁵ Cass. soc. 2 décembre 1998, Fdida, pourvoi n° 96-44258 (Au visa de l'art. 1315 du Code civil, « *attendu que le salarié peut produire en justice, pour assurer sa défense [...] les documents de l'entreprise dont il a la connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions* » la Cour de cassation décide que le salarié pouvait produire les documents contenant « *des informations dont les membres du personnel pouvaient avoir normalement connaissance* »).

admis que le salarié puisse imprimer des mails ou le contenu des pages Intranet accessibles à tous, en vue d'assurer sa défense lors d'un éventuel contentieux, qui l'opposerait à son employeur. L'évolution des TIC ayant banalisé l'usage des « courriels »¹⁷⁶, le risque corollaire est de voir les traces écrites se multiplier. Les entreprises ne doivent pas mettre en ligne des informations qu'elles ne voudraient pas voir produites lors d'une instance. Elles doivent également sensibiliser la hiérarchie aux précautions à prendre, dans la rédaction de leurs mails quotidiens.

D'une façon générale, on peut retenir que si une certaine tolérance est admise¹⁷⁷, les TIC mis à la disposition du salarié, dans le cadre de l'exécution de ses obligations contractuelles, doivent conserver une vocation professionnelle. Le caractère répétitif d'un comportement abusif, son temps ou sa durée pourrait légitimer une sanction.

Nous venons de mettre en évidence que les TIC ont permis au salarié, dans le respect de certaines règles, d'asseoir sa vie personnelle au travail. Mais, les TIC sont une « arme à double tranchant ». Dans une seconde partie, nous allons analyser comment elles peuvent se mettre au service de l'employeur, et risquer de porter atteinte au respect de la vie personnelle du salarié. Les questions soulevées par l'utilisation des TIC dans l'entreprise ne se limitent pas à la détermination du champ d'action possible du salarié, elles concernent également la détermination des risques d'atteinte à sa vie personnelle.

Les TIC favorisent les atteintes à la vie personnelle du salarié

Selon Jean Frayssinet, Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Aix-Marseille III, « *il serait excessif d'attribuer aux nouvelles technologies l'exclusivité des atteintes aux libertés [même si], elles jouent un rôle de révélateur de risques et de pratiques liberticides anciennes* »¹⁷⁸. L'utilisation généralisée des TIC dans l'entreprise, soulève des inquiétudes,

¹⁷⁶ « Courriel » est la traduction française de « mail ».

¹⁷⁷ CA de Versailles, 27 mars 2001, 1^{ère} espèce, 15^{ème} ch. soc., SA Cere.

¹⁷⁸ Frayssinet (J.), « Nouvelles technologies et protection des libertés dans l'entreprise », *op. cit.*

notamment en terme de contrôle par l'employeur, de l'activité des salariés. Exploitées par l'entreprise, les TIC permettent en effet de contrôler au plus près l'activité des salariés. Ceci pouvant annihiler la frontière fondamentale qui sépare la sphère professionnelle, dans laquelle l'entreprise a nécessairement vocation à s'insérer, et la sphère personnelle, « sanctuaire » en principe inviolable, nous nous interrogerons sur la légitimité du pouvoir de contrôle de l'employeur (§1). Nous nous emploierons ensuite à déterminer dans quelle mesure ce contrôle peut effectivement s'exercer (§2).

§ 3. L'employeur a-t-il légitimement le droit de contrôler l'activité du salarié ?

Pour mieux saisir l'étendue des risques qui peuvent atteindre le respect de la vie personnelle du salarié, il est nécessaire de faire un état de la technologie pouvant être utilisée à des fins de contrôle par l'employeur (A). Nous nous attacherons ensuite à analyser les fondements qui pourraient légitimer sa volonté de contrôler l'activité des salariés (B).

A. L'omniprésence du contrôle grâce aux TIC

Dans un premier temps, il est nécessaire de dresser le panorama des outils techniques utilisés dans l'entreprise (1). Cette démonstration nous permettra, dans un second temps, d'expliquer en quoi les TIC démultiplient les risques intrusifs dans la vie personnelle du salarié (2).

Panorama des outils techniques exploitables : une cyber-surveillance en sommeil

Si on analyse l'ensemble des TIC dont dispose l'employeur¹⁷⁹, et que l'on opère une distinction selon leur finalité première, on remarque qu'il existe deux grandes catégories. On retrouve d'un côté les techniques qui permettent d'assurer la sécurité du réseau, et de l'autre celles qui facilitent l'exécution de la prestation de travail. Pour chacune d'elle, nous montrerons qu'un double emploi peut se cacher, par l'intermédiaire duquel le contrôle de l'activité ou de l'inactivité des salariés peut être effectué. C'est ce que l'on appelle communément la « cyber-surveillance ».

¹⁷⁹ Bouchet (H.), « La cyber-surveillance des salariés dans l'entreprise », *op.cit.*

Toutes les technologies qui vont être exposées sont issues de la troisième génération de TIC¹⁸⁰. Elles fonctionnent sur la base d'un « réseau informatique », au moyen duquel la majorité des entreprises communiquent. Pour mieux comprendre les explications techniques qui vont suivre, il est nécessaire de préalablement définir ce terme. Un réseau est un système par lequel des ordinateurs géographiquement éloignés les uns des autres, sont interconnectés au moyen des télécommunications. Il permet de relier les sites informatiques centraux aux postes de travail. Cette précision apportée, nous allons maintenant expliciter en quoi consistent vraiment les techniques en réseau.

En ce qui concerne tout d'abord les outils techniques de surveillance qui permettent d'assurer la sécurité du réseau¹⁸¹, nous pouvons dire qu'ils sont généralement installés et maintenus par un salarié appelé « gestionnaire de réseau ». Sa fonction principale est de le surveiller pour détecter, les pannes éventuelles, les engorgements et répartir les charges. Pour ce faire, il se sert d'un logiciel de surveillance, qu'il paramètre pour collecter des informations sur les points sensibles. Une fois les données collectées traitées, les résultats sont soit affichés en temps réel, soit stockés dans des fichiers de traces, dits « fichiers log », pour être ultérieurement analysés. Il existe plusieurs niveaux de traçage. Le premier consiste à mémoriser tout ce qui entre et sort de l'ordinateur par la voie du réseau. Il permet de rechercher les causes de « bogues »¹⁸² de logiciels et de mauvaises performances du système. Le deuxième est plus élaboré. Constitué d'un moniteur transactionnel, il génère ses propres fichiers de traces, dont la lecture est plus facilement exploitable et inductive. Le dernier niveau permet, quant à lui, de tracer systématiquement l'activité des utilisateurs, dans une application donnée. Le degré de technicité de ces outils est très variable. Il peut permettre de mesurer les débits, de surveiller simultanément plusieurs « routeurs »¹⁸³, ou sont encore plus précis, et permettent de savoir qui s'est connecté, à quel site, à quelle heure...

¹⁸⁰ Nous expliquerons plus tard quelles ont été les première et deuxième générations.

¹⁸¹ Bouchet (H.), « La cyber-surveillance des salariés dans l'entreprise », *op.cit.*

¹⁸² Un « bogue » est une erreur de programmation qui provoque généralement l'instabilité, voire l'arrêt brutal du système. En anglais, ce mot signifie « cafard » ou « punaise ». Au temps des premiers ordinateurs, ces petits insectes avaient la fâcheuse habitude de s'introduire dans le matériel, ce qui provoquait des courts-circuits ou bloquait certains mécanismes.

¹⁸³ Un « routeur » est un dispositif matériel ou logiciel permettant de diriger les messages vers le bon destinataire, dans un réseau.

Si le réseau est accessible à partir d'Internet, il doit également se protéger contre les attaques extérieures. Un système de pare-feu, dit « firewall »¹⁸⁴ peut être mis en place. À l'instar des logiciels de surveillance, les techniques utilisées sont diverses. Il peut s'agir de filtrer les communications, d'authentifier les personnes qui veulent se connecter par un système de « login »¹⁸⁵, de crypter les données envoyées, de masquer les « adresses IP »¹⁸⁶ pour éviter qu'une machine extérieure ne dialogue avec une machine interne.... En général, les pare-feu sont paramétrés de telle sorte à autoriser le trafic sortant de l'entreprise, même s'il peut contenir des données confidentielles, et à restreindre le trafic entrant, lequel peut contenir des virus. [Pour les entreprises installées sur plusieurs secteurs géographiquement distants, le réseau privé virtuel « Extranet »¹⁸⁷ permet d'établir des « tunnels de communication confidentiels »¹⁸⁸ entre les interlocuteurs]. Installé pour protéger l'entreprise contre les agressions extérieures, le pare-feu évite les connexions inappropriées. Sa capacité à collecter et à analyser une masse énorme de données sur l'utilisation d'Internet, lui permet de conserver les traces de l'activité qui transite par lui. Dès lors, les détails de la navigation sur Internet et des messages envoyés et reçus, sont mémorisés. Ainsi, il peut devenir le meilleur « espion de l'activité Internet ». Système introduit dès 1998 en Europe, les employeurs prennent en compte les qualités de sécurité qu'il offre, mais s'intéressent de plus en plus aux fonctions associées de surveillance de l'activité des salariés.

Lorsque le réseau est connecté à Internet, la CNIL préconise de mettre en place des fichiers de journalisation¹⁸⁹. Ces fichiers permettent d'identifier et d'enregistrer toutes les connexions à un système automatisé d'information, pour garantir une utilisation normale des ressources dudit système. Ce mécanisme de sécurité peut être couplé à un traitement automatisé d'informations nominatives tel qu'un « proxy »¹⁹⁰ ou un pare-feu, ou à un logiciel d'analyse des différents

¹⁸⁴ Un « firewall » est une barrière permettant d'isoler un ordinateur d'un réseau, tout en ne le débranchant pas totalement.

¹⁸⁵ Un « login » est une procédure de connexion sur un système (hôte), en général protégé par un mot de passe

¹⁸⁶ Une « adresse IP » est l'identifiant d'une machine sur Internet, lorsque le « protocole IP » est utilisé. Un « protocole IP » est un mode de transmission utilisé par Internet

¹⁸⁷ Un « Extranet » consiste en l'utilisation de l'Internet par une organisation, qui profite du réseau des réseaux pour interconnecter ses différents constituants.

¹⁸⁸ Bouchet (H.), « La cyber-surveillance des salariés dans l'entreprise », *op.cit.*

¹⁸⁹ Liaisons soc. Quotidien du 13 février 2002, « Nouvelles recommandations de la CNIL sur la cyber-surveillance au travail ».

¹⁹⁰ Un « proxy » est un serveur recevant des requêtes qui ne lui sont pas destinées, et qui les transmet aux autres serveurs. Cela permet à quelqu'un qui se trouve derrière un « firewall » d'avoir accès à des ressources sans prendre de risques. Le proxy est intelligent. Quand il reçoit une requête, il stocke le résultat. Si la même requête

journaux. Cette configuration permettant de collecter des informations individuelles poste par poste, elle devra faire l'objet d'une information des salariés et d'une déclaration auprès de la CNIL.

En outre, dans un souci de réactivité, lorsque le parc de terminaux est important et/ou géographiquement dispersé, les entreprises peuvent recourir à des logiciels de télémaintenance des postes de travail. Ces logiciels permettent, en temps réel et à distance, de connaître et de corriger tous les gestes qu'un utilisateur est en train d'accomplir sur son poste de travail. Le principe de fonctionnement est simple. Un logiciel est installé sur chaque poste de travail à surveiller et permet d'intercepter toutes les opérations déclenchées. Des logiciels plus sophistiqués permettent même aux informaticiens de prendre le contrôle du poste de travail du salarié. Ils peuvent aussi permettre de corriger instantanément, et sans déplacement, les pannes et autres mauvaises manipulations. Mais, leur utilisation peut également générer des problèmes. En effet, un informaticien mal intentionné pourrait manipuler les fichiers sur l'ordinateur « client », sans que celui-ci ne s'en rende compte.

Enfin, il faut savoir que lorsque les salariés ont accès à Internet, s'ils communiquent sur des « newsgroups »¹⁹¹, l'employeur mal intentionné pourrait se servir d'un des messages envoyés, pour connaître et récupérer toutes les autres interventions faites par le salarié, sur les autres forums. Or, grâce à cette manipulation il peut obtenir un profil précis des centres d'intérêt du salarié.

En ce qui concerne, ensuite, les TIC qui facilitent et améliorent la circulation des informations au sein du réseau, le premier d'entre eux est l'ordinateur. Formidable outil mis à la disposition quotidienne du salarié, le poste de travail peut se révéler être un véritable mouchard. Il peut donner accès à l'employeur à une mine d'informations. Sa configuration basique et sa mémoire lui permettent de retrouver tout ce qui a été fait par la machine, y compris en cas de suppression ou de perte fortuite de fichiers. Dès lors, sans manipulation compliquée, il est aisé de retrouver l'heure de la dernière modification d'un fichier quel qu'il soit, les messages envoyés et reçus, les sites Internet visités... En plus de cette fonction de base, des logiciels peuvent être installés, aux fins de récupérer les fichiers effacés, invisibles pour l'utilisateur, mais toujours présents sur le disque dur. Même si le salarié averti peut

lui est à nouveau envoyée, il vérifie que le résultat n'a pas été modifié et renvoie celui qu'il a « déjà sous la main », à celui qui a fait la requête.

¹⁹¹ « Newsgroup » est un synonyme de « forum de discussion ».

télécharger des programmes « anti-flicage »¹⁹², pour voir si son ordinateur a été utilisé en son absence, il lui est très difficile de lutter face à l'ampleur des traces laissées.

De même, des logiciels de gestion du travail de groupe sont entrés dans le monde de l'entreprise pour lui permettre d'optimiser la gestion de ses dossiers, et d'automatiser la circulation des documents, par modélisation des procédures de travail. Ainsi, l'entreprise peut contrôler et suivre l'état d'avancement des dossiers en cours. Elle peut également mesurer et optimiser les coûts. À partir d'un besoin légitime de l'entreprise, ces logiciels de « work-flow »¹⁹³ peuvent être utilisés afin de suivre en temps réel, l'activité des salariés, et d'établir un profilage implicite de leur activité.

Lorsque l'ordinateur est connecté à l'Internet, sa « *mémoire cache* » lui permet d'optimiser les temps de chargement et de désengorger le réseau. Pour pouvoir afficher plus rapidement ce qui a été précédemment visualisé, il mémorise les pages visitées et enregistre les informations qui lui sont envoyées par les sites. Son principe de fonctionnement est simple. Sa capacité de mémorisation lui permet d'éviter de solliciter inutilement les serveurs distants des sites Web, quand le salarié consulte fréquemment les mêmes pages. La mémoire cache mémorise les informations dans l'ordinateur de l'utilisateur. Lorsque l'internaute lance une requête, le navigateur va d'abord voir sur le disque dur. Si la page demandée n'y est pas chargée, il effectue une requête auprès du proxy, et en dernier lieu, auprès du serveur distant. Lorsque le résultat arrive, il est enregistré sur le disque dur. Si la même requête est demandée lors d'une nouvelle connexion, le serveur ira seulement lire sur le disque dur. Une fois enregistrées, ces informations sont stockées dans l'arborescence du disque, dans un dossier système appelé « Temporary Internet Files ». Si le salarié ne pense pas à les effacer régulièrement, l'employeur pourra y avoir accès. Pour aborder en quelques points les possibilités techniques offertes par les serveurs proxy, auxquels nous venons de faire référence, il faut tout d'abord préciser que, contrairement à la mémoire cache, il est un serveur externe. Sa fonction première, est en revanche similaire. Elle consiste à mémoriser les pages Web déjà lues, pour permettre une connexion rapide. Chaque demande de consultation est donc précédée d'une requête vers ce serveur, pour savoir s'il ne détient pas une copie, ou si la page n'a pas été modifiée depuis la dernière visite. Le serveur proxy connaissant l'adresse IP des internautes à qui il doit envoyer la page Web, l'entreprise pourrait profiter de cette fonction pour surveiller l'utilisation d'Internet par ses salariés. Ce constat doit néanmoins être relativisé car la plupart

¹⁹² Le logiciel « Redhand » par exemple, rend compte de toutes les manipulations effectuées par une autre personne que l'utilisateur habituel.

