ComUE Lille Nord de France

Thèse délivrée par

L'Université Lille 2 – Droit et Santé

N° attribué par la bibliothèque
_|_|_|_|_|_|_|_|_|_|

THÈSE

Pour obtenir le grade de DOCTEUR en DROIT

Présentée et soutenue publiquement par
Thomas MORGENROTH
Le 5 décembre 2016

LA VIE PRIVÉE EN DROIT DU TRAVAIL

JURY

Directeur de thèse : **M. Bernard BOSSU**, Professeur à l'université de Lille 2, Doyen de la Faculté des Sciences Politiques Juridiques et Sociales

Membres du jury : **M. Alexis BUGADA**, Professeur à l'université d'Aix-Marseille

Mme Alexia GARDIN, Professeure à l'université de Lorraine

M. Jean-Philippe LHERNOULD, Professeur à l'université de Poitiers

M. Jean MOULY, Professeur émérite à l'université de Limoges

À Anne, Emma, mes parents, ma famille, mes amis, mes collègues…,

Au Professeur Bernard BOSSU,

En remerciements de leur indéfectible soutien !

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE **17**

PARTIE 1 – LE SECRET DE LA VIE PRIVÉE **41**

TITRE 1 : Le droit à la rétention des informations personnelles **45**
Chapitre 1 – Un pouvoir d'investigation reconnu 49
Chapitre 2 – Un pouvoir d'investigation limité 83

TITRE 2 : Le droit à la non divulgation des informations personnelles **123**
Chapitre 1 – Un droit de contrôle de l'information personnelle 127
Chapitre 2 – Une obligation de discrétion 159

Partie 2 – LA LIBERTÉ DE LA VIE PRIVÉE **219**

TITRE 1 : Une liberté du salarié dans sa vie privée **229**
Chapitre 1 – La reconnaissance d'une vie hors travail 231
Chapitre 2 – La protection de la vie hors travail 257

TITRE 2 : Une liberté du salarié dans sa vie professionnelle **301**
Chapitre 1 – La liberté de l'individu au travail 303
Chapitre 2 – La liberté de la personne dans sa vie professionnelle 349

CONCLUSION GÉNÉRALE **403**

TABLES D'ABREVIATIONS

1. Abréviations du texte

A	
· AT/MP	Accident du travail / Maladie professionnelle
· ANI	Accord national interprofessionnel
B	
· BGB	*Bürgerliches Gesetzbuch* (Code civil)
C	
· CHSCT	Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
· CNIL	Commission nationale informatique et liberté
· CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
· CSEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme
· CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
· CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
D	
· DMP	Dossier médical personnel
· DMST	Dossier médical en santé au travail
E	
· etc.	*Et cetera* (et le reste)
H	
· HALDE	Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
I	
· IRP	Institutions représentatives du personnel
L	
· L.	Partie législative du code cité
M	
· Mme	Madame
· MM.	Messieurs

· M.	Monsieur
N	
· n°	Numéro
R	
· R.	Partie réglementaire du code cité
T	
· TCE	Traité instituant la Communauté européenne
· TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne
· TGI	Tribunal de grande instance
U	
· UE	Union européenne

2. Abréviations à caractère bibliographique

A

· act.	Actualité
· *adde*	Ajouter
· aff.	Affaire(s)
· al.	Alinéa(s)
· AMF	Autorité des marchés financiers
· anc.	Ancien(ne) / anciennement
· Arr.	Arrêté
· Art.	Article(s)
· Ass.	Assemblée
· Ass. plén.	Assemblée plénière
· Assoc.	Association

B

· Bibl.	Bibliothèque
· Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
· Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
· Bull. soc.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre sociale)

C

· c/	Contre
· CA	Cour d'appel
· Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
· Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
· Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
· Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
· CE	Conseil d'État
· ch.	Chambre
· ch. soc.	Chambre sociale
· ch. mixte	Chambre mixte
· Chap.	Chapitre
· chron.	Chronique
· Cie	Compagnie

· Circ.	Circulaire
· Circ. DGT	Circulaire de la direction générale du travail
· Circ. Min.	Circulaire ministérielle
· CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
· CJUE	Cour de justice de l'Union européene
· CNRS	Centre national de recherche scientifique
· comm.	Commentaire
· conv.	Convention
· Cons. Const.	Conseil constitutionnel
· Cons. Prud	Conseil de prud'hommes

D

· D.	Décret
· DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
· Délib.	Délibération
· DGEFP	Direction générale de l'emploi et de la formation
· Dir.	Directive (communautaire)
· dir.	Sous la direction de
· DRT	Direction régionale du travail

E

· éd.	Édition (s)
· etc.	*et cetera* (et le reste)
· Ets	Établissements

F

· fasc.	Fascicule

G

· *GADT*	Les grands arrêts de droit du travail - DALLOZ

I

· *Infra*	En dessous, en bas *Idem* (au même endroit, ici même)
· *Ibid*	*Ibidem* (au même endroit, ici même)
· *in*	Inséré dans, à l'intérieur de
· IR	Informations Rapides

J

· JORF	Journal officiel de la République française – édition Lois et Décrets
· JOAN	Journal officiel de la République française – édition

	Débats parlementaires
· JOANQ	Journal officiel de la République française – édition Questions
· *J.-Cl. Civil Code*	Juris-Classeur Code Civil
· *J.-Cl. Travail*	Juris-Classeur Travail
· Jurisp.	Jurisprudence

L

· L.	Loi ou Partie législative du code cité
· LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
· Lib.	Librairie
· Litec	Librairie technique
· *loc. cit.*	*Loco citato* (à l'endroit déjà cité)

M

· Mme `	Madame
· Mlle	Mademoiselle
· MM.	Messieurs
· M.	Monsieur

N

· n°	Numéro
· n^{os}	Numéros
· NS	Norme simplifiée

O

· *obs.*	Observations
· OIT	Organisation Internationale du Travail
· *op. cit.*	*Opere citato* (dans l'ouvrage cité)

P

· p.	Page
· pp.	Pages
· Pan.	Panorama
· Part.	Partie
· préf.	Préface
· PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
· PUB	Presses universitaires de Bordeaux
· PUF	Presses universitaires de France

R

· R.	Partie réglementaire du code cité
· Rapp. ou rapp.	Rapport ou rapporteur
· Rec.	Recueil
· Règl.	Règlement européen
· *Rép. dr. civ.*	Répertoire de droit civil
· *Rép. dr. trav.*	Répertoire de droit du travail
· *Rép. min.*	Réponse ministérielle (à question écrite)
· Req.	Requête

S

· s.	Suivant(s)
· sect.	Section
· Somm	Sommaires
· spéc.	Spécialement
· ss	Sous
· Sté	Société
· *Supra*	Au-dessus, en haut