¹⁹³ Un logiciel de « work-flow » permet d'étudier les flux d'information dans une organisation, afin de savoir qui fait quoi, comment, avec quelles informations, de formaliser le travail et le fonctionnement d'une organisation.

de ces serveurs sont hébergés hors de l'entreprise, chez le fournisseur d'accès. De même, au prix d'une baisse des performances, le salarié peut renoncer à l'usage du proxy, en décrochant l'option proxy de son serveur.

Au cours de sa navigation sur Internet, le serveur visité peut également enregistrer sur le poste de travail, des « cookies »¹⁹⁴. Ces fichiers permettent au site Web de faire un suivi des internautes qui le consultent, pour leur apporter de l'aide, les tracer, ou établir un profil de leur comportement. Seul le serveur qui crée le cookie peut le relire, le modifier ultérieurement et en exploiter le contenu. Mais, si son contenu n'est pas codifié, l'employeur peut y lire ces renseignements, et savoir ce que son employé a fait durant ses navigations sur la toile. Là encore, une fonction intrinsèque de l'ordinateur lui permet d'accéder simplement à ces informations. Il suffit de passer par l'affichage du « volet d'exploration historique » situé sur la fenêtre du navigateur.

Le salarié peut également vouloir utiliser la messagerie électronique de l'entreprise, pour communiquer à travers l'envoi et la réception de messages écrits identifiés par une adresse « e-mail »¹⁹⁵. Ce nouveau mode de communication est pratique, rapide et peu coûteux. En revanche, installé sur l'ordinateur, il stocke tous les messages envoyés et reçus. Le degré de transparence du salarié va alors dépendre de deux choses. En premier lieu, il sera fonction du mode de raccordement choisi par l'entreprise. En effet, les messages peuvent être acheminés par le réseau téléphonique habituel, à l'aide d'un modem, par le réseau local de l'entreprise, à l'aide de son propre serveur, ou par les services offerts sur le Web par l'intermédiaire des sites spécialisés. Le choix entre ces trois possibilités n'est pas sans conséquence sur les possibilités de contrôle offertes à l'employeur. Lorsque le message circule par le réseau téléphonique à l'aide d'un modem, il n'y a aucun moyen technique simple pour l'entreprise de les intercepter. Lorsque le message emprunte le réseau local de l'entreprise, celui-ci laisse des traces sur le serveur où sont stockés les messages, ou sur le pare-feu qui les filtre. Si le message est acheminé par les services de sites spécialisés, la messagerie échappe au contrôle de l'entreprise et aux outils de sécurisation. C'est la raison pour laquelle la possibilité pour les salariés d'utiliser ce type de messagerie est souvent interdite par l'entreprise. En second lieu,

¹⁹⁴ Les « cookies » sont le plus souvent diffusés à l'insu des visiteurs et viennent s'installer automatiquement dans un répertoire du navigateur prévu à cet effet. Lorsque l'utilisateur se rend une deuxième fois sur le même site, il est reconnu grâce à un identifiant unique.

¹⁹⁵ Une adresse « e-mail », ou « adresse électronique », est un code au moyen duquel l'Internet vous identifie et vous permet de recevoir du courrier électronique. Elle se présente généralement sous la forme utilisateur@site.pays, où « utilisateur » représente votre nom d'utilisateur, « site » représente le nom de la machine sur laquelle est ouvert votre compte utilisateur et « pays » est un code de nationalité.

la transparence du salarié va dépendre de son niveau de maîtrise du fonctionnement de la messagerie. En effet, pour supprimer un message sur un ordinateur, deux opérations doivent être successivement effectuées. La première consiste à supprimer le message de la boîte à lettres active dite de « réception », pour le message reçu, ou de la boîte dite d' « envoi », pour les messages envoyés. La seconde opération consiste à supprimer le message du fichier « poubelle », dans lequel il a été stocké après la première opération. Mais, si une sauvegarde des données existe par ailleurs, ces deux opérations sont vaines. Il est donc essentiel que le salarié soit informé de l'existence d'une sauvegarde, et de la durée pendant laquelle les données y sont conservées.

Après avoir énuméré les TIC que l'entreprise peut potentiellement utiliser à des fins de contrôle de l'activité du salarié, il convient d'explicitier en quoi elles offrent des moyens de surveillance qui risquent de porter une atteinte démultipliée à la vie personnelle.

Risque intrusif démultiplié : la vie personnelle du salarié plus exposée

Les techniques en réseaux, qui sont à l'heure actuelle communément employées par les entreprises, sont issues d'une évolution qui s'est déroulée en trois phases. Dans son article intitulé « *À l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et les salariés* »¹⁹⁶, Hubert Bouchet en fait état. Il explicite en quoi les générations de TIC qui se sont succédées, ont connu des applications majeures, qui ont affecté les rapports individuels et collectifs de travail. Selon lui, la première génération est celle du calcul et de l'automatisation, grâce à l'ordinateur. Ces machines sont essentiellement conçues pour relayer l'être humain, et le remplacer dans des tâches sommaires d'abord, puis de plus en plus complexes. Un contremaître, personne physique repérable, est chargé de contrôler la présence physique des salariés sur leur lieu de travail, lorsqu'ils sont en activité. La mécanisation permettant de réduire les effectifs de main-d'œuvre, des pratiques de négociation et de régulation sont mises en œuvre, pour faire valoir et préserver les droits des salariés. La deuxième génération ajoute à la précédente, des fonctionnalités de surveillance et de contrôle (badges d'accès, autocommutateurs, caméras de vidéosurveillance...). Elle permet de vérifier la présence des salariés et de mesurer la productivité du travail réalisé. Devenu « *électronique* », le contremaître ne laisse rien passer. Dénué de capacité d'appréciation instantanée, il travaille de façon systématique. À l'instar des techniques de la génération précédente, celles de la seconde

¹⁹⁶ Bouchet (H.), « A l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié », *op.cit.*

sont entrées dans le champ de la négociation collective, pour rechercher un équilibre respectant chaque partie. La troisième génération, est celle dans laquelle nous sommes. De nouvelles fonctionnalités permettent d'aller plus loin. Les pouvoirs d'investigation ne traitent plus seulement de paramètres exclusivement quantitatifs. La machine peut tout explorer, sans que le salarié en soit toujours parfaitement conscient. Au-delà des contrôles légitimes de sécurité et de productivité, le « contremaître virtuel » peut établir le profil personnel de chaque membre du personnel. Le travail intellectuel, contrairement au travail physique, peut sortir des frontières dans lesquelles on avait coutume de le localiser. Il ne s'effectue plus en un temps et sur un lieu déterminé. « *L'ouvrier qui le réalise ne peut emporter sa machine industrielle à la maison, alors que l'outil de ' l'ouvrier de l'immatériel ' procède de la panoplie numérique. Son outil peut le suivre, le précéder, où qu'il aille, pour lui permettre de mettre sa force de travail à l'œuvre* »¹⁹⁷.

Bien que n'ayant pas été principalement conçues pour surveiller les salariés, les technologies sus exposées permettent d'exercer une surveillance redoutable, tant les données susceptibles d'être exploitées sont nombreuses et précises. On peut faire une comparaison avec le droit pénal, qui parle « *d'arme par destination* » à propos d'objets qui ne sont pas des armes, mais qui ont pu être utilisés comme telles. Si toutes les TIC ne sont pas des outils de surveillance par nature, ils peuvent être des « *outils de surveillance par destination* »¹⁹⁸.

En terme de contrôle du travail effectué par le salarié, les technologies de la troisième génération passent d'un mode périphérique à un mode intrusif. Avant, les techniques demeuraient à la périphérie du processus de travail. Elles permettaient principalement de surveiller la présence ou la localisation physique des individus. Aujourd'hui, leur exploitation permet d'obtenir des renseignements très précis, relatifs à la personnalité et à l'activité du salarié. La multiplication des services par téléphone et des centres d'appels a conduit les entreprises à surveiller la qualité du service. Conjuguées à l'introduction de l'Internet, ces nouvelles technologies déplacent le contrôle de l'employeur de la périphérie jusqu'au processus de travail lui même¹⁹⁹, et le rendent invisible. La surveillance, qui s'exerçait auparavant de façon apparente, prend une forme plus insidieuse, et non visible. La cyber-surveillance est partout.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ Bouchet (H.), « La cyber-surveillance des salariés dans l'entreprise », *op.cit.*

¹⁹⁹ *Ibid.*

Développée à partir de l'informatique en réseau, la troisième génération se distingue des précédentes par ses capacités techniques démultipliées. Avant, « l'établissement de la fiche destinée à renseigner un fichier procédait de la volonté d'un opérateur effectuant une manipulation dédiée à une fin. Désormais, c'est la technologie qui, de son seul fait, garde trace de tout ce qui est opéré par son truchement »²⁰⁰. Cela illustre les affirmations de la CNIL : « jadis, nous étions fichés parce que quelqu'un souhaitait nous fichier. Aujourd'hui, nous pouvons aussi être fichés du seul fait de la technologie qui produit des traces sans que nous en ayons toujours pleinement conscience »²⁰¹. Le traçage informatique fournit, par nature, des renseignements précieux à l'entreprise, qui peut désormais connaître tous les gestes effectués, et les décisions prises. Ainsi, tout peut être vérifié, contrôlé et prouvé. Participant souvent d'une démarche sécuritaire ou qualitative, le traçage est légitime. Il protège notamment les fichiers informatiques, par un « système de journalisation »²⁰². Des programmes peuvent en outre, selon des critères déterminés (mots-clés, référence du destinataire, présence d'un fichier joint, format utilisé...), traiter les « journaux » à des fins de surveillance. Si on les compare avec celles des générations précédentes, les technologies de la troisième génération offrent des fonctionnalités inédites. Elles permettent de « faire parler » les traces que les utilisateurs laissent sur le réseau, et de pénétrer « la boîte noire que constitue le mode de raisonnement propre à chaque individu »²⁰³. Sans trace, l'informatique ne peut pas fonctionner. Il existe trois types de traces : les traces préventives ou curatives qui permettent l'entretien du système, les traces de sécurité qui autorisent l'accès au système aux seuls utilisateurs habilités, et les traces de filtrage qui permettent de restreindre les actions de certains utilisateurs. Les nouvelles technologies, en même temps qu'elles développent les possibilités d'information et de communication, accroissent les possibilités techniques de contrôle. Le progrès des TIC et leur utilisation croissante rendent l'entreprise vulnérable aux attaques extérieures. Pour se protéger, elle met en place les mesures de sécurité qu'elle estime nécessaires. Or, ces mesures préventives ont pour objet de conserver les traces des flux d'information qui transitent par le réseau. L'emploi de tels dispositifs, directement ou indirectement nominatifs, peut conduire l'employeur à accéder à des informations concernant la vie personnelle du salarié, qu'il n'a pas à connaître. Auparavant, la gestion des fichiers papier freinait les « tentations

²⁰⁰ Bouchet (H.), « A l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié », *op. cit.*

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Le « système de journalisation » permet de noter dans un « journal » (fichier contenant l'enregistrement de l'activité d'un système), tout ce qui se passe dans un système au fur et à mesure de son fonctionnement.

²⁰³ Bouchet (H.), « A l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié », *op. cit.*

inquisitoriales »²⁰⁴ de l'entreprise. Grâce aux fichiers informatiques, il est possible d'élargir les données collectées, et il est plus facile de les exploiter, pour en sortir le profil type de chaque salarié.

La préoccupation essentielle est d'identifier les risques spécifiques que les TIC font courir au respect de la vie personnelle du salarié. Alain Supiot²⁰⁵ en relève deux principaux : l'ubiquité et la transparence.

Abolissant les cadres spatio-temporels, les TIC exposent tout d'abord le salarié au « *fantasme de l'ubiquité* »²⁰⁶. Le progrès des techniques d'information et de la communication a permis au travail industriel, sédentaire, facilement contrôlable, et basé sur la puissance physique, de pouvoir prendre une dimension virtuelle, immatérielle, et nomade. La référence au temps et au lieu de travail, omniprésente dans notre Code du travail, est ébranlée. L'éclatement des cadres habituels du travail, rend l'Homme potentiellement disponible en tout lieu et à toute heure, pour travailler. De nouvelles limites, considérant des unités de lieux et de temps compatibles avec la vie réelle du travailleur, doivent être reconstruites, pour éviter une « *télé-disponibilité permanente* »²⁰⁷. En premier lieu, l'arrivée des TIC a profondément modifié l'organisation de l'espace. À l'ère du machinisme industriel, les travailleurs devaient se relayer auprès des machines, pour les nourrir et les guider, ce qui avait entraîné un mouvement de forte concentration des travailleurs. A l'ère des TIC, de plus en plus immatériel, le travail est accessible en tout lieu, et la dispersion de la collectivité de travail remplace sa concentration. « *Même physiquement réunis dans un même lieu, les travailleurs sur écran ne forment pas une communauté de travail soudée par l'unité d'action* »²⁰⁸. L'indifférenciation et la dispersion des lieux de travail créent un risque pour la vie personnelle du salarié, qui nécessite la mise en place de nouvelles limites. Des évolutions ont pu être constatées. On peut par exemple citer une directive européenne du 29 mai 1990²⁰⁹, transcrite dans le droit français par

²⁰⁴ Expression utilisée par Ray (J.- E.), dans son article « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination », *op. cit.*

²⁰⁵ Supiot (A), « Travail, droit et technique », *op. cit.*

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ Cette expression est utilisée par Ray (J.- E.), dans son article intitulé « De la sub/ordination à la sub/organisation », *op. cit.*

²⁰⁸ Supiot (A), « Travail, droit et technique », *op. cit.*

²⁰⁹ Directive du 29 mai 1990, 90/270/CEE du Conseil, concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives au travail sur des équipements à écran de visualisation.

le Décret du 14 mai 1991²¹⁰, qui considère tout « *poste de travail sur écran* » comme lieu de travail. On peut également faire référence à l'arrêt Abram déjà cité, dans lequel la Cour de cassation affirme que « *le travailleur n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail* », et qu'à l'inverse, l'employeur ne peut pas imposer aux salariés travaillant à domicile, de retourner dans l'entreprise²¹¹. En second lieu, la « société de l'information et de la communication » a également beaucoup affecté l'organisation du temps de travail. Le temps n'est plus collectif, ni lié à la concentration physique des travailleurs autour des machines. Le travail immatériel repose sur une interaction « en temps réel » entre des individus, pour lesquels il n'y a plus de cloisonnement évident séparant les temps de travail et de repos. Le droit du travail se fait donc plus individuel, et est moins focalisé sur une organisation collective. On en revient au principe déjà énoncé, qu'Alain Supiot qualifie de « *concordance des temps* », qui est l'application plus générale de celui d'adaptation du travail à l'homme. Selon Jean Emmanuel Ray²¹², contrairement au travailleur manuel, le travailleur du savoir peut travailler à n'importe quel moment. Constamment dérangée, la majorité des cadres travaille souvent mieux en dehors du temps de travail. L'utilisation quotidienne des TIC, combinée au lien de subordination et aux obligations de résultat, font que le travail envahit tout le reste de la vie. L'adage « *quand on veut, on peut* » se transforme en « *quand on veut, on doit* ». Même si les juridictions nationales et communautaires veillent à ce que le salarié bénéficie d'un repos effectif, les risques n'en sont pas moins réels. Certaines décisions viennent accréditer cette thèse. Le 3 novembre 2000, la Cour d'appel de Paris avait par exemple, indiqué qu' « *il importe peu de rechercher si ce temps de mise à disposition s'effectue sur le lieu de l'entreprise ou dans les locaux privatifs mis à disposition par l'employeur à proximité immédiate dès lors que les moyens de communication modernes mettent le salarié dans la même situation de dépendance à l'égard de son employeur où qu'il se trouve* ». De même, dans l'arrêt Simap²¹³, la Cour de justice des Communautés Européennes (CJCE) semble entendre que l'accessibilité par portable au

²¹⁰ Décret n°91-45 du 14 mai 1992 relatif à la prévention des risques liés au travail sur des équipements comportant des écrans de visualisation.