T

· t.	Tome
· TGI	Tribunal de grande instance
· trad.	Traduction ou traducteur
· Trib. corr.	Tribunal correctionnel

V

· Vol.	Volume

X

· X	Auteur indéterminé / Partie anonyme

3. Abréviations des revues citées

A

· *APD*	Archives de philosophie du droit
· *AIJC*	Annuaire international de justice constitutionnelle

B

· *Bull. Joly*	Bulletin mensuel d'information des sociétés (devenu Bulletin Joly)

C

· *Comm. com. élec.*	Revue Communication et commerce électronique
· *CSBP*	Cahiers sociaux du barreau de Paris

D

· *D.*	Recueil Dalloz-Sirey
· *DA*	Dalloz actualités
· *D.H*	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (avant 1941)
· *Dr. & Pat.*	Droit et patrimoine
· *Dr. ouvr.*	Droit ouvrier
· *Dr. Soc.*	Droit social

G

· *Gaz. Pal.*	La gazette du Palais

I

· *IP/IT*	Droit de la propriété intellectuelle et du numérique

J

· *JCP E*	Juris-Classeur périodique édition entreprise et affaires (La Semaine juridique)
· *JCP G*	Juris-Classeur périodique édition générale (La Semaine juridique)
· *JCP S*	Juris-Classeur périodique social (La Semaine juridique)
· *JSL*	Jurisprudence sociale Lamy
· *LPA*	Les petites affiches

P

· *PIBD*	Propriété intellectuelle - Bulletin documentaire

R

· *RDAI*	Revue de droit des affaires internationales

· *RD bancaire et fin.*	Revue de droit bancaire et financier
· *RDT*	Revue de droit du travail
· *RDSS*	Revue de droit sanitaire et sociale
· *Rev. science crim.*	Revue de science criminelle
· *RIDC*	Revue internationale de droit comparé
· *RJS*	Revue de jurisprudence sociale
· *RJPF*	Revue juridique personnes et famille (Lamy)
· *RLDI*	Revue Lamy de droit de l'immatériel
· *RTD civ.*	Revue trimestrielle de droit civil
· *RTDH*	Revue trimestrielle des droits de l'homme

S

· *SSL*	Semaine sociale Lamy

INTRODUCTION GENERALE

« L'espace et le temps sont les modes par lesquels nous pensons et non les conditions dans lesquelles nous vivons »[1].

1. – La théorie de la Relativité[2] restreinte d'Albert Einstein date de 1905[3]. Celle-ci a bouleversé la conception de l'univers, de l'espace et du temps, introduisant dans les sciences physiques deux concepts jusqu'alors ignorés : la contraction de l'espace et la dilatation du temps[4]. Les notions d'espace et de temps, produits de l'imagination de l'Homme, rythment néanmoins notre vie de tous les jours. L'idée de leur relativité et de leur variation paraît alors difficile à admettre. Il est certain que leur utilité pratique ne saurait être ignorée, et faute de pouvoir y substituer d'autres instruments de régulation, force est de constater qu'ils apparaissent inéluctables dans la mesure d'une vie d'Homme. Il semble donc préférable de les intégrer plutôt que les combattre, amenant dès lors à réfléchir sur leur composition et les interactions entre ces ensembles et leurs sous-ensembles qui décomposent une vie humaine.

---

[1] « Time and space are modes by which we think and not conditions in which we live » : D. MARIANOFF and P. WAYNE, *Einstein : An intimate study of a great man*, 1944.

[2] « Terme de philosophie. Qualité de ce qui est relatif » ; relatif : « Terme de philosophie. Le relatif, opposé à l'absolu », « synonyme de contingent, accidentel, variable » ; E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française (Le Littré)*.

[3] Albert EINSTEIN, « Zur Elektrodynamik bewegter Körper », *Annalen der Physik*, vol. 17, n° 10, 30 juin 1905, p. 891–921.

[4] Même si certains scientifiques avaient partiellement abordé l'un ou l'autre de ces concepts, auxquels l'auteur lui-même se réfère dans sa contribution.

2. – De la vie, on en retient une définition bornée par deux événements : la naissance et la mort[5]. Entre… ? L'Homme agit et pense[6], dans un cadre, tissé par lui ou pour lui, permettant d'y intégrer ses moindres faits et gestes au sein de référentiels lui assurant la mesure de ce qu'il est, son identité[7]. On y retrouve certains critères : d'une part, le temps, déterminant ainsi des « moments », des « périodes » ou encore des « âges » et, d'autre part, une dimension spatiale, identifiant alors des « lieux », des « périmètres » ou bien encore des « sphères ». Ces éléments parfois divergent, parfois se superposent, ou encore se confondent, mais tous participent à la mesure de la vie de l'individu. Il est ainsi une notion qui emprunte à ces deux dimensions et participe à la caractérisation d'une partie de sa vie : la vie privée.

3. – L'adjectif « privé(e) » a pour racine latine *privare*, terme désignant une action, celle de séparer, de mettre à l'écart. Appliquée à sa vie, cette faculté de réservation permet à l'individu de privatiser des éléments de celle-ci, autrement dit de conserver pour lui-même, une partie de sa vie. L'appréhension de cette faculté est double. Tout d'abord, elle peut se concentrer sur le pouvoir de l'individu de conserver la connaissance d'informations qui le concernent. Cette appropriation de la connaissance de soi-même s'oppose dès lors à la nécessité de savoir, exprimée par le monde qui l'entoure. Par cette approche, l'individu entre naturellement en opposition avec son environnement, dressant ainsi le secret face à la transparence. Cette vision de la vie privée est celle qui retient habituellement l'attention, et notamment celle du juriste. Elle ne saurait toutefois occulter la seconde dimension, laquelle confère à l'individu la faculté de pouvoir vivre pour lui-même, autrement dit agir sans prendre en compte ce qui l'entoure. Il s'agit ainsi d'imposer une vision du cours de sa vie, en opposition parfois à ce qui peut s'imposer socialement.

Ces deux approches ont ainsi en commun de conférer à l'individu une affirmation de lui-même face à son environnement social, autrement dit d'exiger le « respect » de sa vie privée. Dans les deux cas, il s'agit alors, d'une part, d'assurer une certaine autonomie

---

[5] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 2016, 11ème éd., *cf* « Vie », 1ère définition : « Période qui s'étend de la naissance (et même de la conception) jusqu'à la mort ».

[6] G. CORNU, *op. cit.*, 2ème définition : « Ensemble des activités et occupations d'une personne ; les facettes de son existence, vie publique, vie professionnelle, vie privée ».

[7] D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille*, thèse, Paris II, 1996, édition coll. « Bibl. Droit privé », Paris, LGDJ, 2000.

dans la détermination de ce qu'il souhaite être et devenir, autrement dit lui assurer une certaine liberté de choix. D'autre part, cette liberté ne saurait exister sans la possibilité de pouvoir imposer son choix à autrui, par l'attribution d'un droit d'opposition[8].

4. – Ces prérogatives attachées à ce segment de vie peuvent alors entrer en conflit avec d'autres parties de la vie de l'individu[9]. Ainsi oppose-t-on de manière traditionnelle la vie privée à la vie publique[10]. La vie professionnelle de l'individu, d'apparence publique, constitue une autre part avec laquelle la vie privée peut s'opposer. Toutefois, au-delà de l'apparente discorde, un certain chevauchement peut s'observer. En effet, tout à la fois des éléments de la vie privée peuvent empiéter sur la vie professionnelle de l'individu, et inversement. Les difficultés ne viennent pas tant de cette superposition de vies, mais de la mise en œuvre des prérogatives conférées à l'individu, dans le cadre de son statut de travailleur salarié. Ainsi, tant sa liberté de choix que son droit d'opposition semblent devoir s'effacer devant la subordination à laquelle il se trouve astreint par le biais de son contrat de travail. Pourtant, admettre la supériorité totale d'un intérêt privé sur un autre, reviendrait à nier l'égalité inhérente au citoyen à l'égard de ses semblables. Dès lors, la question de la place de la vie privée dans la relation de travail amène naturellement à s'interroger sur l'ampleur et l'effectivité de la subordination. Partant, c'est ainsi tout le cadre juridique qui l'entoure qui se trouve interrogé. Le droit du travail[11], instrument de protection de la partie faible au contrat semble donc devoir opérer un rééquilibrage des forces en présence.

Néanmoins, l'analyse de la vie privée en droit du travail ne saurait s'effectuer sans prendre conscience de la nature intrinsèque de cette notion, empreinte par essence d'une inévitable relativité. Notion mouvante et insaisissable, la vie privée est dépendante d'un contexte (§1). Sa variabilité impacte dès lors son appréhension par le droit (§2). Ces éléments permettront de déterminer l'objet et le champ de la présente étude (§3).

---

[8] Ce droit découle lui-même de sa liberté de choix, l'individu pouvant ainsi décider de s'opposer ou consentir.

[9] À l'opposé, d'autres segments de vie semblent en phase avec la vie privée, à l'instar de la vie familiale.

[10] Certains auteurs ont tenté de définir la vie privée par son opposition à la vie publique : R. LINDON, « La presse et la vie privée », *JCP G*, 1965, II, 1887 ; R. BADINTER, « Le droit au respect de la vie privée », *JCP G*, 1968, I, 2136 ; d'autres auteurs sont plus réservés sur cette opposition : B. BEIGNIER, « Vie privée et vie publique », *Archives de philosophie du droit*, t. 41, 1997, p. 163 et s.

[11] Alors entendu comme « celui qui régit l'ensemble des relations juridiques liées au travail salarié » : G. COUTURIER, *Droit du travail. Les relations individuelles de travail*, Paris, PUF, coll. : Droit fondamental, 3ème éd., 1996, p. 15.

§1 : La relativité contextuelle de la vie privée

5. – Un contexte implique la prise en compte « des conditions naturelles, sociales, culturelles »[12] dans lesquelles se situe l'objet soumis à l'étude. Ces éléments, dont la liste ne saurait être exhaustive[13], peuvent se rapporter aux unités de mesure inhérentes à toute vie humaine, elles-mêmes relatives : l'espace (A) et le temps (B).

A / Une relativité dans l'espace

6. – L'espace géographique rend compte des différences culturelles, sociales, économiques ou encore politiques entre des territoires dotés de systèmes de valeurs et juridiques propres. La vie privée est appréhendée de façons très diverses par les nations existantes. Cette idée peut être illustrée par une comparaison entre des pays pourtant dotés d'une apparente proximité au plan du développement économique et social. Si la paternité de la notion de vie privée semble provenir d'outre Atlantique[14], la vision américaine, et d'une manière générale anglo-saxonne, de la notion de « *privacy* » semble alors dotée d'un caractère plus général que celle adoptée par d'autres pays européens, et notamment la France[15]. Si le système juridique de « Common law »[16] peut expliquer qu'en partie cette différence de conception, elle permet néanmoins de comprendre la faible présence textuelle de la notion de vie privée. Ainsi, l'Angleterre ne connaît pas cette notion[17], en raison notamment d'une liberté de la presse à laquelle aucun homme

---

[12] Le Larousse, *Dictionnaire de langue française*.

[13] Ainsi pourrait-on y intégrer des dimensions d'ordre historique, économique, sociologique, politique religieuse, etc.

[14] S. WARREN and L. BRANDEIS, « The right to privacy », *Harvard Law Review*, 1890 ; *in* R. Wacks (dir.), Privacy vol. II, p. 5.

[15] J.-L. HALPÉRIN, « L'essor de la « *privacy* » et l'usage des concepts juridiques », *Droit et société*, 61/2005, p. 765 ; *Ibid.*, « Protection de la vie privée et *privacy* : deux traditions juridiques différentes ? », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 1er juin 2015, n°48, p. 59.

[16] Système juridique dont les règles sont principalement édictées par les tribunaux au fur et à mesure des décisions individuelles. La jurisprudence est ainsi la principale source du droit et la règle du précédent oblige les juges à suivre les décisions prises antérieurement par les tribunaux.

[17] *Cf not.* E. BARENDT, « La protection de la vie privée en Angleterre », *Legicom*, 1999, n° 20, p. 115 ; « Vie privée et Common Law », Actes de colloque franco-britannique, 2002, disponible sur www.courdecassation.fr [consulté le 10.10.2016], spéc. Lord Justice Stephen SEDLEY citant : « "L'oeil ne peut pas enfreindre" déclarait dans une affaire Lord Camden au 18ème siècle ».

politique n'oserait s'attaquer[18]. De même, le « Bill of Rights »[19] américain ne mentionne pas la vie privée, laquelle a tout de même pu être protégée au titre de certains de ses amendements par la Cour suprême[20], lui accordant dès lors une valeur constitutionnelle. Il semble néanmoins que la protection de la vie privée s'entende davantage vis-à-vis d'un risque d'ingérence de la puissance publique, alors résumée à travers la célèbre expression : « the right to be let alone »[21]. Ce souci de protection de l'individu contre un pouvoir étatique trop puissant peut expliquer en partie le souci de certains pays européens de faire figurer certains instruments de protection du citoyen dans leur corpus législatif. Ainsi, si la vie privée n'apparaît pas en tant que tel au sein de la Loi Fondamentale de Bonn du 23 mai 1949, le droit allemand l'appréhende par d'autres droits insérés dans la charte constitutionnelle allemande[22]. D'autres pays ont fait le choix d'intégrer la notion de vie privée au sein de leur Constitution, notamment la Belgique[23], la Suisse[24] ou encore l'Espagne[25]. À l'inverse, la France n'a pas opéré le même choix, le Conseil constitutionnel accordant tardivement une telle valeur au droit au respect de la vie privée[26], laissant le soin au juge judiciaire de protéger la vie privée.