²¹¹ Cass. soc. 12 décembre 2000, Baranez, Bull. Civ., n° 417.

²¹² Ray (J.- E.), « De la sub/ordination à la sub/organisation », *op. cit.*

²¹³ CJCE, 3 octobre 2000, Simap, Affaire C-303/98, également appelée « *Valenciana* », (Il s'agissait d'un litige qui opposait le syndicat espagnol de médecins de l'Assistance Publique au ministère de la santé, sur la question des temps de garde. La CJCE décide que, même s'ils sont à la disposition de l'employeur, dans la mesure où ils doivent pouvoir être joints, dans cette situation les médecins peuvent gérer leur temps avec moins de contraintes, et se consacrer à leurs propres intérêts. Seul le temps lié à la prestation effective de services doit être considérée comme du temps de travail, au sens de la directive n°93/104 du 23 novembre 1993).

domicile n'entache pas le temps de repos. Même si, dans ses conclusions sous l'arrêt Jaeger du 9 septembre 2003²¹⁴, l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer indiquait que « *pour pouvoir se reposer, le salarié doit avoir la possibilité de se soustraire à son milieu de travail pendant un nombre déterminé d'heures ininterrompues* ». Appliqué aux nouvelles technologies, la déconnexion technique apparaît donc comme un préalable nécessaire à la déconnexion intellectuelle.

Les traces étant inhérentes à l'informatique, elles exposent également le salarié au « fantasme de la transparence ». Selon les premiers théoriciens de la société de l'information et de la communication, l'information constituait un bien public librement accessible. Pour ces derniers, la transparence devait préserver les individus d'un retour au totalitarisme, lequel « *a un besoin vital de secret pour répandre ses mensonges et perpétrer ses crimes* »²¹⁵. Or, on assiste à une appropriation de l'information. La transparence devenant unilatérale, elle n'est plus une qualité, elle « *engendre un monde où le grand nombre devient transparent à un tout petit nombre qui lui, demeure dans l'ombre et contrôle tous les moyens d'information et de communication [...] Ce risque est particulièrement grand dans l'entreprise qui, depuis l'âge industriel, poursuit l'idéal d'un contrôle panoptique des salariés par une direction détentrice de tous les secrets* »²¹⁶. Tout comme le droit du travail a imposé des règles d'hygiène et de sécurité pour protéger les corps des machines, les règles permettant à l'Homme de se servir des TIC, sans être asservi par elles, doivent être mises en avant. C'est notamment ce que se sont attaché à faire la loi informatique et libertés, et les recommandations de la CNIL, à propos de la protection des données personnelles. Dans son rapport de mars 2001, la CNIL met en évidence la réalité des risques d'accès indus aux informations détenues entièrement sous forme numérisée par l'entreprise. Le recours de plus en plus habituel aux nouvelles technologies en réseau rend les informations de toutes sortes plus facilement accessibles. Si, pour l'entreprise, elles posent un problème de sécurité, en terme de secret et de technique d'organisation, elles représentent également un risque pour les données personnelles du salarié, qui par ses connexions laisse des traces.

²¹⁴ CJCE, 9 septembre 2003, Jaeger, Affaire C-151/02 (Dans cette espèce, il s'agissait d'un médecin assistant dans le service de chirurgie d'un hôpital, qui effectuait six gardes sur place par mois. Pour sa rémunération, la réglementation allemande ne tenait compte que du temps effectivement travaillé. La CJCE décide que la présence physique d'un médecin dans l'hôpital, pendant son service de garde, constitue du temps de travail dans son intégralité).

²¹⁵ Cette expression est utilisée par Supiot (A), « Travail, droit et technique », *op. cit.*

²¹⁶ Supiot (A), « Travail, droit et technique », *op. cit.*

Une fois appréhendées les réalités des nouvelles technologies de l'information et de la communication que la vie personnelle du salarié doit affronter, on peut s'interroger sur les fondements de la légitimité du contrôle exercé par l'employeur à l'aide ces outils.

B. Les fondements de la légitimité du contrôle par les TIC

Le pouvoir de contrôle est inhérent au pouvoir de direction du chef d'entreprise. Grâce à l'usage des TIC, sa capacité est démultipliée. Mais au delà de ce constat, si l'on recherche l'origine de la légitimité de ce contrôle, il faut d'abord se pencher sur ses fondements classiques **(1)**, pour ensuite aborder ses justifications contemporaines **(2)**.

1) Fondements classiques du pouvoir patronal de contrôle

En droit privé, le fondement du pouvoir du chef d'entreprise a évolué²¹⁷.

Sous l'ancien régime, le père est le patron. La puissance maritale et paternelle s'exprime dans le foyer comme dans la vie économique. Après la révolution industrielle, en l'absence d'un droit spécifique du travail, le fondement du pouvoir patronal réside dans deux articles du Code civil. Selon l'article 544, qui dispose que « *la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue* », les meubles et immeubles de l'entreprise appartiennent à l'employeur, qui peut en jouir de la façon la plus absolue. Propriétaire des machines, il peut les utiliser comme bon lui semble (« *usus* »), en recueillir les fruits (« *fructus* »), ou le céder (« *abusus* »). Selon l'article 1134 du même Code, qui dispose que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ce qui les ont faites* », pour faire fonctionner ses machines, l'employeur peut recruter des salariés qui se soumettent à son autorité. En application de ces règles, et de la jurisprudence dite des « Etablissements Brinon »²¹⁸, l'employeur dispose d'un large pouvoir unilatéral, discrétionnaire et patrimonial, basé sur la propriété des moyens de production et le contrat de travail. Il est « seul juge » de la gestion. Peu à peu, le pouvoir qu'il exerce dans l'entreprise n'est plus celui du propriétaire. Il devient un simple fournisseur de capital, et fait confiance à des personnes qu'il met en place pour gérer et exercer réellement le pouvoir dans l'entreprise.

²¹⁷ Savatier (J.), « Pouvoir patrimonial et direction des personnes ».

²¹⁸ Cass. soc. 31 mai 1956, Etablissements Brinon, Bull. 1956. IV, n°499, p.87, *op. cit.*

Ce n'est qu'en 1982, que la loi Auroux²¹⁹ aborde le droit des salariés sous l'angle de la citoyenneté dans l'entreprise. Dès lors, les fondements classiques du pouvoir patronal sus exposés sont écartés. L'employeur qui bénéficie d'une grande liberté en matière de gestion, ne doit plus utiliser ses pouvoirs que dans « *l'intérêt de l'entreprise* ». C'est une « *communauté d'intérêt* » unissant l'employeur et les salariés, qui est mise en avant. La vieille opposition entre le capital et le travail est dépassée. On « passe » de la théorie patrimoniale à la théorie institutionnelle. Le chef d'entreprise assume le pouvoir directionnel, mais doit le faire exclusivement dans l'intérêt de l'entreprise. L'entreprise est désormais analysée comme une organisation sociale formée par un groupe humain, dans lequel se forme un droit interne permettant au groupe de fonctionner. En tant que responsable de la bonne marche de cette institution, le chef d'entreprise dispose des pouvoirs nécessaires : il adopte des règles, exerce une autorité et applique des sanctions aux membres qui contreviennent aux règles. Correspondant à une fonction sociale, ce pouvoir ne peut être exercé que dans l'intérêt de l'entreprise. Cette nouvelle analyse protège le travailleur et récuse le pouvoir souverain attaché à la propriété. Au droit égoïste et souverain du propriétaire, on oppose la recherche du bien commun dans un groupe social.

Comme nous l'avons déjà vu, grâce à la loi du 31 décembre 1992, il n'est plus besoin de rechercher le fondement du pouvoir patronal ni dans le contrat de travail, ni dans l'institution. L'article L. 120-2 du Code du travail vient encadrer le pouvoir patronal, qui est avant tout, une réalité quotidienne, laquelle l'emporte sur les fondements théoriques patrimoniaux ou institutionnels²²⁰. Depuis ces évolutions législatives, le salarié est analysé comme un individu, qui peut préserver ses droits et libertés au sein de l'entreprise. De son côté, le pouvoir de contrôle que l'employeur exerce au moyen des TIC, peut être analysé comme ayant de multiples origines. De façon inhérente à sa qualité de propriétaire des technologies utilisées par les salariés, lesquels sont placés sous sa subordination juridique, il peut légitimement contrôler leur activité. L'entreprise étant une institution sociale, pour assurer la bonne marche de l'entreprise, il est dans l'intérêt de chacun de contrôler ce que les salariés font de l'usage des TIC. En outre, il faut préciser que, compte tenu des droits et des libertés du salarié, ce pouvoir ne peut pas être exercé sans limite.

²¹⁹ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982, *op. cit.*

²²⁰ Leray (G.), « Surveillance ou contrôle des salariés : les limites », selon lequel « *surveillance et contrôle des salariés sur le lieu et pendant le temps de travail sont des prérogatives reconnues à l'employeur, liées à l'existence du contrat de travail et plus précisément au lien de subordination. Il les tient de son pouvoir disciplinaire, tout aussi bien que de son obligation générale de sécurité* ».

Les sources classiques du pouvoir de contrôle de l'employeur étudiées, il convient maintenant de porter notre attention sur ses fondements contemporains.

Légitimations contemporaines du pouvoir patronal de contrôle

Dans son article L.120-2, le Code du travail dispose que les restrictions aux droits et libertés des salariés sont possibles, si elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir, et proportionnées au but recherché. Au titre de ses attributions, le chef d'entreprise peut donc, dans des limites raisonnables, restreindre la vie personnelle des salariés, en contrôlant par exemple leur activité professionnelle. Légitimé par la subordination qui naît du contrat travail, le contrôle patronal n'est pas nouveau. De tout temps, une des préoccupations de l'employeur a été de s'assurer que le temps normalement consacré au travail ne soit pas abusivement utilisé à des fins personnelles.

Avec les risques, en terme de sécurité, que présentent les nouvelles technologies, le contrôle est d'autant plus fondé. Si l'employeur ne contrôle pas l'activité de ses salariés, il peut se voir reprocher sa négligence. L'indication du caractère personnel d'une correspondance et l'interdiction subséquente de prendre connaissance de son contenu, ne sont pas suffisantes pour exonérer la responsabilité de l'entreprise, en sa qualité de commettant. En effet, au titre de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil²²¹, si à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, le salarié commet un acte délictueux, la théorie de l'apparence obligera l'employeur à réparer les dommages causés²²². Ainsi, l'utilisation malveillante par un salarié, des TIC mises à sa disposition, pourrait engager la responsabilité de l'entreprise²²³. A l'époque du machinisme industriel, on posait au droit de la responsabilité civile une question nouvelle concernant la responsabilité des dangers occasionnés par ces nouvelles machines. La réponse est venue du droit du travail, par une loi de 1898 qui a bouleversé le droit de la responsabilité civile, en introduisant la notion de responsabilité objective du gardien de la chose. Depuis, il n'est plus question d'une responsabilité pour faute, mais pour risques. Dans la société assurancière qui

²²¹ L'art. 1384 al. 5 dispose qu' « on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde [...] Sont ainsi responsables, les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils ont été employés ».

²²² Mole (A.), « Mails personnels et responsabilités : quelles frontières ? », *op. cit.*

²²³ CA de Versailles, 20 décembre 1991, 15e chambre, SA Laboratoire UPSA, *op. cit.*

est encore la notre²²⁴, les TIC posent une question comparable. En effet, la société d'information et de la communication dilue les acteurs dans un réseau, où il est plus aisé pour les personnes de ne pas répondre de leurs faits. Or, la responsabilité suppose l'existence d'un point d'imputation. L'identification du responsable des dommages causés par les TIC est devenue beaucoup plus difficile. D'où la montée en puissance de la théorie de l'apparence, et la justification juridique de la traçabilité, qui permet de remonter une chaîne de contrat pour identifier l'origine d'un dommage²²⁵. De plus, la circulaire ministérielle du 15 mars 1993²²⁶ admet notamment que les impératifs de sécurité, la constatation de vols répétés dans l'entreprise et l'obligation de secret de défense, puissent expliquer des restrictions apportées aux droits fondamentaux.

L'avènement de l'information en tant que matière principale de l'entreprise et du travail, génère des risques pour la sécurité de l'entreprise. L'information s'enrichit de l'échange d'interlocuteurs qui la captent et l'enregistrent, avant de la remettre en circulation sur le réseau. Toutes les entreprises n'exigent pas le même degré de sécurité et de surveillance, mais elles ne constituent pas moins un réseau d'informations qu'il faut protéger²²⁷. L'utilisation des TIC est favorable au développement de l'activité des entreprises, mais constitue également un risque. Connectés à l'Internet, leur réseau peut être infecté par des virus, ou être piraté par des concurrents. Les secrets de conception, d'organisation et de management de l'entreprise, qui constituent sa richesse essentielle, peuvent être percés à nu. Son patrimoine informationnel serait réduit à néant. Autant de raisons qui justifient et mettent en évidence que, dans un contexte où l'entreprise est plus exposée, la sécurité informatique est nécessaire et doit faire l'objet d'une politique affichée qui résulte d'un plan d'ensemble²²⁸.

La bonne marche de l'entreprise nécessite que l'activité des salariés soit suivie. Pour ce faire, l'employeur peut-il user, selon son « bon vouloir », de ses propres outils techniques ? Nous allons voir comment et dans quelles limites l'employeur peut légitimement contrôler l'activité de ses salariés.

§ 4. Dans quelle mesure l'employeur peut-il contrôler et surveiller l'activité du salarié ?

²²⁴ F. Ewald, « L'État providence ».

²²⁵ Articles 1316 et suivants du Code civil.

²²⁶ Circulaire DRT n° 93-10 du 15 mars 1993 relative au titre V de la loi du 31 décembre 1992.

²²⁷ Bouchet (H.), « La cyber-surveillance des salariés dans l'entreprise », *op.cit.*

²²⁸ Bouchet (H.), « A l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié », *op. cit.*

Au vu de nos derniers développements, il apparaît évident qu'un mode de surveillance efficace n'impliquant pas d'intrusion dans la vie personnelle, doit être trouvé. Face aux progrès des TIC, et à la menace qui pèse sur la sphère personnelle du salarié, la cyber-surveillance ne devrait pas aller plus loin que ce que permettait la surveillance traditionnelle²²⁹. Pour autant, l'employeur est-il « seul juge » des moyens de contrôle ? (A) Qu'en est-il en réalité ? (B)

A. L'employeur est-il « seul juge » des moyens de contrôle ?

L'employeur doit garder à l'esprit qu'un certain nombre de limites ne doit pas être franchi²³⁰. Des principes traditionnels doivent être respectés **(1)**, lesquels sont combinés à une politique législative axée sur la sanction **(2)**.

l) Principes traditionnels que le contrôle patronal par les TIC doit respecter

Si comme nous l'avons vu dans la première partie, le salarié n'est pas libre d'user des TIC selon son bon vouloir, il en est de même pour son employeur. Même si les outils lui appartiennent, et qu'il a légitimement le pouvoir de contrôler l'activité de ses salariés, son pouvoir d'action est lié au respect de certains principes. Il a déjà été fait référence, dans notre développement, aux règles qui vont être citées, mais nous allons tenter ici de mieux expliciter leur rôle et leur substance.