---

[18] *Cf* Lord Justice Stephen SEDLEY, *op. cit.*, : deux commissions avaient pourtant été diligentées, à deux époques différentes, afin de pouvoir examiner la faisabilité de l'introduction de la notion de vie privée dans le droit anglais : la Commission Royale de 1972, *Younger Committee* (du nom de son président), et l'autre, plus récente, la Commission *Calcutt* de 1990. Il semble que pour l'une et l'autre de ces commissions ait cédé à la pression de l'industrie de la presse.

[19] La « Déclaration des droits » est l'ensemble constitué des dix premiers amendements à la Constitution américaine. Elle limite les pouvoirs du gouvernement fédéral et garantit les libertés de presse, de parole, de religion, de réunion, le droit de porter des armes, et le droit de propriété.

[20] *Griswold vs Connecticut*, vol. 381, U.S. 479, 1965 (condamnant l'État du Connecticut pour avoir interdit la délivrance de toute substance ou matériel pouvant empêcher la fécondation aux couples mariés) ; *cf* ég. *Katz vs USA*, vol. 389, U.S. 387, 1967, en ce qui concerne des écoutes téléphoniques.

[21] Trad. : « Le droit d'être laissé tranquille », S. WARREN and L. BRANDEIS, *op. cit.*, §1.

[22] Par le biais de deux types de dispositions : d'une part, certaines permettant de protéger la vie privée sans toutefois la nommer (l'article 10 relatif au secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications et l'article 13 concernant l'inviolabilité du domicile), d'autre part, des dispositions « matricielles » (article 1§1 relatif au principe de la dignité humaine et l'article 2§1 sur le droit au libre épanouissement de la vie personnelle) ; *cf* not. L. BURGORGUE-LARSEN, « L'appréhension constitutionnelle de la vie privée en Europe (Analyse croisée des systèmes constitutionnels allemand, espagnol et français) », disponible sur www.univ-paris1.fr [consulté le 10.10.2016].

[23] Article 22 de la Constitution : « Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi ».

[24] Article 13 de la Constitution : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications. Toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent ».

[25] Article 18 de la Constitution ; *cf* F. J. MATIA PORTILLA, « Espagne. Constitution et secret de la vie privée », *AIJC,* XVI-2000, pp.209-245.

[26] Cons. Const., 18 janvier 1995, n° 94-352 DC : *D.*, 1995, p.170 ; F. LUCHAIRE, «La vidéosurveillance et la fouille des voitures devant le Conseil constitutionnel », *Rev. dr. pub.*, 1995, p. 575 ; M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « France. Constitution et secret de la vie privée », *AIJC,* XVI-2000, p.259 ; « La liberté proclamée par l'article 2 de la DDHC qui dispose que le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme et que ces droits sont la liberté, la

L'intervention du législateur a ainsi permis d'asseoir la notion de vie privée dans les rapports de droit privé[27], figurant en bonne place dans le Code civil[28]. Cette approche civiliste confirme alors la volonté de lutter dans un premier temps contre l'indiscrétion de la presse à scandale[29]. Si dans un premier temps, ce droit a pu être destiné à une élite pouvant pâtir des effets de leur notoriété, il s'est peu à peu élargi au quidam, tant par l'affirmation d'un individualisme sociétal que la montée en puissance d'une technologie au potentiel intrusif décuplé.

Apparaît ainsi une dualité d'approche de la vie privée, rappelant celle inhérente à cette notion : d'un côté, une conception verticale par la préservation d'une liberté face à la puissance publique, de l'autre, une vision horizontale dans l'opposition d'un secret à l'égard de ses semblables. Quelle que soit la dimension, la protection de la privée a pu faire l'objet d'une approche territoriale.

7. – L'idée d'un « mur de la vie privée »[30] tend alors vers l'érection de frontières et la délimitation d'espaces. Cette idée de territoires a séduit plus d'un auteur : la vie privée serait ainsi tantôt un secteur[31], une zone[32], une sphère[33] ou encore un domaine

---

propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression, implique le respect de la vie privée » : Cons. const., 23 juillet 1999, n° 99-416 DC : *D.*, 2000. Somm. p. 265, obs. L. MARINO, *Comm. com. élec.*, 1999, Comm. n° 52, obs. R. DESGORCES, *RTD civ.*, 1999. 724, obs. N. MOLFESSIS ; solution reprise dans la décision « loi relative au Pacs », Cons.const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC.

[27] Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

[28] L'article 9 du Code civil dispose : « Chacun a droit au respect de sa vie privée » ; la loi créa également diverses incriminations en matière d'atteinte à la vie privée, qui ont été reprises dans le code pénal de 1992 aux articles 226-1 et suivants.

[29] R. BADINTER, *op. cit.* : « La persistance de l'industrie du ragot ne pourrait subsister que par la complaisance des victimes ou une inconcevable faiblesse des magistrats. En matière de protection de la vie privée, c'est donc au législateur qu'il appartient à présent d'intervenir » ; l'insertion du droit au respect de la vie privée dans le droit japonais (« puraibashii no kenri ») provient du même souci de protection contre une presse trop intrusive par un arrêt de la Cour de district de Tokyo : *Arita v. Mishima, 15 Kakminshū 2317* (Tokyo Dist. Ct., Sept. 28, 1964). Voir sur ce point : P. R. Luney et K. Takahashi, *Japanese Constitutional Law*, Tokyo, University of Tokyo Press, 1993, p. 235-236, pris sur fondement de l'article 13 de la Constitution selon lequel « Tous les nationaux devront être respectés comme individus. Leur droit à la vie, à la liberté, à la poursuite du bonheur, dans la mesure où il ne fait pas obstacle au bien-être public, demeure le souci suprême du législateur et des autres responsables du gouvernement » ; *cf* J.-M. SAUVET, Propos introductif aux IXèmes Journées juridiques franco-japonaises, « La sphère privée en droit français et japonais », 1er septembre 2015, disponible sur www.conseil-etat.fr [consulté le 10.10.2016].

[30] P.-P. ROYER-COLLARD parlait déjà de « vie privée murée », à l'occasion notamment des débats précédant l'adoption de la loi du 17 mai 1819 sur la répression des crimes et délits commis par voie de la presse, ou par tout autre moyen de communication (S. 1819. II. 227) ; même si la paternité de la formule est discutée (Le dictionnaire d'Emile Littré, au bénéfice d'une lettre de Stendhal, attribue la formule à Talleyrand).

[31] R. NERSON, « La protection de l'intimité », *Journal (belge) des Tribunaux*, 1959, p. 713.