L'employeur a des limites au delà desquelles le contrôle, si perfectionné soit-il, ne doit pas aller. Le rapport de la CNIL de mars 2001 en fait clairement état.

En premier lieu, l'employeur doit respecter des obligations de justification et de proportionnalité. Suite aux principes généraux découverts par la loi du 6 janvier 1978, et conformément à l'article L. 120-2 du Code du travail, pour que l'atteinte à la vie personnelle du salarié soit valable, elle doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir, et proportionnée au but recherché. Seule une restriction strictement nécessaire peut affecter la vie personnelle du subordonné. Subjective, cette disposition est délicate à mettre en œuvre, notamment lorsqu'il s'agit de distinguer ce qui relève de la vie personnelle et de la vie

²²⁹ Lyon-Caen (G.), « Débat autour de l'arrêt Nikon France », *op. cit.*

²³⁰ Radé (C.), « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *op. cit.*

professionnelle du salarié. Purement théorique, cette distinction est difficilement compatible avec la pratique, d'autant plus que les réalités auxquelles elle s'applique sont multifformes. Le poste occupé et le niveau hiérarchique du salarié peuvent justifier des interprétations diversifiées des principes de proportionnalité et de justification. A ce titre, une circulaire du 15 mars 1983 précise que les dispositifs de contrôle ne peuvent intervenir que lorsque des circonstances particulières le justifient. Si le juge est saisi d'une affaire, dans laquelle il doit opérer une telle vérification, il s'attachera aux conditions de l'espèce qui lui est soumise, et décidera si le contrôle effectué par l'employeur ne porte que sur les éléments indispensables à celui-ci, et si une méthode moins intrusive n'aurait pas pu être préférée. En fonction de ses observations, il décidera si le pouvoir de direction de l'employeur n'a pas outrepassé l'intérêt de l'entreprise, et si le pouvoir disciplinaire a justement été exercé. A défaut, comme nous l'avons déjà vu, la sanction sera annulée, sauf si celle-ci s'est traduite par la rupture du contrat de travail. Si, par exemple, l'employeur a mis en place un contrôle des sites visités par les salariés, pour analyser cette restriction, les juges procéderont à un examen concret des modalités de contrôle. Ils se référeront notamment à la durée de conservation des informations, à la présentation claire des sanctions encourues... Sachant que l'employeur dispose d'autres moyens de contrôle, il ne sera pas admis qu'il procède à la lecture des mails ou des fichiers personnels par exemple.

Pour ce faire, la CNIL recommande d'autres techniques, comme celles relatives aux flux d'informations. « *La sécurité de certaines entreprises particulières peut sans doute justifier que soit opéré un contrôle a posteriori de l'usage de la messagerie. Un tel contrôle doit pouvoir être effectué à partir d'indications générales de fréquence, de volume, sans qu'il y ait lieu d'exercer un contrôle sur le contenu des messages échangés* ». En effet, le contrôle de la traçabilité des connexions ou des données de trafic fournit des indications suffisantes qui permettent à l'employeur de relever des anomalies, au sujet desquelles il peut demander des explications aux salariés concernées. De plus, sans lire le contenu du message, des indices permettent d'en connaître sa nature. Il en est ainsi de l'extension des fichiers joints (« *jpeg* »²³¹ ou « *MP3* »²³²), qui permettent de savoir s'il s'agit d'image ou de musique. De même, l'adresse du site Web dont le message provient peut être révélatrice²³³. Dès lors, il pourra comptabiliser le nombre de messages reçus et envoyés à des fins personnelles, et en tirer les

²³¹ « *Jpeg* » signifie « Joint Photographic Experts Group ». C'est une norme de compression d'image.

²³² Le « *Mp3* » est un format de compression variable, qui permet de réduire de manière importante, la taille des fichiers audio, au détriment de la qualité.

²³³ Mole (A.), « Mails personnels et responsabilités : quelles frontières ? », *op. cit.*

conséquences disciplinaires²³⁴. Pour que ces principes trouvent une application équilibrée, il serait utile d'engager une discussion entre les représentants des salariés et les employeurs.

En deuxième lieu, l'employeur doit respecter une obligation de transparence²³⁵. Les TIC permettant à l'entreprise de pénétrer plus profondément dans la sphère personnelle du salarié, il est logique, si tant est que cela soit possible, que les techniques de contrôle subissent la « même » transparence. Inspirée de plusieurs textes nationaux et internationaux, parmi lesquels on peut citer l'article 5 de la Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981²³⁶, la Directive des communautés européennes du 29 mai 1990 sus-citée, reprise par le décret du 14 avril 1991 sur le travail sur écran²³⁷, et l'article 25 de la loi du 6 juillet 1978²³⁸, cette obligation a été explicitement traduite dans le Code du travail par la loi du 31 décembre 1992. Elle résulte désormais de l'article L. 121-8, selon lequel « aucune information concernant personnellement un salarié [...] ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié ». Cette obligation s'apparente au principe de loyauté contractuelle²³⁹ qui gouverne la relation de travail. Elle trouve son application concrète dans le troisième alinéa de l'article 1134 du Code civil, selon lequel les conventions « doivent être exécutées de bonne foi ». Pour être réputé de bonne foi, l'employeur devra donc informer les salariés préalablement à la mise en place de dispositifs de contrôle dans l'entreprise. Avant d'être consacrée par la loi de 1992²⁴⁰, cette solution avait été dégagée par l'arrêt Néocel²⁴¹ qui affirme que l'employeur peut « contrôler et surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail mais, tout enregistrement d'images ou de paroles à leur insu, quel qu'en soit le motif, constitue un moyen de preuve illicite ». Même si nous verrons plus tard que des arrêts rendus par la chambre sociale semblent atténuer ce principe, cette solution, rendue au visa de l'article 9 du nouveau Code de procédure civile

²³⁴ de Tissot (O.), « Internet et contrat de travail », *op. cit.*

²³⁵ Ray (J.- E.), « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination », *op. cit.*

²³⁶ L'art. 5 de la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, du 28 janvier 1981, disponible sur <http://conventions.coe.int>, dispose que « les données à caractère personnel [...] doivent être obtenues et traitées loyalement et licitement ».

²³⁷ Le Décret du 14 avril 1991 dispose que, « aucun dispositif de contrôle quantitatif ou qualitatif ne peut être utilisé à l'insu des salariés ».

²³⁸ L'art. 25 de la loi du 6 juillet 1978 dispose que, « la collecte de données opérée par tout moyen frauduleux, déloyal ou illicite est interdite ».

²³⁹ Richard de la Tour (J.), « La vie personnelle du salarié ».

²⁴⁰ Comme le précise la circulaire ministérielle du 15 mars 1993, *op. cit.*

²⁴¹ Cass. soc. 20 novembre 1991, Néocel : RJS 1/92 n°1, Bull. civ. n°519.

(NCPC)²⁴², s'explique par le fait, qu'en droit civil, la loyauté suppose d'abord le respect de la légalité. Non seulement les dispositifs modernes de contrôle ne peuvent être installés que lorsque les circonstances particulières le justifient, mais les salariés doivent être préalablement informés de cette mise en place²⁴³. Plusieurs degrés de loyauté existent, mais Jean Emmanuel Ray considère qu'au minimum, « *les salariés doivent être informés par écrit et au préalable, de la forme du contrôle, de sa fréquence, de la nature des informations collectées et de l'utilisation qui en sera faite : en particulier du lien entre la collecte et l'évaluation des performances individuelles* ». La « *loyauté minimum* » interdit à l'employeur de mettre en place des caméras cachées ou des écoutes clandestines téléphoniques, d'ailleurs pénalement sanctionnées par la loi du 10 juillet 1991²⁴⁴. Certains s'interrogent sur la nécessité d'un second degré de loyauté, lequel supposerait d'obtenir l'accord des personnes concernées, pour mettre en place le dispositif de surveillance. Concernant les écoutes téléphoniques, une réponse ministérielle du 2 avril 1990²⁴⁵ du ministre du travail considérait que le consentement des salariés était nécessaire, « *ne serait-ce que de façon tacite* ».

Dans le cadre de cette obligation de transparence, l'employeur doit effectuer des démarches déclaratives auprès de la CNIL. C'est cette commission qui autorisera l'entreprise à recourir à un traitement automatisé de données personnelles. On peut cependant regretter que, seuls soient concernés par une telle obligation, les utilisateurs, et non les concepteurs de logiciels. En effet, la loi informatique et libertés s'est construite autour des personnes détentrices de traitements. Incompétente pour refuser la mise sur le marché d'un logiciel particulièrement intrusif pour la vie personnelle des salariés, la CNIL ne peut que refuser aux entreprises la mise en place un tel traitement²⁴⁶. Elle ne peut pas agir à la source, sauf si le logiciel utilisé est créé par l'entreprise qui le met en place, ce qui est rare.

En dernier lieu, pour la meilleure implication de chacun, la divergence d'intérêts entre les parties présentes dans l'entreprise nécessite la négociation d'un compromis durable ou

²⁴² L'art. 9 du NCPC dispose qu' « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ».

²⁴³ Cass. soc. 20 novembre 1991, Néocel, *op. cit.*

²⁴⁴ Loi n°91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications.

²⁴⁵ Réponse ministérielle du 2 avril 1990, selon laquelle « *le seul fait d'aviser à l'avance un salarié que ses communications téléphoniques sont susceptibles d'être écoutées ou enregistrées [...] ne saurait permettre à l'employeur d'échapper à sa responsabilité pénale si l'employé n'a pas auparavant donné son consentement [...] ne serait-ce que de façon tacite* ».

²⁴⁶ Mole (A.), « Au delà de la loi informatique et liberté », *op. cit.*

provisoire. Son élaboration collective permet notamment d'établir des règles. Elle met en présence les employeurs et les représentants des salariés. Le salarié, de part sa position de subordination, ne pouvant pas, à lui seul, faire valoir la protection de sa vie personnelle efficacement, l'intervention des organisations représentatives est plus apte à établir le contrepois nécessaire face à l'employeur. Dans le Code du travail, cette discussion collective a été introduite tout d'abord par la loi du 28 octobre 1982²⁴⁷, par l'article L. 432-2. Selon cette disposition, le comité d'entreprise doit être « *informé et consulté, préalablement à tout projet important d'introduction de nouvelles technologies, lorsque celles-ci sont susceptibles d'avoir des conséquences sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail du personnel* ». À ce dispositif, limité à une « *introduction importante* » de TIC, la loi du 31 décembre 1992 ajoute l'article L. 432-2-1. Ainsi, elle élargit sensiblement le domaine d'intervention du comité d'entreprise, en prévoyant qu'il doit être informé sur « *les traitements automatisés de gestion du personnel* », et « *les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés* ». Dès lors, en cas de remplacement d'un ordinateur, de mise en place d'un nouveau système informatique, ou de création d'un réseau Intranet, le comité sera au moins informé. La consultation doit être sincère et complète, mais elle n'a pas pour objet de recueillir un avis favorable du comité. N'ayant pas la qualité de mandataire, l'obligation de consultation n'a pas pour effet de transférer auprès du comité, les prérogatives que le salarié détient, en tant qu'individu, sur l'exercice de ses droits fondamentaux²⁴⁸. S'agissant d'un droit de la personnalité, le salarié conserve toujours le droit de refuser la collecte et le traitement de données à caractère personnel qui le concernent. D'ordre public, ces règles ne peuvent pas être écartées par le contrat de travail, et leur violation est pénalement et civilement sanctionnée. Le droit de regard du comité d'entreprise s'explique par la volonté de rendre le contrôle plus transparent. Même s'il est illusoire de croire que cette information nécessaire est suffisante, pour que le principe de proportionnalité soit respecté, nous verrons plus tard que dans certaines conditions, notamment lorsqu'il ne s'agit pas de contrôle direct de l'activité des salariés, l'employeur n'est pas tenu de l'informer.

Ces principes n'ont pas qu'une valeur nationale, puisqu'ils ont été consacrés au plan européen et international par deux textes : la recommandation n R (89) du 18 janvier 1989 du

²⁴⁷ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982, *op. cit.*

²⁴⁸ de Tissot (O.), « Internet et contrat de travail », *op. cit.*

comité des ministres du conseil de l'Europe²⁴⁹, ainsi que le recueil de directives pratiques adopté par le BIT, le 7 octobre 1996²⁵⁰.

Après avoir fait état de la nature des règles qui, en vue de protéger la vie personnelle du salarié, encadrent le pouvoir de contrôle de l'employeur, on peut se demander quelles sanctions ont été prévues pour en assurer le respect.

Sanctions applicables en cas de violation de la vie personnelle

Les sanctions qui peuvent s'appliquer, en cas de violation de la vie personnelle du salarié, peuvent être civiles et/ou pénales.

Pour inciter l'employeur à respecter effectivement l'étendue de la vie personnelle du salarié, il peut tout d'abord, être condamné civilement à verser des dommages et intérêts. Avant 1970, pour fonder ce droit à réparation, les juges se basaient essentiellement sur l'article 1382 du Code civil²⁵¹. Le salarié devait donc prouver la faute de l'employeur et expliciter le préjudice occasionné. Il faut attendre la loi du 17 juillet 1970²⁵², qui par l'article 9 du Code civil, améliore la protection des victimes. Dès son entrée en vigueur, le respect de la vie privée d'une personne devient un droit subjectif²⁵³. Cette loi permet à la victime d'agir sans qu'il soit nécessaire de prouver une faute, ni de démontrer l'existence d'un préjudice²⁵⁴. Dans un arrêt de principe du 5 novembre 1996, la première chambre civile considère que « *la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation* »²⁵⁵. Selon Paul Roubier, Professeur à la Faculté de Lyon, le recours aux droits subjectifs « *implique un échelon de*

²⁴⁹ Recommandation relative à la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins d'emplois.

²⁵⁰ BIT, Recueil de directives n°96/29. Ce recueil constitue la première initiative internationale destinée à « *fournir des orientations sur la protection des données personnelles des travailleurs* ». Parmi les principes généraux, il retient notamment que « *le traitement des données personnelles des travailleurs devrait se limiter à des fins touchant directement la relation d'emploi [et que] l'employeur devrait informer régulièrement les travailleurs de la nature des données conservées à leur égard* ».

²⁵¹ Selon l'art. 1382 du Code civil, « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ».

²⁵² Loi n°70-643 du 17 juillet 1970.

²⁵³ Terré (F.) et Fenouillet (D.), « Droit civil : Les personnes, la famille, les incapacités », n° 103.

²⁵⁴ *Ibid.* n° 105 ; Arrêt de principe Cass. 1^{ère} civ. 5 novembre 1996, qui considère que selon l'art. 9, la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation.

²⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ. 5 novembre 1996, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, par Capitant (H.), Terré (F.) et Lequette (Y.), Tome 1, D., 11^{ème} éd. 2000, n° 17.

protection supérieure parce que la sanction est fondée sur la violation du droit du demandeur, quel que soit le comportement du défendeur »²⁵⁶. Par cette remarque, il met en exergue que, quel que soit la conduite du défendeur, peu importe les raisons pour lesquelles il a été conduit à violer la vie personnelle du salarié, la volonté de prouver sa faute ne justifie pas l'emploi de procédés déloyaux. La fin ne justifie pas les moyens. Si l'entreprise est responsable de révélations publiques concernant la vie privée ou personnelle d'un salarié, sa responsabilité pourra être mise en jeu devant les tribunaux civils. Si c'est un des salariés de l'entreprise qui est à l'origine du dommage, il pourra aussi voir engager sa responsabilité personnelle. Mais, en application de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil, cela ne dégage pas pour autant l'entreprise de son obligation d'assurer l'indemnisation de la victime. Ce n'est qu'après s'être acquitté de l'indemnisation, et si le salarié responsable a commis une faute lourde, c'est-à-dire intentionnelle, qu'elle pourra en réclamer le remboursement au véritable fautif²⁵⁷.