[32] J. RIVERO, *Les libertés publiques*, t. 2, « Le régime des principales libertés », PUF, coll. "Thémis", 1989, p. 76.

réservé[34]. La doctrine travailliste s'est également montrée encline à de telles qualifications[35], empruntant alors au champ sémantique guerrier : le « donjon »[36], la « forteresse »[37]. Cette approche, que nous qualifierons de « sphérique », par l'exclusion ou l'inclusion dans un périmètre, tend à vouloir se concentrer sur l'un des aspects de la vie privée, celui du secret de la vie privée. Elle présente en outre l'inconvénient de recourir à l'exercice de délimitation, impliquant dès lors une inévitable énumération, plus ou moins exhaustive, de ce qui intègre l'une ou l'autre sphère, au risque d'incomplétude voire de superposition, appelant parfois à mélanger des éléments d'origines diverses : droits, libertés et zones de vie. Cet inconfort s'est ainsi manifesté par le besoin de créer de nouvelles sphères, à l'instar de la vie personnelle du salarié[38], notion qui sera mobilisée avec un certain engouement par la chambre sociale de la Cour de cassation. Or, la liberté s'affranchit de telles barrières, ou alors elle ne peut être qualifiée comme telle. Elle se confronte à d'autres libertés, ou droits, appelant d'autres mécanismes de régulation. Cette approche territoriale demeure pourtant l'approche dominante dans la conception française de la vie privée. Ce choix renvoie à des racines historiques de luttes de territoires, sentiment grégaire, dont la protection du domicile constitue une illustration probante.

8. – La préservation par l'individu de son pré carré a ainsi précédé celle de sa vie privée[39]. Si désormais la protection du domicile tend à se fondre dans le droit au respect de la vie privée[40], elle s'en détache par son encadrement d'origine pénale. « Protecteur des valeurs essentielles d'une civilisation, le droit pénal garantit traditionnellement la liberté d'avoir la paix chez soi et cette protection permit, bien avant l'article 9 du Code

---

[33] J. RAVANAS, « Jouissances des droits civils. Protection de la vie privée. Délimitation de la protection », *J.-Cl. civil code*, art. 9, fasc. 1, 1989, n° 6 : « une sphère secrète de vie d'où il aura le pouvoir d'écarter les tiers » ; J. CARBONNIER, Droit civil, tome I, 1996, n° 86, p. 134.
[34] G. CORNU, Droit civil. Les personnes, Précis Domat, Éd. Montchrestien, 2007, n° 513, p. 192.
[35] M. DESPAX, « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP G*, 1963, I, n° 1776.
[36] Ph. WAQUET, « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *Dr. soc.*, 2010, p. 14.
[37] P. ADAM, « La vie personnelle, une forteresse et quelques souterrains », *RDT*, 2011, p. 116.
[38] Ph. WAQUET, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *CSBP*, 1994, n° 64, p. 289.
[39] Article 76 de la Constitution du 22 frimaire an VIII : « La maison de toute personne habitant le territoire français est un asile inviolable. Pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer que dans le cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation faite de l'intérieur de la maison. Pendant le jour, on peut y entrer pour un objet spécial déterminé ou par une loi, ou par un ordre émané d'une autorité publique ».
[40] La protection du domicile étant alors considéré comme un droit dérivé de celui de la vie privée : *cf* not. J.-Ch. SAINT-PAU, J.-Cl, Code civil – Article 9, Fasc. n° 10, spéc. n° 132 et s.

civil, l'érection de cet intérêt juridiquement protégé »[41]. Le législateur a d'ailleurs entendu différencier les auteurs du délit, retrouvant la distinction déjà évoquée en matière de vie privée, entre particuliers[42] et autorités publiques[43]. Si cette incrimination spécifique tend effectivement à protéger la vie privée des personnes, elle conserve néanmoins son autonomie, ne nécessitant pas une atteinte à la vie privée pour retenir la violation du domicile. Cet encadrement spécifique ne saurait toutefois faire oublier sa protection au plan civil[44]. De même, tant sa valeur constitutionnelle[45], que sa protection par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme[46], lui confèrent un caractère fondamental. Sur la base de cette dernière, la Cour européenne des droits de l'Homme conçoit ainsi le domicile de manière large, lequel englobe les locaux ou activités professionnels ou commerciaux[47]. D'une manière générale, la personne morale[48] reste maître de ses locaux[49], pouvant en refuser l'accès à une personne

---

[41] J.-Ch. SAINT-PAU, *op. cit.*, spéc. n° 134.

[42] Article 226-4 du Code pénal : « L'introduction dans le domicile d'autrui à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte, hors les cas où la loi le permet, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende » ;

[43] Article 432-8 du Code pénal : « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, de s'introduire ou de tenter de s'introduire dans le domicile d'autrui contre le gré de celui-ci hors les cas prévus par la loi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».

[44] Le droit de chacun au respect de la vie privée s'entend de la présentation interne des locaux constituant le cadre de son habitat (Cass. civ. 1ère, 7 novembre 2006, n° 05-12.788, *Bull. civ. I*, 2006, n° 466 : *D.*, 2007, p. 700 note J.-M. BRUGUIÈRE ; *D.*, 2007, p. 2771, obs. A. LEPAGE ; *RTD civ.*, 2007, p. 87 obs. J. HAUSER ; CA Lyon, 8e civ., 27 janvier 2009, n° 07/07877) ; constitue aussi une atteinte à la vie privée ouvrant droit à réparation, le fait pour un bailleur de faire visiter les lieux loués sans avertir le locataire (Cass. civ. 3ème, 25 février 2004, n° 02-18.081, *Bull. civ. III*, 2004, n° 41 : *D.*, 2004, p. 1631, obs. Ch. CARON ; *D.*, 2005, p. 753, obs. N. DAMAS ; *Defrénois*, 2004, p. 1721, obs. J.-L. AUBERT ; *RJPF*, mai 2004, p. 12, note E. GARRAUD ; *RTD civ.,* 2004, p. 482, obs. J. HAUSER).

[45] L'inviolabilité du domicile fait partie des « libertés publiques constitutionnellement garanties » : Cons. const., 16 juillet 1996, n° 96-377 DC : *D.,* 1997, p. 69, note B. MERCUZOT.

[46] Article 8 de la CESH : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

[47] CEDH, 16 décembre 1992, req. n° 13710/88, *Niemietz c/ Allemagne* : *D.*, 1993, Somm. p. 386, obs. J.-F. RENUCCI ; CEDH, 16 avril 2002, req. n° 37971/97, *Sté Colas c/ France* : *JCP G*, 2002, I, 153, obs. R. BESROUR ; *JCP G*, 2003, I, 492, obs. J. RAYNAUD ; *D.*, 2002, p. 1541, obs. A. LEPAGE ; *AJDA*, 2002, p. 502, obs. J.-F. FLAUSS ; *D.*, 2003, p. 527, obs. C. BIRSAN ; J. MOULY, « Vie professionnelle et vie privée. De nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme,* Bruylant, 2005, p. 279, spéc. p. 295.

[48] Laquelle dispose des attributs liés à sa personnalité : J. CARBONNIER, Droit civil, Les personnes, *op. cit.*, n° 225 ; G. CORNU, *Droit civil, Les personnes*, Domat droit privé, Montchrestien, 13e éd. 2007, n° 99 ; L. DUMOULIN, « Les droits de la personnalité des personnes morales », *Rev. soc.*, 2006, p. 1 ; P. KAYSER, « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.*, 1971, p. 445 ; Ph. MALAURIE, *Droit civil, Les personnes, Les incapacités, Defrénois*, 3ème éd., 2007, n° 442 ; F. PETIT, « Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales », *D. affaires*, 1998, chron. p. 826.

[49] La notion reste cependant concrète et ne s'assimile pas au principal établissement civil, c'est-à-dire au siège social. Le critère peut résider dans l'intimité du lieu, tel un centre d'essai privé (Cass. crim., 23 mai 1995, *Bull. crim.*, 1995, n° 193 : Dr. pén., 1995, comm. 220, note M. VÉRON ; *RTD civ.*, 1996, p. 130, obs. J.

extérieure[50], elle peut aussi s'opposer à une occupation illicite[51]. Le principe de réciprocité veut alors que le salarié bénéficie de la même protection que la personne morale, que ce soit dans le choix de son domicile[52] ou le respect de sa destination[53]. La notion de territoire peut également intégrer l'entreprise, cette dernière pouvant laisser subsister en son sein certains espaces d'autonomie, collectifs [54] ou individuels. L'employeur doit d'ailleurs se montrer prudent lorsqu'il pénètrent dans ces zones franches, notamment en ce qui concerne par exemple la fouille des armoires ou des casiers individuels[55] ou encore lorsqu'il procède à l'ouverture de fichiers ou de dossiers présents sur l'ordinateur mis à la disposition du salarié[56].

La multitude d'espaces, territoires morcelés, frontières qui s'effacent ou qui se définissent mal, engendrent des protections tous azimuts : il paraît difficile de ne pas y

---

HAUSER ; CEDH, 16 avril 2002, *op. cit.* ; tel n'est pas le cas d'un lieu ouvert au public ou d'un bloc opératoire d'un hôpital (Cass. crim., 27 octobre 1996, *Bull. crim.*, 1996, n° 431).

[50] Article L. 2142-10, al. 2 et 3 du Code du travail : « Les sections syndicales peuvent inviter des personnalités syndicales extérieures à l'entreprise à participer à des réunions organisées par elles dans les locaux syndicaux mis à leur disposition en application de l'article L. 2142-8, ou, avec l'accord du chef d'entreprise, dans d'autres locaux mis à leur disposition. Des personnalités extérieures autres que syndicales peuvent être invitées par les sections syndicales à participer à une réunion, avec l'accord de l'employeur ».

[51] Ayant constaté que l'occupation du navire par les grévistes empêchait celui-ci de prendre le large, ce dont il résultait une entrave à la liberté du travail des salariés non grévistes, une cour d'appel a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision d'avoir jugé que l'avis d'arrêt de travail était constitutif d'un trouble manifestement illicite – Cass.soc., 8 octobre 2014, n° 13-18.873, *Bull. civ. V*, 2014, n° 223 : *D.*, 2014, Actu. n° 2054 ; *DA*, 30 octobre 2014, obs. W. FRAISSE ; *RJS*, 12/2014, n° 890 ; *JCP S*, 2014, Comm. n° 1248, note É. JEANSEN.

[52] Cass. soc., 28 février 2012, n° 10-18.308, *Bull. civ. V*, 2012, n° 78 : *D.*, 2012, Somm. p. 744 ; *RDT*, 2012 p. 225, note C. VARIN ; *JCP S*, 2012, Comm. n° 1244, note G. LOISEAU.

[53] Le salarié n'est ainsi tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et instruments de travail – Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.727, *Bull. civ. V*, 2001, n° 292 : J.-E. RAY, « La légitime censure des télétravaux forcés », *Dr. soc.*, 2001, p. 1039 ; F. FAVENNEC-HÉRY, « Vie privée dans l'entreprise et à domicile », *RJS* ,2001, p. 940 ; *D.*, 2002, p. 768, obs. M. MERCAT-BRUNS ; *Ibid.*, p. 2297, note A. LEPAGE.

[54] Article L. 2142-8 du Code du travail : « Dans les entreprises ou établissements d'au moins deux cents salariés, l'employeur met à la disposition des sections syndicales un local commun convenant à l'exercice de la mission de leurs délégués. Dans les entreprises ou établissements d'au moins mille salariés, l'employeur met en outre à la disposition de chaque section syndicale constituée par une organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement un local convenable, aménagé et doté du matériel nécessaire à son fonctionnement. »

[55] CE, 12 juin 1987, n° 72388 : *D.*, 1989, Somm. n° 65, obs. D. CHELLE et X. PRÉTOT ; *Dr. soc.*, 1987, p. 654, obs. J. SAVATIER ; Cass. soc., 11 décembre 2001, n° 99-43.030, *Bull. civ. V*, 2001, n° 377 : *D.*, 2002, IR, p. 136 ; *Dr. soc.*, 2002, p. 352, obs. J. SAVATIER.

[56] Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017, *Bull. civ. V*, 2005, n° 165 : *Dr. soc.*, 2005, p. 789, obs. J.-E. RAY ; *D.*, 2005, Pan. p. 2643, obs. A. LEPAGE, L. MARINO et C. BIGOT ; *D.*, 2006, Pan. p. 29, obs. Centre de recherche en droit social de l'IETL, Université Lumière Lyon 2 ; R. DE QUENAUDON, « Jurisprudence « Nikon » : la suite mais non la fin », D. 2005, Tribune, p. 1873 ; *Comm. com. élec.*, 2005, n° 121, obs. A. LEPAGE ; *JCP S*, 2005, comm. n° 1031, note F. FAVENNEC-HÉRY ; Cass. soc., 18 octobre 2006, n° 04-48.025 et n° 04-47.400, *Bull. civ. V*, 2006, n° 308 : *D.*, 2006, *IR* p. 2753 ; *RDT*, 2006, p. 395, obs. R. DE QUENAUDON ; *JCP S*, 2006, n° 1946, note J.-Y. FROUIN.

voir une extrême relativité spatiale de la vie privée, laquelle se double alors d'une relativité liée au temps.