En outre, toutes les règles qui ont été énoncées sont pratiquement toutes sanctionnées par une peine d'emprisonnement et d'amende²⁵⁸. Sans être exhaustif, en application de l'article 226-16 du nouveau Code pénal, le défaut de déclaration préalable du traitement automatisé, par exemple, est passible de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende. Selon l'article 226-17 du même Code, l'absence de précautions nécessaires à la sécurité des informations collectées, pour empêcher qu'elles ne soient « *déformées, endommagées ou communiquées à des tiers non autorisés* » expose à cinq ans d'emprisonnement et 300000 euros d'amende. Relativement à la collecte de données à caractère personnel sans l'accord de la personne concernée, les articles 226-18 et 226-19 la sanctionnent de 5 ans d'emprisonnement et 300000 euros d'amende. Concernant la divulgation d'informations nominatives, l'article 226-22 dispose que si elle porte, sans son autorisation, atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de la vie privée, le responsable s'expose à un an d'emprisonnement et 7500 euros minimum d'amende. Si ces informations portent atteinte au secret, l'article 226-13 sanctionne leur divulgation comme une atteinte au secret professionnel, passible d'un an d'emprisonnement et 15000 euros d'amende. La panoplie de sanctions pénales prévues pour assortir le non respect de la protection de la vie personnelle

²⁵⁶ Roubier (P.), « Droits subjectifs et situation juridique ».

²⁵⁷ de Tissot (O.), « Internet et contrat de travail », *op. cit.*

²⁵⁸ *Ibid.*

du salarié, montre bien que le législateur tient à ce que ces règles soient le plus possible respectées.

Malgré le panel de règles et de sanctions dont il vient d'être fait état, on constate que la réalité peut aboutir à des situations dans lesquelles la vie personnelle du salarié semble moins bien protégée. Si la chambre sociale de la Cour de cassation considère que l'information préalable du salarié peut suffire pour concilier le contrôle de l'activité des salariés avec le respect de leurs libertés fondamentales, on peut s'interroger sur le caractère suffisant de cette information²⁵⁹.

B. Qu'en est-il en réalité ?

« *L'ordre technologique* » décrit par Lyon-Caen dès 1991²⁶⁰, et la « cyber-surveillance » des salariés grâce aux « *contremaîtres virtuels* », donnent à l'employeur des possibilités de contrôle infinies²⁶¹. Nous allons voir comment en réalité, l'employeur peut utiliser des TIC, dont la mise en place n'a pas nécessairement fait l'objet d'une information préalable auprès des salariés **(1)**, même si ces propos doivent, dans certains cas, être tempérés par les conditions d'administration de la preuve **(2)**.

L'information des salariés peut s'avérer, en pratique, relative

L'évolution des TIC permet à l'employeur qui désire contrôler ses salariés, de disposer de techniques de plus en plus diverses et discrètes²⁶². La mise en place de TIC répond, pour chaque entreprise, à un besoin et une situation particulière. En pratique, l'application des textes prévus pour assurer la transparence du contrôle est donc rendue plus difficile. Comme l'explique le XXe rapport de la CNIL²⁶³, malgré une obligation d'information préalable, « *il n'est pas certain que le salarié soit averti, sinon tout simplement au courant des possibilités littéralement extraordinaires de traçage et de mémorisation de son ordinateur en réseau* ».

²⁵⁹ Bossu (B.), « Nouvelles technologies et surveillance du salarié ».

²⁶⁰ Lyon-Caen (G.), « Les libertés publiques et l'emploi », *op. cit.*

²⁶¹ Ray (J.- E.), « De la sub/ordination à la sub/organisation », *op. cit.*

²⁶² Darmaisain (S.), « L'ordinateur, l'employeur et le salarié », *op. cit.*

²⁶³ Rapport de la CNIL, « la gestion des ressources humaines : halte aux dérives ».

Pour rendre le contrôle plus transparent, l'employeur doit informer et consulter le comité d'entreprise. Mais, l'article L. 432-2-1 du Code du travail dispose que le comité d'entreprise doit être consulté sur les « *techniques permettant le contrôle de l'activité des salariés* ». *A contrario*, l'employeur n'est pas tenu de l'informer, si le système de surveillance n'a pas vocation à contrôler directement l'activité des salariés. Il en est ainsi lorsque les TIC mises en place, les caméras de vidéosurveillance notamment, ont pour objet de surveiller les entrepôts dans lesquels les salariés ne travaillent pas. Dans ce cas, l'employeur peut mettre en place un dispositif de contrôle en toute liberté. On peut citer par exemple, un arrêt du 31 janvier 2001²⁶⁴, dans lequel la Cour de cassation confirme qu'un chauffeur routier a pu être licencié pour faute lourde, suite à un enregistrement vidéo établissant sa participation à des détournements de marchandises dans un entrepôt. Ainsi, la chambre sociale affirme que l'employeur peut, sans formalité, mettre en place des dispositifs de surveillance dans des locaux affectés au rangement de marchandises, dès lors qu'aucun salarié n'y travaille. Dans ce cas, peu importe l'absence de consultation du comité d'entreprise et l'information des salariés. En revanche, la situation est différente lorsque, suite à des dégradations commises sur des distributeurs de boissons et de sandwiches, une société décide de recourir à un vigile, et qu'elle se fonde sur son rapport pour identifier les auteurs des agissements répréhensibles, et les licencier pour faute grave. Classiquement, la Cour de cassation rappelle que ce rapport constitue un mode de preuve illicite, puisque le vigile ayant vocation à surveiller les locaux dans lesquels les salariés travaillent, le comité d'entreprise aurait dû être consulté²⁶⁵.

Les dispositions légales ne sont pas les seules à permettre que dans certains cas la consultation du comité d'entreprise et l'information du salarié ne soient pas nécessaires. En vertu du principe de loyauté contractuelle, « *aucune information concernant personnellement un salarié [...] ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié* »²⁶⁶. Cependant, des arrêts rendus par la chambre sociale semblent atténuer ce principe dans deux hypothèses.

²⁶⁴ Cass. soc. 31 janvier 2001, Alaimo, pourvoi n°98-44290 : RJS 4/01 n°405, Jurisprudence Sociale Lamy, n° 74 p. 18, note Seguin (L.), « *le système de vidéosurveillance avait été installé dans un entrepôt et il n'enregistrait pas l'activité de salariés affectés à un poste de travail déterminé* ».

²⁶⁵ Sur l'opportunité d'une telle solution, v. Couturier (G.), note suite à Cass. soc. 10 décembre 1997, Dr. Soc. 1998, p. 203.

²⁶⁶ Art. L. 121-8 du Code du travail.

Dans la première hypothèse, une affaire du 11 mars 1998²⁶⁷ affirme que dans certaines situations, l'information préalable du salarié sur les techniques de contrôle utilisées peut être présumée. En l'espèce un salarié avait été licencié pour avoir anormalement utilisé le téléphone mis à sa disposition, à des fins personnelles. Pour sa défense il rappelle que la preuve de la faute doit être faite par un moyen licite. La Cour de cassation rejette le pourvoi et décide que « *la production par l'employeur d'un relevé de facturation téléphonique qui lui a été adressé par la société de France Télécom pour le règlement des communications correspondant au poste du salarié, n'est pas un mode de preuve illicite* ». Cette solution a été confirmée et précisée le 15 mai 2001²⁶⁸ en ces termes : « *Le relevé des communications téléphoniques fournies par France Télécom ne constitue pas un procédé de surveillance illicite pour n'avoir pas été préalablement porté à la connaissance des salariés* ». À travers ces deux espèces, la Cour de cassation reconnaît que le relevé de facturation téléphonique adressé par France Télécom n'est pas un dispositif de contrôle. A ce titre, il n'a pas à faire l'objet d'une information préalable du salarié, même s'il permet d'établir un usage abusif du téléphone à son encontre. Selon Bernard Bossu²⁶⁹, la justification de cette solution n'est pas expressément indiquée mais, « *il est probable que, pour la chambre sociale, un salarié ne peut pas ignorer que le propriétaire d'une ligne téléphonique est en droit d'obtenir un relevé de ses factures détaillées* ».

Dans la seconde hypothèse, il faut relever un arrêt rendu le 18 juillet 2000²⁷⁰. La décision rendue par la chambre sociale nous conduit à nous interroger sur la réalité de l'information préalable du salarié. Dans cette espèce, le salarié d'une banque avait été licencié pour avoir consulté, par pure curiosité personnelle, des comptes individuels. Malgré une argumentation fondée sur l'existence d'un système d'espionnage électronique mis en place sans autorisation des représentants du personnel et sans information des salariés, la Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle décide que « *la mise en place d'un système d'exploitation intègre un mode de traçage permettant d'identifier les consultants des comptes ne peut ni être assimilé à la collecte d'une information personnelle au sens de L. 121-8 du Code du travail, ni constituer une preuve illicite, le travail effectué par l'utilisation de l'informatique ne pouvant avoir pour effet de conférer l'anonymat aux tâches effectuées par les salariés* ». La décision de la Cour de ne pas faire application de l'article L. 121-8 du Code du travail a fait l'objet de nombreuses

²⁶⁷ Cass. soc. 11 mars 1998, Pisoni, pourvoi n°96-40147 : RJS 4/98 n°415, 2^{ème} espèce.

²⁶⁸ Cass. soc 15 mai 2001 : RJS 7/01 n° 830, 2^{ème} espèce.

²⁶⁹ Bossu (B.), « Nouvelles technologies et surveillance du salarié », *op. cit.*

²⁷⁰ Cass. soc. 18 juillet 2000, Guyonnet, pourvoi n°98-43.485 : RJS 11/00 n° 1068.

critiques. Bernard Bossu²⁷¹ s'interroge sur la cohérence de cette décision au regard des dispositions de la circulaire d'application de la loi du 31 décembre 1992²⁷², selon laquelle l'article L. 121-8 a été créé pour protéger le salarié face au développement technologique et à la mise en place de nouveaux moyens de contrôle. La CNIL²⁷³ lui reproche quant à elle, d'avoir déclaré la loi du 6 janvier 1978 inapplicable, sans rechercher si le système de journalisation des connexions, ayant permis d'identifier les agissements fautifs du salarié, constituait un « *traitement automatisé* ». De plus, si comme le laisse entendre le pourvoi²⁷⁴, le comité d'entreprise n'a pas été consulté, l'employeur aurait violé l'article L. 432-2-1 alinéa 3 du Code du travail. En effet, en vertu de cet article, la consultation des membres du comité d'entreprise est requise pour la mise en place de dispositifs « *permettant de* », et non seulement « *destinés à* » surveiller le salarié²⁷⁵. En tout état de cause, la CNIL considère que dans bien des cas, « *l'équilibre nécessaire entre contrôle légitime exercé par l'entreprise et respect des droits des salariés ne paraît pas assuré* »²⁷⁶. Malgré ce que nous estimons être une présomption jurisprudentielle de connaissance des dispositifs de contrôle, de nombreux salariés ne savent pas toujours que des traces non visibles sont laissées à chaque fois qu'ils utilisent l'ordinateur.

En outre, si l'on se penche sur l'application des dispositions prévues par la loi du 6 janvier 1978, et la directive européenne du 24 octobre 1995²⁷⁷, nous pouvons faire certaines remarques. En vertu de ces textes le respect de la vie personnelle du salarié suppose qu'il connaisse les données directement ou indirectement nominatives qui vont faire l'objet d'une collecte, le type et l'objectif des traitements automatisés effectués, les destinataires des informations, ainsi que les personnes auprès desquelles il pourra exercer son droit d'accès et de rectification²⁷⁸. En théorie, grâce à ces prescriptions, le salarié a donc les moyens de

²⁷¹ Bossu (B.), « Nouvelles technologies et surveillance du salarié », *op. cit.*

²⁷² Circ. n° 93-10 DRT du 15 mars 1993 *op. cit.*

²⁷³ Bouchet (H.), « La cyber-surveillance des salariés dans l'entreprise », *op.cit.*

²⁷⁴ Selon le moyen du pourvoi, le « *système d'espionnage électronique [avait été] mis en place sans autorisation des représentants du personnel* ».

²⁷⁵ Ray (J.-E.), « Comité d'entreprise, transparence et dissuasion ».

²⁷⁶ Bouchet (H.), « La cyber-surveillance des salariés dans l'entreprise », *op.cit.*

²⁷⁷ Directive n°95/46 du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à libre circulation des données.

²⁷⁸ Art. 27 de la loi du 6 janvier 1978, qui dispose que « *les personnes auprès desquelles sont recueillies des informations nominatives doivent être informées du caractère obligatoire ou facultatif des réponses, des conséquences à leur égard d'un défaut de réponse, des personnes physiques ou morales destinataires des*

connaître l'étendue des informations relevant de sa vie personnelle, à laquelle l'employeur a accès. En revanche, en pratique, le salarié n'est pas toujours libre d'exercer ses droits d'accès et de rectification. En effet, si le salarié a le droit d'accéder aux informations qui le concernent, encore faut-il qu'il ait le courage d'affronter sa hiérarchie, pour lui en faire la demande. L'idéal dans ce cas serait de mettre en place un système, qui permettrait au salarié d'avoir accès à ses informations, sans qu'il soit besoin de passer par un intermédiaire. C'est la conclusion à laquelle invite un avis de la CNIL du 27 juin 1989, relatif à la mise en œuvre d'une carte mémoire multiservices pour la gestion du personnel du Ministère des finances²⁷⁹.

Malgré le minimum de transparence que la loi impose à l'employeur, dans la mise en place des techniques de contrôle de l'activité des salariés, nous venons de voir qu'il demeure des situations « hors normes » lui permettant d'avoir une plus grande liberté. Mais, les juges ayant tendance à fonder une partie de leur décision sur le terrain de l'administration de la preuve, et non sur celui des libertés individuelles, leur exigence en la matière permet de relativiser les risques sus énoncés.

l) Les conditions d'administration de la preuve posent, néanmoins, certaines limites

En dépit de l'existence de l'article L. 120-2 du Code du travail, on remarque que pour aborder la question de la loyauté dans la recherche des fautes commises par le salarié, il arrive que les juges placent leur contrôle sur le terrain de l'administration de la preuve en justice, et non seulement sur celui de la loyauté et des libertés individuelles²⁸⁰.

A cet égard, il faut d'abord préciser que la chambre sociale et la chambre criminelle n'ont pas la même vision. Chacune a sa logique. La jurisprudence sociale, légalisée par la loi du 31 décembre 1992, considère depuis l'arrêt Néocel²⁸¹ sus cité, que « *l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail : seul l'emploi de procédés clandestins est illicite. Les salariés ayant été dûment avertis de ce que leurs conversations téléphoniques seraient écoutées, les écoutes réalisées constituaient un mode de preuve valable* ». A l'appui de ses prétentions, devant la chambre sociale, l'employeur ne peut pas valablement se fonder sur une preuve qu'il aurait obtenue à l'aide de

informations, de l'existence d'un droit d'accès et de rectification».

²⁷⁹ Mole (A.), « Au delà de la loi informatique et libertés », *op. cit.*

²⁸⁰ Cass. soc. 14 mars 2000, Dujardin, pourvoi n°98-420-90, *op. cit.*

²⁸¹ Cass. soc. 20 novembre 1991, *op. cit.*, réaffirmé par Cass. soc. 4 février 1998.

moyens déloyaux. Par « *moyens déloyaux* »²⁸², il faut entendre l'absence d'information des salariés relativement à l'existence et la nature exacte du contrôle²⁸³, et le défaut de consultation des représentants du personnel²⁸⁴.