B / Une relativité temporelle

9. – L'Histoire nous enseigne l'évolution de la vie privée à travers les âges, dès l'époque romaine : « "Privé", par opposition à "public", est l'un des adjectifs les plus fréquemment employés de la langue latine, mais il ne délimite pas positivement la vie privée ; son sens est négatif : il qualifie ce qu'un individu peut attenter à ses devoirs et à ses attitudes d'homme revêtu d'une fonction publique »[57]. Point d'érection d'une vie privée secrète, le citoyen romain vit d'abord publiquement[58]. Le chemin parcouru jusqu'à nos temps modernes[59] s'explique alors sous deux aspects, résumés par Philippe ARIÈS : « L'un est celui de l'opposition de l'homme d'Etat et du particulier, et des rapports entre le domaine de l'Etat et ce qui deviendra, à la limite, un espace domestique. L'autre est celui de la sociabilité et du passage d'une sociabilité anonyme, où les notions de public et de privé sont confondues, à une sociabilité éclatée où des secteurs bien distincts apparaissent : un résidu de sociabilité anonyme, un secteur professionnel et un secteur, également privé, réduit à la vie domestique »[60].

Cette passionnante histoire de la vie privée[61] n'étant pas ici l'objet principal du propos, ce qui importe est la conscience de l'évolution des mentalités, laquelle suit invariablement son cours, et qui conduit ainsi à caractériser la relativité de la vie privée dans le temps. La récente révolution technologique[62] comporte toutefois une spécificité, qui se traduit par la contraction de l'espace et du temps : « les technologies de

---

[57] P. VEYNE, « L'empire Romain », in *Histoire de la vie privée*, t. 1, De l'empire romain à l'an mil, dir. Ph. ARIÈS et G. DUBY, éd. du Seuil, coll. Points, Histoire, spéc. p. 154 ; *cf* l'ensemble des tomes de la collection (5 tomes).

[58] « Où la vie publique était privée » : P. VEYNE, *op. cit.*, spéc. p. 95.

[59] Les sociologues estiment que la notion de vie privée telle que nous la connaissance débuterait au XVIIIème siècle : *cf* not. A. PARDAILHÉ-GALABRUN, *La naissance de l'intime*, PUF, 1988 ; les historiens préfèrent se référer à la Révolution française (G. DUBY et Ph. ARIÈS, *op. cit.*).

[60] Ph. ARIÈS, conclusion, in *Histoire de la vie privée*, t. 3, De la Renaissance aux Lumières, *op. cit.*

[61] La liste des contributeurs serait trop longue à dresser, il peut tout au moins être mentionné les juristes s'étant livrés à un exercice de synthèse en la matière : *cf* not. P. KAYSER, *op. cit.* ; D. AMSON, « Protection civile de la vie privée », *J.-Cl. Communication*, Fasc. 3720, 2006. ; A. BERTRAND, *Le droit à l'image et à la vie privée*, Litec, 1999 ; Plus généralement, sur l'histoire des droits de la personnalité : F. ZÉNATI et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF, coll. droit fondamental, 2006.

[62] Moteur d'une « troisième révolution industrielle » : D. COHEN, *Trois leçons sur la société post-industrielle*, éd. du Seuil, 2006 ; F. MAYOR, *Un monde nouveau*, éd. Odile Jacob, 1999, spéc. chap.13 : « La révolution des nouvelles technologies : information, communication, connaissance », p. 283.

l'information et de la communication contribuent à modifier la perception que l'homme a de la réalité, et plus précisément des notions d'espace-temps »[63]. Or, l'influence de la technologie peut également se relativiser : « Les notions de temps et d'espace évoluent tout en restant fidèles à la nature de la pensée dont elles sont originaires et cohérentes par rapport à elle »[64]. Chaque période appelle ainsi ses convictions, ou ses croyances, et donc une conception propre de ce que doit recouvrir la vie privée. L'époque contemporaine semble ainsi appeler à s'affranchir de la notion de temps, la vie privée ne s'exprimant plus dans des moments réservés au secret, mais dans une liberté sans limite temporelle.

10. – Le désir de se libérer du carcan imposé par le temps pourrait alors se manifester par une négation de sa segmentation. Or, le temps étant intrinsèquement fini[65], il semble devoir être nécessairement partagé. S'ensuit, à l'instar des territoires, une qualification de ces temps de vie ainsi que leur délimitation. Une distinction peut être établie découlant des fonctions du temps, lequel constitue un instrument de mesure soit d'une position (âge, heure, date), soit d'un écoulement (durée). La notion de vie privée navigue alors entre ces deux dimensions, fixant ainsi des seuils au-delà desquels la vie des personnes peut se trouver modifiée[66], ou encore des moments pour lesquels l'intimité est réclamée[67]. Le temps de vie de l'individu se qualifie alors par l'objet auquel il est destiné. Ainsi est-il partagé entre un certain nombre de vies (privée, familiale,

---

[63] C. BRYON-PORTET, « Les bouleversements de l'espace-temps. Vers une redéfinition des pratiques commémoratives et de leurs lieux consacrés à l'ère des TIC », *Communication*, 2012, n° 30, disponible sur www.communication.revue.org [consulté le 10.10.2016].

[64] S. BOSKOVIC, « Le temps et l'espace – de la conscience mythique à la conscience phénoménologique », *Mémoire(s), identité(s), marginalité(s) dans le monde occidental contemporain*, 2006, n° 1, disponible sur www.mimmoc.revue.org [consulté le 10.10.2016].

[65] Sauf à s'approcher de la vitesse de la lumière ou de gravités dépassant les capacités de résistance de l'être humain (*cf* A. EINSTEIN), la journée durera toujours 24 heures ; de même plus généralement la vie est par nature à durée déterminée.

[66] Lesquels peuvent s'avérer variables : l'âge minimum de départ en retraite ; l'âge de la majorité ; la qualification de certaines catégories de personnes : les dispositifs destinés à favoriser certaines catégories de la population à l'instar des « jeunes » ou des « seniors » se distinguent par la variabilité des seuils permettant de déterminer les ayants-droit.