En revanche, la jurisprudence criminelle adopte une position différente. Lorsque l'utilisation de moyens de surveillance a pour but de prouver un comportement pénalement répréhensible, les juridictions répressives admettent leur licéité, même quand le dispositif est mis en place à l'insu des salariés. Soucieuse de faire respecter l'ordre public, elle a, dans une décision du 23 juillet 1992²⁸⁵, considéré que l'installation d'une caméra, dissimulée dans le but de surveiller les salariés, était justifiée. Elle précise « *qu'aucun texte de procédure pénale n'interdit la production par le plaignant [...] de pièces de nature à constituer des charges contre les personnes visées* ». Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt du 6 avril 1994²⁸⁶, qui décide qu'« *aucune disposition légale ne permet au juge répressif d'écarter des moyens de preuve produits par des parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; [...] il leur appartient seulement, en application de l'article 427²⁸⁷ du Code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante* ». Dans une décision du 7 janvier 1990²⁸⁸, la chambre criminelle décide, à propos d'un salarié, qui avait enregistré son entretien préalable de licenciement, sans en avertir l'employeur, que « *les propos tenus [...] entrant*

²⁸² Art. 25 de la loi du 6 janvier 1978.

²⁸³ L. 121-7 et L. 121-8 du Code du travail.

²⁸⁴ L. 432-2-1 du Code du travail.

²⁸⁵ Cass. crim. 23 juillet 1992, pourvoi n°92-82721 (Après avoir constaté une baisse importante du chiffre des encaissements du rayon service après-vente, pour surveiller les opérations de caisse, la société Carrefour place une caméra, à l'intérieur des locaux du service concerné. Le visionnage des films ayant permis de révéler que plusieurs employés avaient commis des infractions au préjudice de la société, une plainte est déposée. Accusés d'abus de confiance, les prévenus se fondaient sur la nullité des actes de la procédure. Ils considéraient que les cassettes vidéo, qui montraient leurs agissements répréhensibles, étaient un moyen illégal de preuve).

²⁸⁶ Cass. crim. 6 avril 1994, n°93-82.717, Bull. crim. n°136 (Une caméra, dissimulée au-dessus de la caisse d'une pharmacie, avait permis de révéler des détournements de sommes par un salarié, au préjudice de son employeur).

²⁸⁷ Selon l'al. 1^{er} de l'art. 427 du CPP, « *Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction* ».

²⁸⁸ Cass. crim. 16 janvier 1990, pourvoi n°89-83075, Bull. crim. n° 25 (En l'espèce, le salarié, prévenu de son futur licenciement, avait enregistré la conversation téléphonique qu'il avait eue avec les gérants, et l'entretien préalable de licenciement. Ces enregistrements se sont faits à l'insu des interlocuteurs. Voulant enregistrer des propos ne figurant pas dans les motifs de licenciement, pour espérer en tirer profit lors de la procédure devant le CPH, le salarié avait capté des paroles dans le bureau de l'employeur, lieu privé où l'on ne pouvait pénétrer sans leur autorisation).

dans le cadre de leur seule activité professionnelle, [ils] n'étaient pas de nature à porter atteinte à l'intimité de leur vie privée ». On peut se demander si le juge répressif aurait rendu la même solution, si la situation avait été inversée, et que l'employeur avait enregistré les paroles prononcées par le salarié, lors d'un tel entretien, pour s'aménager des preuves ?

L'opposition des conceptions des deux chambres conduit à une situation paradoxale. En effet, il est des cas où un délit ne peut pas fonder un licenciement, alors qu'il a été sanctionné pénalement.

Au vu de ce qui vient d'être exposé, on peut se demander si la chambre sociale validerait une preuve obtenue par une technologie valablement mise en place, mais officiellement destinée à contrôler autre chose que l'activité des salariés. En 1995, les juridictions du second degré décidaient que l'employeur ne pouvait pas se prévaloir d'une preuve qui aurait été détournée dans sa finalité²⁸⁹. Ainsi, dans une espèce relative à des enregistrements téléphoniques mis en place pour justifier, en cas de litige, les termes des transactions passées entre un donneur d'ordre et un organisme financier, la Cour d'appel de Paris avait affirmé que l'enregistrement d'une conversation relevant de la vie privée constituait un détournement de pouvoir de l'employeur²⁹⁰. De même, dans un arrêt non publié, elle retenait le manquement à l'obligation d'exécuter le contrat de travail de bonne foi. En l'occurrence, la SNCF s'était servie du système informatique « *Socrate* », non seulement pour enregistrer les réservations des voyageurs, mais également pour contrôler, à l'insu du personnel, le temps de travail et les absences irrégulières²⁹¹. Cette position protectrice de l'information du salarié, quant à la nature exacte du contrôle, a évolué. Dans l'arrêt Dujardin²⁹², déjà exposé, la chambre sociale admet le licenciement d'un trader, qui utilisait le téléphone mis à sa disposition, pour faire des paris sur des matches de football. Même si, en l'espèce, le comportement fautif du salarié ne faisait aucun doute, officiellement, les écoutes téléphoniques n'avaient pas été mises en place dans le but de contrôler l'activité des salariés. L'employeur les avait informés que le dispositif aurait pour fonction, de justifier des ordres, en cas de litige avec un client. Interrogée sur la validité d'une preuve obtenue à l'aide d'un outil technique détourné dans sa finalité, la chambre sociale

²⁸⁹ En ce sens, v. BIT, Recueil de directives, *op. cit.*, qui retient notamment comme principe général, qu' « *en principe, les données personnelles ne devraient être utilisées qu'aux fins pour lesquelles elles ont été collectées à l'origine* ».

²⁹⁰ CA de Paris, 2 novembre 1995 : RJS 1/96, 1^{ère} espèce, n°4, 1^{ère} et 2^{ème} espèce.

²⁹¹ CA de Paris, 31 mai 1995, Maréchaux (pourvoi n°95/30208 index SVP 17 juin 1999, Liaisons soc. Quotidien du 16 juin 1995).

²⁹² Cass. soc. 14 mars 2000, Dujardin, pourvoi n°98-420-90, *op. cit.*

rend une décision contestable. En effet, selon l'article L. 120-2 du Code du travail, l'atteinte à la vie privée n'est valable que si elle est justifiée et proportionnée. Or, admettre, en pratique, d'autres buts que ceux initialement avancés, reviendrait à vider l'article L. 120-2 de sa portée, puisque la proportionnalité notamment, est analysée au regard d'une finalité précise²⁹³. Depuis cette affaire, la chambre sociale semble donc admettre, qu'à l'appui d'une procédure disciplinaire, l'employeur puisse utiliser une preuve, obtenue au moyen d'un dispositif dont une des finalités réelles était différente de celle qui avait été indiquée aux salariés. Du moment que le dispositif n'est pas clandestin, la preuve qui en est issue semble admissible. Averti qu'un mode de surveillance est mis en place, le salarié doit faire en sorte de ne pas commettre de faits répréhensibles devant cet « œil électronique »²⁹⁴.

Lorsque le salarié use anormalement du téléphone de la société à des fins personnelles, l'employeur peut vouloir produire des relevés de communications téléphoniques, pour lui demander de lui rembourser les communications non professionnelles. Nous avons vu, plus haut, que l'employeur pouvait valablement se fonder sur « *des relevés de facturation téléphonique qui lui ont été adressés par la société France Télécom pour le règlement des communications du poste du salarié* »²⁹⁵, pour obtenir le remboursement des communications personnelles du salarié. Rejetant le pourvoi, la chambre sociale valide le raisonnement de la Cour d'appel de Paris²⁹⁶, qui avait décidé que, le défaut d'information des salariés relativement à l'existence des factures France Télécom ne rend pas leurs productions à titre de preuve, illicite, et ce, sans rechercher si les quatre derniers chiffres des numéros appelés avaient été occultés. Mais qu'en est-il lorsque que le relevé des communications passées provient d'un autocommutateur ? Une grande partie des entreprises se sert de l'autocommutateur comme d'un véritable outil de gestion. Pour justifier son utilisation, l'objectif affiché par l'employeur est de préserver « *les intérêts financiers de l'entreprise contre l'abus des communications à usage privé, et accessoirement les pertes de temps occasionnées* »²⁹⁷. Il permet d'optimiser la gestion et de contrôler les dépenses téléphoniques des salariés. En effet, il peut enregistrer, pour chaque poste de téléphone, les numéros appelés, la date, l'heure et la durée. Couplé avec un « *logiciel de taxation* » capable d'enregistrer tous

²⁹³ Bossu (B.), « Nouvelles technologies et surveillance du salarié », *op. cit.*

²⁹⁴ Cette expression est utilisée par Radé (C.), dans « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *op. cit.*

²⁹⁵ Cass. soc. 11 mars 1998, Pisoni, pourvoi n°96-40147 : RJS 4/98 n°415, 2^{ème} espèce, *op. cit.*

²⁹⁶ CA de Paris, 7 novembre 1995.

²⁹⁷ G. Lyon-Caen, « Les libertés publiques et l'emploi », *op. cit.*

les numéros appelés et appelants, l'autocommutateur permet de surveiller le nombre d'appels passés par le salarié depuis son poste de travail, ainsi que de connaître le coût de chaque communication effectuée. L'employeur peut ainsi savoir si le poste de téléphone est utilisé par le salarié, pour passer des appels d'ordre privé. L'enregistrement de numéros de téléphone permettant d'identifier formellement les correspondants, la CNIL²⁹⁸ considère que l'autocommutateur fournit des informations directement ou indirectement nominatives²⁹⁹. A ce titre, en plus de la consultation du comité d'entreprise et de l'information des salariés, l'employeur doit déclarer ce dispositif³⁰⁰. A défaut, il ne pourra pas se prévaloir des relevés obtenus, pour demander au salarié de lui rembourser ses communications personnelles. Ainsi, lorsque l'employeur désire obtenir le remboursement des communications personnelles du salarié, s'il se fonde sur un relevé issu d'un autocommutateur, il devra avoir respecté les conditions d'information, de consultation et de déclaration, ce qui n'est pas le cas s'il se fonde sur une facturation téléphonique fourni à l'entreprise en sa qualité d'abonné à France Télécom. Au vu de ces éléments, il semble que deux poids de mesure soient utilisés par la chambre sociale. Lorsque l'employeur se fonde sur le relevé de facturation fourni par la société par France Télécom, même si le relevé peut parfois être aussi précis que celui issu d'un autocommutateur, l'employeur pourra s'en prévaloir sans que les salariés en aient été informés. En revanche, lorsque l'employeur demande au salarié le remboursement des communications passées à titre privé, pour se fonder valablement sur un relevé issu d'un autocommutateur, ce dispositif aura dû être préalablement déclaré à la CNIL, porté à la connaissance des salariés et du comité d'entreprise, et ne devra pas comporter des informations qui ont été conservées plus de six mois³⁰¹. Ainsi en a décidé la Cour d'appel de Paris, dans une décision du 7 mars 1997³⁰², dans laquelle elle considère que « *le relevé des communications téléphoniques obtenu au moyen d'un autocommutateur est illicite si la déclaration préalable à la CNIL n'a pas été respectée* ».

²⁹⁸ Bouchet (H.), « La cyber-surveillance des salariés dans l'entreprise », *op.cit.*

²⁹⁹ Au sens de l'art. 4 de la loi du 6 janvier 1978 ; Cf. également la norme simplifiée n°40, et la délibération n° 94-113 du 20 décembre 1994, *op. cit.*, selon lesquelles la CNIL dispose que si un autocommutateur est installé, « *lorsque des relevés justificatifs des numéros de téléphone appelés sont établis, les quatre derniers chiffres de ces numéros sont occultés. Toutefois, quand il est demandé à un agent le remboursement du coût d'une communication téléphonique regardée comme passée à titre privé, cet agent peut, sur sa demande expresse, avoir communication du numéro de téléphone complet du correspondant appelé* ».

³⁰⁰ En vertu de l'art. 16 de la loi du 6 janvier 1978.

³⁰¹ Norme simplifiée n°40, *op. cit.*

³⁰² CA Paris, 7 mars 1997, Gaz. Pal. 21 janvier 1999, p. 30.

Une autre question se pose : l'employeur peut-il se fonder sur la déloyauté du salarié, pour justifier sa propre déloyauté dans les moyens de contrôle qu'il utilise ? La réponse semble, à ce stade du développement, logique. Dès le milieu des années 1960, les juges du fond ont pris parti sur la recevabilité de certains moyens de preuve, tels que les écoutes téléphoniques, les talkies-walkies³⁰³. L'arrêt de principe, déjà cité, date des années 1990³⁰⁴. Dans cette affaire, dite Néocel, il s'agissait d'une caissière filmée à son insu en train de dénigrer l'employeur et de glisser 50 francs dans son sac. Sous le visa de l'article 9 du NCPC, la chambre sociale indique que « *si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement³⁰⁵ quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite* ». Sur le plan pratique, Bernard Bossu³⁰⁶ s'interroge sur l'opportunité de la jurisprudence de la chambre sociale. Ne faudrait-il pas admettre un mode de preuve illicite quand l'employeur ne peut pas obtenir de preuve par d'autres moyens ? En effet, en informant les salariés de la mise en place d'un dispositif de contrôle, l'auteur des faits délictueux risque de cesser ses agissements fautifs, et l'identification du « délinquant » deviendrait impossible. Même si il faut tenir compte de l'effet dissuasif et préventif de l'information relative à la mise en place d'un dispositif de contrôle, la preuve d'une infraction ne justifie pas la commission d'une autre infraction. Même en cas de comportement déloyal du salarié, l'employeur ne peut obtenir des preuves en utilisant à son tour, des méthodes déloyales. *A fortiori*, il ne peut pas utiliser les méthodes de provocation, pour inciter son salarié à commettre des actes répréhensibles.

Grâce aux TIC, de nombreuses possibilités s'offrent à l'employeur pour pister le salarié et prouver ses agissements. Néanmoins, l'employeur est confronté à la difficile constitution d'un mode de preuve recevable³⁰⁷. En effet, en principe, le contrat de travail oblige le salarié à se consacrer pleinement à l'exécution de sa tâche. S'il s'y soustrait, il commettra une faute contractuelle³⁰⁸ susceptible d'être sanctionnée disciplinairement. Mais, pour ce faire,

³⁰³ Ray (J.- E.), « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination », *op. cit.*

³⁰⁴ Cf. Cass. soc. 20 novembre 1991 Néocel, *op. cit.*

³⁰⁵ « Enregistrement » doit s'entendre de toutes technologies modernes de transmission d'informations.

³⁰⁶ Bossu (B.), « Nouvelles technologies et surveillance du salarié ».

³⁰⁷ Darmaisin (S.), « L'ordinateur, l'employeur et le salarié », *op. cit.*

³⁰⁸ Leray (G.), « Surveillance ou contrôle des salariés : les limites », *op. cit.*

l'employeur doit prouver la faute par un dispositif fiable³⁰⁹. Or, l'authenticité de la preuve³¹⁰ devient plus délicate à apprécier, compte tenu de l'évolution des TIC³¹¹, et des possibilités de manipulation et de trucage. Même si dans certains cas, le comportement du salarié est objectivement répréhensible, et qu'une sanction pourrait lui être appliquée, il n'est pas toujours évident de prouver la matérialité du comportement fautif. En matière de vidéosurveillance par exemple, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence³¹² a refusé d'accepter comme élément de preuve un enregistrement vidéo, au motif que les images peuvent facilement faire l'objet d'un trucage, que même les professionnels ont du mal à déceler. En l'espèce, l'employeur avait filmé le rayon fruits et légumes de son magasin, pour prouver la mauvaise tenue de ce dernier, et licencier le responsable. De même, dans une espèce où un employeur avait fait constater par huissier, la présence sur l'ordinateur du salarié, de fichiers étrangers à l'activité, la Cour d'appel de Rouen³¹³ refuse de donner effet au constat d'huissier. Relevant la possibilité que lesdits fichiers aient été implantés dans l'ordinateur, à l'insu du salarié, les juges considèrent « *si le constat d'huissier prouve bien l'existence des fichiers litigieux, il ne permet pas d'identifier la personne qui les a installés* »³¹⁴. Plus récemment, le Conseil des prud'hommes de Nanterre³¹⁵ a estimé que le disque dur de l'ordinateur d'un salarié n'est pas en mode de preuve valable, puisque l'employeur ne l'avait pas mis sous scellés «

³⁰⁹ Cf. Circ. n° 93-10 DRT du 15 mars 1993, *op. cit.*, qui dispose que « *si la loi n'institue pas un principe de validité scientifique [...] elle exige un degré raisonnable de fiabilité* ».

³¹⁰ L'authenticité de la preuve est exigée par l'art. 1316-4 du Code civil, selon lequel « *la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. [...] Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garanti, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* ».

³¹¹ Bossu (B.), « Nouvelles technologies et surveillance du salarié », *op. cit.*

³¹² CA Aix en Provence, 4 janvier 1994, Bull. d'Aix, extraits 1993-1994, p. 118, note J. Colonna, JCP G n°42, 1995, jurisprudence 22514 ; Dr. soc. 1995, page 332, note M. Grévy ; RJS mars 1994 n°231 : « *compte tenu des possibilités de montage et de trucage qu'offre l'évolution des techniques, ce document ne présente pas de garanties suffisantes d'authenticité, d'impartialité et de sincérité, concernant tant sa date que son contenu, pour qu'il puisse être considéré comme probant* ».

³¹³ CA Rouen, 14 mai 1996, SARL Médical informatique : RJS 8-9/96 n° 908, JCP E 1997 , II, 931, note Prezemsky-Zajac (P.).

³¹⁴ de Senga (A.), *op. cit.*

³¹⁵ CPH de Nanterre, 13 janvier 2000, Gaz. pal. 28.10.2000, p. 34 (En l'espèce, le salarié avait adressé à des amis, des photographies téléchargées depuis des sites pornographiques sur Internet. Son supérieur hiérarchique le découvre car certaines étaient coincées dans l'imprimante couleur).

alors que celui-ci pouvait être manipulé sans difficulté entre la date des faits et celle des débats »³¹⁶. Avec un raisonnement similaire, la Cour d'appel de Paris³¹⁷ a relaxé une salariée accusée de vol. L'employeur se basait sur un enregistrement vidéo placé dans la salle des coffres, pour dire que la caissière avait dérobé un sac contenant des espèces. En l'espèce, une période de dix minutes n'ayant pas été filmée ou visionnée, il était impossible de savoir ce qui c'était réellement passé dans le local pendant ce laps de temps. On peut ajouter les cas de télémaintenance des postes informatiques³¹⁸, dont nous avons parlé plus haut. Certains programmes permettent aux informaticiens de prendre, à distance, le contrôle du poste de travail du salarié. Ainsi, il peut agir à sa guise, avoir accès aux textes tapés par la personne, modifier un fichier sur le disque dur du salarié sans qu'il ne s'en aperçoive, insérer des fichiers étrangers.

En application de l'article L. 122-43 du Code du travail, qui dispose que, « *si un doute subsiste, il profite au salarié* », on peut élargir les propos des juridictions sus cités. En effet, si on considère qu'en pratique, un salarié n'est pas le seul utilisateur de son poste de travail, il devient délicat de le sanctionner pour un usage abusif des moyens techniques mis à sa disposition. Sur ce point, l'article 1316-1 du Code civil³¹⁹, ne permet pas de faciliter l'authentification des preuves. Issu de la loi du 13 mars 2000³²⁰ relative à la signature électronique, l'article 1316-1 prévoit seulement que la preuve par l'écrit électronique, est admise au même titre que l'écrit sur support papier. Mais pour ce faire, il impose que soit « *dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* ». Malgré l'adaptation législative du droit de la preuve aux technologies de l'information, l'employeur est toujours confronté au problème de la délicate détermination de l'imputation certaine des faits³²¹. Dans le cadre des relations de travail, cette tâche est difficile. Pour tenter de lutter contre ce phénomène, et pouvoir identifier plus

³¹⁶ CPH de Nanterre, 16 juillet 1999, Gaz. Pal. 21 et 23 janvier 2001, p. 29, note Berenguer-Guillon (J.) et Guignot (L.).

³¹⁷ CA Paris, 12 mai 1999, Droit ouvrier 1999, p. 460, obs. M. Richevaux (Il était reproché à une salariée d'avoir volé un sac contenant des espèces. Cette dernière contestait les faits en se basant sur un enregistrement de vidéosurveillance. La Cour d'appel, constatant qu'une période de dix minutes n'avait pas été enregistrée, affirme que personne ne pouvait savoir ce qui s'était passé dans le local pendant ce laps de temps).

³¹⁸ Bouchet (H.), « La cyber-surveillance des salariés dans l'entreprise », *op.cit.*

³¹⁹ L'art. 1316-1 du Code civil dispose que, « *l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* ».

³²⁰ Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique.

facilement, et de façon certaine l'auteur de faits répréhensibles, la charte de bon usage des TIC, appliquée par la direction du groupe Renault³²², prévoit par exemple des mesures de sécurité, telles que la modification régulière des mots de passe, et l'interdiction de prêter son identifiant. Suivant les mêmes objectifs, de plus en plus d'entreprises équipent leurs salariés de cartes personnelles nécessaires à l'activation de leur ordinateur. Mais, malgré le degré de sophistication des techniques, l'imputation de la responsabilité d'un acte fautif commis au moyen des TIC restera délicate.

On pourrait ajouter que l'employeur qui cherche à obtenir une preuve valable, doit en premier lieu, veiller à ne pas violer les textes protecteurs des libertés du salariés. A défaut, non content de ne pas pouvoir présenter la preuve à l'appui de sa requête, il se verrait reprocher une atteinte à la vie personnelle du salarié. Comme l'explique Jean-Emmanuel Ray, en produisant, par exemple, le contenu d'un mail, l'employeur peut se retrouver dans la position de « *l'arroseur arrosé* »³²³. De même, comme cela a déjà été dit plus haut, si les moyens de contrôle mis en place permettent de collecter de façon automatisée, des informations nominatives, ils devront impérativement faire l'objet d'une déclaration à la CNIL. A défaut, la preuve obtenue par ce moyen serait inutilisable, puisque ne remplissant pas les conditions légales³²⁴.

Si, malgré les obligations qui lui sont imposées, l'employeur porte atteinte à la vie personnelle des salariés, la loi du 31 décembre 1992 permet aux délégués du personnel d'intervenir. En vertu de l'article L. 422-1-1 du Code du travail, « *si un délégué du personnel constate [...] qu'il existe une atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur* », lequel « *doit prendre les dispositions nécessaires* » pour remédier à cette situation. Concrètement, à ce stade, l'intervention d'un représentant élu du personnel, peut permettre d'obtenir le retrait

³²¹ Sciberras (J.- C.), « L'irrigation de l'entreprise par les nouvelles technologies de l'information et de la communication : point de vue d'un praticien ».

³²² Groupe Renault, « Charte du bon usage des ressources informatiques, électroniques et numériques », du 1^{er} juillet 2001.

³²³ Ray (J.- E.), « Le droit de la preuve à l'épreuve des NTIC », *op. cit.*; Cf. également Tribunal correctionnel de Paris 2 novembre 2000, Virieux, *op. cit.*

³²⁴ Cass. crim. 23 mai 1991 : RJS 3/92, n° 379 (Condamnation d'un employeur pour utilisation d'un autocommutateur permettant de relever l'intégralité des communications téléphoniques passées par chaque poste ainsi que la durée et le coût des communications. La condamnation n'est pas fondée sur l'utilisation du procédé mais sur l'absence de déclaration auprès de la CNIL).

d'éléments de preuve obtenus par l'employeur grâce à des moyens frauduleux. Il peut même saisir le juge des référés qui pourra ordonner le retrait du dispositif³²⁵. Mais, une affaire du 10 décembre 1997³²⁶ a vite soulevé une interrogation fondamentale. Les pouvoirs octroyés au délégué du personnel, lui permettent d'intervenir préventivement pour mettre fin à l'atteinte aux libertés, en imposant le retrait du dispositif de contrôle³²⁷. Lui permettent-il d'agir de même lorsque l'atteinte illicite aux droits fondamentaux s'est traduite par la rupture du contrat de travail ? Dans cette espèce, plusieurs salariées avaient été licenciées suite à un enregistrement vidéo les présentant à leur insu en train de manipuler de l'argent, alors que le chef d'entreprise n'avait pas informé les salariées sur les techniques de contrôle utilisées. Suite à l'atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles dans l'entreprise, le délégué du personnel peut-il soulever la question de la validité du licenciement ? Peut-il agir en nullité des licenciements prononcés ? La Cour de cassation a refusé cette option. Cette solution cadre mal avec la loi du 31 décembre 1992 qui veut faire cesser ces atteintes. Il n'est pas logique de se satisfaire d'un retrait d'une caméra cachée tout en maintenant les effets produits par ces atteintes illicites aux droits fondamentaux³²⁸.

³²⁵ Cass. soc. 10 décembre 1997, Aubin, Liaisons soc. Jurisprudence n° 7798 du 27 janvier 1998.

³²⁶ Cass. soc. 10 décembre 1997, Carrefour, pourvoi n°95-42661 : RJS 1/98 n°62 ; Dr. Soc. 1998, 127, note. Bossu (B.); Les Petites Affiches, n° 40,3 avril 1998, concl. Chauvy (Y.) ; TPS mars 1998, n° 72, p. 11, obs. Verkindt (P.-Y.) (La société Euromarché « Carrefour » avait mis en place, à l'insu du personnel, un dispositif d'enregistrement vidéo dans la cabine où se trouvait la caisse du poste à essence. Sur la base d'éléments obtenus par ce dispositif, plusieurs salariés ont été licenciés. Une déléguée du personnel fait valoir que les licenciements ont été fondés sur les images d'un film vidéo tourné dans des conditions illicites et attentatoires aux libertés individuelles. Elle saisit la juridiction prud'homale d'une demande d'annulation des licenciements).

³²⁷ Frouin (J.-Y.), « La protection des droits de la personne et des libertés des salariés ».

³²⁸ V. en ce sens les concl. Chauvy (Y.) , *op. cit.*, Bossu (B.), « Le salarié, le délégué du personnel et la vidéosurveillance ».

CONCLUSION

Les TIC favorisent indéniablement le développement de la vie personnelle au travail. Bien que n'étant pas un droit absolu, grâce aux TIC, la vie personnelle peut trouver une nouvelle expression au sein de l'entreprise, même si l'employeur peut légitimement en encadrer l'usage, pour éviter d'éventuels abus. Certains dispositifs de contrôle de l'activité pourront être ainsi mis en place. Cependant, du fait de la multitude de possibilités de traçage offertes par les TIC, les salariés sont de plus en plus exposés à des risques d'intrusion de l'employeur dans la sphère de leur vie personnelle. L'employeur doit donc respecter certaines limites. Du fait des dispositions législatives et des décisions jurisprudentielles, l'employeur n'est pas « seul juge » des moyens de contrôle qu'il utilise. La réalité est parfois différente. Les salariés ne sont pas toujours à même de réaliser l'étendue de la cyber-surveillance.

« Face à cet instrument qui par nature est un instrument de connaissance et de communication : la préoccupation principale est celle de la protection des droits »³²⁹.

³²⁹ Combrexelle (J.- D.), « conclusions », *op. cit.*

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages :

- Cornu (G.): « Droit civil Introduction Les personnes - les biens »
- Durand (P.) et Joussaud, « Traité de droit du travail » Tome I, n°356
- Lamy droit de l'informatique et des réseaux, Ed. Lamy 2002, 2002 p.
- Lamy droit social, Ed. Lamy, 2253 p.
- Pélissier (J.), Supiot (A.), Jeammaud (A.), « Droit du travail », Collection Précis, D. 2000, 1220 p.
- Ray (J.- E.), « Le droit du travail à l'épreuve des NTIC », Ed. Liaisons 2001, Collection « Droit vivant », 2^{ème} éd., 269 p.
- Waquet (P.), « L'entreprise et les libertés du salarié », Ed. Liaisons 2003, 206 p.

Etudes et rapports :

- Rapport de la CNIL, « Cyber-surveillance des salariés sur les lieux travail », 5 février 2002, Liaisons soc. Quotidien n° 13584, p.1
- Rapport de la CNIL, présenté par Bouchet (H.), « La cyber-surveillance des salariés dans l'entreprise », Rapport d'étude et de consultation publique, mars 2001, Ed. Francis Lefebvre, Etudes, BS 7/01, p. 329 et suivantes, disponible sur <http://www.cnil.fr>
- Rapport de la CNIL, « La gestion des ressources humaines : halte aux dérives », 1999
- Richard de la Tour (J.), « La vie personnelle du salarié », BS 1/01, n°11
- Rapport de la Cour de cassation, « La vie personnelle du salarié », BS Lefebvre, Janvier 2001, p. 7-13
- Lyon-Caen, « Les libertés publiques et l'emploi », Rapport pour le ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, décembre 1991, La Documentation Française

Textes :

Textes nationaux :

- Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adoption du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique

- Loi n°92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du temps partiel et à l'assurance chômage, Titre V sur le recrutement et aux libertés individuelles
- Loi n°91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications
- Loi n°82-915 du 28 octobre 1982
- Loi n°82-689 du 4 août 1982, dite « Auroux », relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise
- Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés
- Loi n°70-643 du 17 juillet 1970
- Décret n° 91-451 du 14 mai 2001 relatif à la prévention des risques liés au travail sur des équipements comportant des écrans de visualisation JO du 16 mai, p. 6497
- Circ. DRT n° 93-10 du 15 mars 1993 relative au titre V de la loi du 31 décembre 1992
- Circ. DRT n° 91-18 du 4 novembre 1991, BOMT, n° 91-23, page 91
- Réponse ministérielle JOAN 15 novembre 1998, p. 6586
- Réponse ministérielle du 2 avril 1990, JOANQ, 2 avril 1990, p. 1540,
- Norme simplifiée n°40, issue de la délibération CNIL n°94-113 du 20 décembre 1994 portant adoption de la norme simplifiée concernant les traitements automatisés d'informations nominatives mis en œuvre à l'aide d'autocommutateurs téléphoniques sur les lieux de travail
- Recommandation CNIL n° 84-31 du 18 septembre 1984 concernant l'usage des autocommutateurs téléphoniques sur les lieux de travail. Troisième rapport d'activité de la CNIL page 109 – JO du 9 janvier 1985

Textes supranationaux :

- Recueil de directives pratiques sur la protection des données personnelles des travailleurs, BIT 7 octobre 1996, n°96/29, communiqué de presse disponible sur <http://www.ilo.org/public>
- Directive n°95/46 du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à libre circulation des données
- Directive n°93/104 du 23 novembre 1993
- Directive 90/270/CEE du Conseil du 29 mai 1990, relative aux prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives au travail sur des équipements à écran de visualisation

- Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, du 28 janvier 1981, disponible sur <http://conventions.coe.int>,

Jurisprudence :

La grande majorité des décisions rendues par la Cour de cassation se disponibles sur : <http://www.legifrance.gouv.fr>; <http://www.courdecassation.fr> ; www.jurisclasseur.com

Cour de cassation :

Chambre sociale :

- Cass. soc. 21 octobre 2003
- Cass. soc. 28 mai 2003, Sagem, pourvoi n°02-40273
- Cass. soc. 1er avril 2003, société Cibomat, n° 1044 FS-D
- Cass. soc. 3 décembre 2002, pourvoi n°00-44321
- Cass. soc. 2 octobre 2001, Abram, pourvoi n°99-42727 : Dr. soc. Décembre 2001, p. 1039
- Cass. soc. 2 octobre 2001, Société Nikon France, pourvoi n°99-42942 : D., n°39, 8 novembre 2001, p. 3148 et suivantes ; D., n°39, 8 novembre 2001, p. 3148 ; Rev. Jur. Personnes et famille, janvier 2002, n°1, p. 10 et suivante, note Bossu (B.)
- Cass. soc. 15 mai 2001, RJS 7/01, n° 830, 2ème espèce
- Cass. soc. 31 janvier 2001, Alaimo, pourvoi n°98-44290 : RJS 4/01 n°405, Jurisprudence Sociale Lamy, n° 74 p. 18, note Seguin (L.)
- Cass. soc. 12 décembre 2000, Baranez, Bull. civ. n° 417
- Cass. soc. 18 juillet 2000, Guyonnet, pourvois n°98-43.485 : RJS 11/00 n° 1068
- Cass. soc. 21 mars 2000, Bull. civ. n° 115
- Cass. soc. 14 mars 2000, Dujardin, pourvoi n°98-420-90 : JCP G, n°6 du 7 février 2001, p. 325 et suivantes, Jurisprudence II 10472 ; RJS 4/00 n° 386
- Cass. soc. 26 mai 1999, n°2143 P : RJS 7/99, n°916
- Cass. soc. 2 décembre 1998, Fdida, pourvoi n° 96-44258
- Cass. soc. 21 octobre 1998 : RJS 12/98, n° 1454
- Cass. soc. 16 juin 1998, Bull. civ. n° 323
- Cass. soc. 11 mars 1998, Pisoni, pourvoi n°96-40147 : RJS 4/98 n°415, 2ème espèce
- Cass. soc. 4 février 1998

- Cass. soc. 14 janvier 1998, Serro, pourvoi n°96-40165, Bull. civ. n°14
- Cass. soc. 10 décembre 1997, Aubin : Liaisons soc. jurisprudence n° 7798 du 27 janvier 1998
- Cass. soc. 10 décembre 1997, Carrefour, pourvoi n°95-42661 : RJS 1/98 n°62 ; Dr. soc. 1998, p. 127, note. Bossu (B.); Les Petites Affiches, n° 40,3 avril 1998, concl. Cass. soc. 10 décembre 1997, Dr. soc. 1998, p. 203, note Couturier (G.)
- Cass. soc. 14 mai 1997, pourvoi n° 94-45473, Bull. civ. n° 175
- Cass. soc. 5 janvier 1995, Société Ordina, pourvoi n°91-41911
- Cass. soc. 24 mars 1993, Coat, n° 133 D.
- Cass. soc. 3 février 1993, Stroisch, pourvoi n°90-43642
- Cass. soc. 25 février 1992 : RJS 4/92, n° 421
- Cass. soc. 22 janvier 1992, Rossard, n°90-42517 : Dr. soc. 1992, p. 268 ; Savatier (J.), « La protection de la vie privée des salariés », Dr. soc. 1992, p. 329
- Cass. soc. 20 novembre 1991, Néocel, Bull. civ. n°519 : RJS 1/92 n°1
- Cass. soc. 12 décembre 1990, Bull. civ., n°670 : RJS 2/91, n°176
- Cass. soc. 8 juillet 1960, Bull. civ. n°756
- Cass. soc. 31 mai 1956 Etablissements Brinon, Bull. civ. 1956. IV, n°499, p. 87
- Cass. soc. 16 février 1956, Etablissements Brinon, Bull. civ. n° 163
- Cass. soc. 29 janvier 1953 : Dr. soc. 1953, p. 286

Chambre criminelle :

- Cass. crim. 6 avril 1994, n°93-82.717, Bull. crim. 136
- Cass. crim. 23 juillet 1992, pourvoi n°92-82721
- Cass. crim. 16 janvier 1992, pourvoi n° 88-85609, Droit pénal 1992, 170 : Gaz. Pal., 1992, 296
- Cass. crim. 23 mai 1991 : RJS 3/92, n° 379
- Cass. crim. 16 janvier 1990, pourvoi n°89-83075, Bull. crim. n° 25
- Cass. Crim. 26 janvier 1981 : JCP 1982 II, 19 879, note Jean Didier (W.)
- Cass. crim. 15 décembre 1949, Bull. crim.. n° 345

Chambre civile :

- Cass. 1ère civ. 5 novembre 1996, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, par Capitant (H.), Terré (F.) et Lequette (Y.), Tome 1 , Dalloz, 11ème éd. 2000, n° 17

Conseil d'Etat :

- CE 29 décembre 1995 : RJS 3/96 n° 283
- CE 12 novembre 1990 : RJS 2/91 n° 178
- CE Ass. 1er février 1980, Corona, concl. Bacquet (A.) : Dr. soc. 1980, p. 310

Conseil constitutionnel :

- CC 23 juillet 1999 n°99-416 sur CMU
- CC 12 janvier 1997, n° 76-75 D. 1978, 173, note Hamon (L.) et Leauté (J.)
- CC 27 juillet 1994, D. 1994, 233, note Mathieu ; voir article 66 de la constitution qui proclame l'autorité judiciaire « gardienne de la liberté individuelle »

Juridictions du second degré :

- CA de Versailles, 28 mars 2003, M. G., sixième Ch. soc., arrêt n° 481, RG : 02/00046
- CA de Bordeaux, 10 juin 2002, Ch. soc.: Juris Data n° 2002-184292, CCE, juillet août 2003, p. 39, note Lepage (A.)
- CA de Paris, 17 décembre 2001, Fermigier et a., 11è ch. Section A, n°0/07565
- CA de Paris, 16 novembre 2001, Juris data n° 164694
- CA de Versailles, 27 mars 2001, 1ère espèce, 15ème ch. soc., SA Cere
- CA de Paris, 12 mai 1999, Droit ouvrier 1999, p. 460, obs. Richevaux (M.)
- CA de Nancy, 1er mars 1999, Juris data 041078
- CA d'Agen, 2 février 1999, Marty
- CA de Paris, 7 mars 1997, Gaz. Pal. 21 janvier 1999, p. 30
- CA de Paris, 25 novembre 1998, Bonino
- CA de Versailles, 14 octobre 1998, Société Union d'Expertise Comptable
- CA de Versailles, 27 mai 1997, 11e chambre : RJS 8/9, page 198, n° 1105
- CA de Rouen, 4 juin 1996, ch. soc., SA cabinet Lecompte Jouveaux
- CA de Rouen, 14 mai 1996, SARL Médical informatique : RJS 8-9/96 n° 908, JCP E 1997, II, 931, note P. Prezemy-Zajac
- CA de Paris, 7 novembre 1995
- CA de Paris, 2 novembre 1995, RJS 1/96, 1ère espèce et 2ème espèce
- CA de Paris, 31 mai 1995, Maréchaux (pourvoi n°95/30208 index SVP 17 juin 1999, LSQ du 16 juin 1995)

- CA Aix en Provence, 4 janvier 1994 : Bull. d'Aix, extraits 1993-1994, p. 118, note Colonna (J.), JCP G n°42, 1995, jurisprudence 22514 ; Dr. soc. 1995, p. 332, note Grévy (M.) ; RJS mars 1994 n°23
- CA de Versailles, 17 décembre 1993, 15e chambre, Guilmant
- CA de Poitiers, 15 avril 1992, RJS 10/92, n° 1087
- CA de Paris, 25 mars 1992, 22e chambre A, SA Laboratoire Ardeval
- CA de Versailles, 20 décembre 1991, 15e chambre, SA Laboratoire UPSA
- CA de Paris, 9 octobre 1991, 31e Ch. C., Maire
- CA de Douai, 22 septembre 1989, Verreuille

Juridictions du premier degré :

- TGI de Paris 17ème Ch. corr. 2 novembre 2000 Virieux : RJS 2/01 n° 166 ; DO 2001, p. 65, note de Senga (A.)
- CPH de Nanterre, 13 janvier 2000 : Gaz. Pal. 28 octobre 2000, p. 34
- CPH de Nanterre, 16 juillet 1999 : Gaz. Pal. 21 et 23 janvier 2001, p. 29, note Berenguer-Guillon (J.) et Guignot (L.)

Instances supranationales :

- CJCE, 9 septembre 2003, Jeager, Affaire C-151/02
- CJCE, 3 octobre 2000, Simap, Affaire C-303/98
- CEDH, 27 mai 1997 Goodwin
- CEDH, 23 novembre 1992 Niemitz, Séries A n°251/B, §29

Etudes doctrinales et articles :

- Antonmattéi (P.- H.), « NTIC et vie personnelle au travail », Dr. soc. n°1 Janvier 2002, p. 37 et suivantes
- Aubry (M.) et. REMY (P.- L), « Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies », Dr. soc. n°6 Juin 1992, p.522 et suivantes
- Bérenguer-Guillon (J.) et Gallier (A.), « L'utilité des chartes déontologiques relatives à l'utilisation de l'outil informatique », Gaz. Pal. 21 et 23 janvier 2001, p. 14
- Bossu (B.), « Le salarié, le délégué du personnel et la vidéosurveillance », Dr. soc. 1995, p. 978

- Bossu (B.), « Nouvelles technologies et surveillance du salarié », RJS 8-9/01, p. 663 et suivantes
- Bouchet (H.), « A l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié », Dr. soc. n°1 Janvier 2002, p. 78 et suivantes
- Chauvy (Y.), « conclusions »
- Chauvy (Y.); TPS mars 1998, n° 72, p. 11, obs. Verkindt (P.- Y.)
- Combrexelle (J.- D.), « conclusions », Dr. soc. n°1 Janvier 2002, p.103 et suivantes
- Darmaisin (S.), « L'ordinateur, l'employeur et le salarié », Dr. soc. n°6 Juin 2000, p. 580 et suivantes
- de Belnalcazar (I.), « Le licenciement d'un salarié suite à l'envoi d'un courrier électronique à caractère privé », TPS janvier 2001, p. 4
- de Benalcazar (I.), « Nouvelles technologies et règlement intérieur », TPS, Octobre 2001, p. 6 et suivantes
- de Senga (A.)
- de Sevin (N.) et Herrmann (A.), « Les chartes Internet et le droit du travail », Décideurs juridiques et financiers n°26, p. 36
- de Tissot (O.), « Internet et contrat de travail : les incidences de la connexion à Internet sur les rapports employeur – salariés », Dr. soc., n°2 Février 2000, p. 150 et suivantes
- de Tissot, « Internet et contrat de travail : les incidences de la connexion à Internet sur les rapports employeur – salariés », Dr. soc., n°2 Février 2000, p. 150 et suivantes
- Despax (M.), « La vie extra professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », JCP 1963 I 1776
- Dupuis (M.), « La protection de la vie privée », Lamy Droit des personnes et de la famille, n° 226-7 et s.
- F. Ewald (F.) « L'Etat providence », Paris, Grasset, 1986
- Favennec-Héry (F.), « Vie privée dans l'entreprise et à domicile », RJS 12/01, p.940 et suivantes
- Frayssinet (J.), « Nouvelles technologies et protection des libertés dans l'entreprise », Dr. soc., n°6 Juin 1992, p. 596 et suivantes
- Frouin (J.-Y.), « La protection des droits de la personne et des libertés des salariés », Les Cahiers sociaux du barreau de Paris, n° 99, p. 131
- Kayser (P.), « La protection de la vie privée par le droit », Economica, 3ème éd. 1995, n° 215

- Leray (G.), « Surveillance ou contrôle des salariés : les limites », Sem. soc. Lamy 1995, n° 754, p. 2
- Lyon-Caen (G.), « Débat autour de l'arrêt Nikon France », Sem. Soc. Lamy, 15 octobre 2001, n°1046, p.8 et suivantes
- Mole (A.), « Débat autour de l'arrêt Nikon France », Sem. Soc. Lamy, 15 octobre 2001, n° 1046, p. 12 et suivantes
- Mole (A.), « Au-delà de la loi informatique et liberté », Dr. soc. n°6 Juin 1992, p. 603 et suivantes
- Mole (A.), « Mails personnels et responsabilités : quelles frontières ? », Dr. soc. n°1 Janvier 2002, p. 84 et suivantes
- Pizzio-Delaporte (C.), « Libertés fondamentales et droits du salarié : le rôle du juge », Dr. soc. n°4 Avril 2001
- Radé (C.), « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », Dr. soc. n°1 Janvier 2002, p. 26 et suivantes
- Ray (J.- E.), « Le droit du travail à l'épreuve des NTIC », éd. Liaisons, 2001, p. 130 ; Liaisons soc. Magazine, avril 2001, p. 60 et suivante
- Ray (J.- E.), « Comité d'entreprise, transparence et dissuasion », Dr. soc. 1993, p.218
- Ray (J.- E.), « De Germinal à Internet, une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », Dr. soc. n°7/8 Juillet-Août 1995, p. 634 et suivantes
- Ray (J.- E.), « De la sub/ordination à la sub/organisation », Dr. soc. n°1 Janvier 2002, p.5 et suivantes
- Ray (J.- E.), « Ennuis NTIC », Liaisons soc. Magazine, « Chronique juridique », mai 2003
- Ray (J.- E.), « Le droit du travail au XXIe siècle », LS Magazine, Janvier 2000, p. 55 et suivante
- Ray (J.- E.), « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination », Dr. soc. n°6 Juin 1992, p. 525 et suivantes
- Ray (J.- E.), « Temps professionnel et temps personnel », Dr. soc. n°1 Janvier 2004, p. 58 et suivantes
- Ray (J.- E.), « Une loi macédonienne ? Etude critique du Livre V de la loi du 31 décembre 1992 », Dr. soc. 1993, p. 110
- Rivero (J.), « Les libertés publiques dans l'entreprise », Dr. soc. 1982, page 424
- Roubier (P.), « Droits subjectifs et situation juridique », 1963, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, p. 95

- Roudil (A.), « Le droit du travail au regard de l'informatisation », Dr. soc. n°4 Avril 1981, p. 307 et suivantes
- Savatier, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », Dr. soc. n°1 Janvier 1982, p. 1 et suivantes
- Sciberras (J.- C.), « L'irrigation de l'entreprise par les nouvelles technologies de l'information et de la communication : point de vue d'un praticien », Dr. soc., n°1 Janvier 2002, p. 93 et suivantes
- Supiot (A.), « La réglementation patronale de l'entreprise » : Dr. soc. 1992, p.223
- Supiot (A.), « Travail, droit et technique », Dr. soc. n°1 Janvier 2002, p. 13 et suivantes
- Terré (F.) et Fenouillet (D.), « Droit civil : Les personnes, la famille, les incapacités », Précis Dalloz, 6ème éd. 1996
- Waquet (P.) « Les libertés dans l'entreprise », RJS 5/00, p.335 et suivantes
- Waquet (P.), « La vie personnelle du salarié », Dr. soc. n°1 Janvier 2004, p.23 et suivantes
- Waquet (P.), « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », Dr. soc. n°12 Décembre 2000, p. 1051 et suivantes
- Waquet, « Le temps de repos », Dr. soc. 2000, p. 288
- Waquet, « Les objectifs », Dr. soc. 2001, page 120
- Waquet, « Propos liminaires », Dr. soc. n°1 Janvier 2002, p. 10 et suivantes

Sites Internet :

- Le site du service public de la diffusion du droit : <http://www.legifrance.gouv.fr>
- Le site de la Cour de cassation : <http://www.courdecassation.fr>
- Le site de la CNIL : <http://www.cnil.fr>
- Le site du Forum des droits sur l'Internet : <http://www.foruminternet.org>
- Deux sites de dictionnaire en ligne : <http://www.tout-savoir.net/lexique>
<http://www.alaide.com/dico>