[67] Ex. : La mort - Cass. civ. 1ère, 20 décembre 2000, n° 98-13.875, *Bull. civ. I*, 2000, n° 341 : *JCP G*, 2001, II, 10488, concl. M. SAINTE ROSE, note J. RAVANAS ; *D.*, 2001, p. 885 et 882, chron J.-P. GRIDEL ; CA Paris, 24 février 1998 : *D.*, 1998, p. 225, note B. BEIGNIER : « L'image du cadavre d'une personne assassinée, au cours de la période de deuil des proches parents constitue, dès lors qu'elle n'a pas reçu l'assentiment de ceux-ci, une profonde atteinte à leur sentiment d'affliction, partant, à l'intimité de la vie privée » ; *cf* ég. dans cette affaire, CEDH, 14 juin 2007, 1ère sect., req. n° 71111/01, *Hachette Filipacchi et associés c/ France*, § 46 : « le décès d'un proche et le deuil qu'il entraîne, cause de douleur intense, doivent parfois conduire les autorités à prendre les mesures nécessaires au respect de la vie privée et familiale des personnes concernées ».

personnelle, professionnelle), consacrées à certains temps (de loisir, de travail, de repos). Le droit du travail en constitue un réceptacle de premier choix, le temps constituant un élément central de la relation de travail. Son appréhension se concentre alors sur sa prévision, que ce soit par son encadrement législatif[68], ou par sa précision conventionnelle[69]. Cette démarche manifeste dès lors le souci de le délimiter, essayant d'éviter les éventuels conflits entre les différentes occupations du travailleur salarié. L'abandon progressif des sources impératives au profit de la négociation témoigne de cette tendance[70]. Cependant, la prévision ne prend pas le même sens selon que l'on se place du côté de l'intérêt économique, en recherche perpétuelle d'une optimisation des ressources, ou au contraire du côté des préoccupations familiales, peu enclines à l'instabilité. Toutefois, une convergence d'intérêts s'observe dans la volonté commune d'une séparation des temps, pour éviter tout risque de confusion. Pourtant, le chevauchement des temps professionnels et personnels est une réalité de notre époque. Un mélange d'évolutions technologiques[71] et de changement des mentalités[72] amène à une inexorable confusion des temps. L'organisation du travail s'adapte[73], la législation tente de suivre[74], la jurisprudence tâtonne[75]. La perturbation du monde juridique semble ainsi manifester le changement de référentiel, lequel illustre la réalité d'une certaine relativité.

11. – Considérés séparément, l'espace et le temps comportent chacun une part de relativité qui amène dans la relation de travail au constat d'une multiplicité, source de

[68] À commencer par la fixation d'une durée légale du travail (Article L. 3121-27 du Code du travail).
[69] La durée du travail constitue un élément du socle contractuel ; il en va de même des horaires en matière de temps partiel.
[70] *Cf* récemment : Article 8 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.
[71] L'ère du « tous connectés, partout, tout le temps » : J.-E. RAY, *Dr. soc.*, 2015, p.516.
[72] « Le processus qui bouscule la conception que nous nous faisons de la vie privée peut se décrire comme un phénomène d'individualisation de la vie privée » : D. CARDON, « La vie privée se porte bien, merci pour elle », 10 mai 2005, disponible sur internetactu.blog.lemonde.fr [consulté le 10.10.2016] ; O. ROLLOT, *La génération Y*, PUF, Paris, 2012.
[73] A l'instar du développement du télétravail, mais également des travailleurs nomades (« Du télétravail au travail mobile. Un enjeu de modernisation de l'économie française », Rapport remis au Premier Ministre, P. MOREL-A-LHUISSIER, Doc. Fr., 2006 ; allant jusqu'au « BYOD » : « Bring your own device » (trad. : « apportez vos appareils personnels » : pratique qui consiste à utiliser ses équipements personnels dans un contexte professionnel) : J.-E. RAY , « Actualités des NTIC », *Dr. soc.*, 2013 p. 978.
[74] Le droit à la déconnexion : l'article L. 2242-8 du code du travail est ainsi modifié. La négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail porte sur : « Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale ».
[75] Il aura fallu plusieurs années avant de préciser les conditions d'utilisation des moyens informatiques

confusion et de conflits. Or, les notions d'espace et de temps sont intimement liées[76]. En effet, l'occupation d'un endroit se fait naturellement à un moment donné, et le temps passé d'un individu est inévitablement situé en un lieu. Ainsi considéré dans son unicité, l'espace-temps vient superposer des éléments dotés d'une certaine autonomie. Parfois, ses composantes fusionnent par leur destination (temps et lieu de travail, vie privée et domicile), parfois ils s'opposent (temps de travail et domicile, vie privée et lieu de travail). À ceci, s'ajoute en outre une certaine influence de l'un sur l'autre. Ainsi, la perception de l'espace déteint sur la qualification du temps : le lieu de travail sous-entend l'application du temps de travail ; inversement le temps de repos implique d'être hors de l'entreprise. Ces présomptions ne sont toutefois pas toujours vérifiées. Ainsi, la disponibilité de l'esprit, autrement dit son occupation temporelle, peut être déconnectée du lieu. Autant est-il possible de contraindre le physique, l'esprit au contraire, de nature vagabonde, peut s'évader. La réciproque se vérifie également car les préoccupations professionnelles ne s'arrêtent pas aux portes du domicile.

Ainsi, entre relativité intrinsèque de l'espace et du temps, relativité historique et géographique, le contexte de la relation de travail amène à une complexité des rapports, devant laquelle le droit peut également faire preuve d'une certaine relativité d'approche.

§2 : Une approche juridique plurielle

12. – Il n'y a pas d'appréhension juridique unique de la notion de vie privée, ce qui lui confère dès lors une certaine relativité juridique. Ainsi, deux mouvements ont émergé en parallèle, l'un orienté vers la protection d'une liberté de la vie privée (A), l'autre centré sur le droit au secret de la vie privée (B).

[76] F. FAVENNEC-HÉRY, « Temps et lieux de vie personnelle, temps et lieux de vie professionnelle », *Dr. soc.*, 2010, p. 23.

A / La protection d'une liberté de l'Homme

13. – La vie privée a d'abord été reconnue comme un droit de l'Homme, tant par les textes internationaux[77] que par ceux issus de l'Europe[78]. Ce mouvement s'est inscrit dans la volonté de reconnaître les droits nécessaires au développement de l'Homme, c'est-à-dire « l'ensemble des droits et des facultés sans lesquels l'être humain ne peut développer pleinement sa personnalité »[79]. C'est ainsi le cas de la vie privée, car elle est « nécessaire à sa tranquillité et à sa liberté, menacées par les investigations que rendent possibles le progrès des sciences et des techniques, et par les divulgations que permettent les nouveaux moyens de communication de masse »[80]. Le droit au respect de la vie privée a donc d'abord été situé dans la perspective de protéger les citoyens contre les abus de pouvoir de l'État et de ses agents.

La CEDH[81] a pu développer considérablement cette dimension, en s'appuyant notamment sur l'article 8 de la CESDH, limitant ainsi l'ingérence de la puissance publique concernant les différents domaines prévus dans le texte[82]. Cependant l'examen des décisions rendues fait apparaître une inclinaison à protéger plus facilement la liberté de la vie privée que le secret de celle-ci. Ainsi le remarque-t-on dans la protection des différents éléments prévus par l'article 8, s'agissant notamment de la protection du domicile, on distingue entre la liberté de choix[83] et le secret de celui-ci[84], ou encore en matière de correspondances, on sépare la liberté des détenus à pouvoir correspondre[85],

---

[77] Article 12 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme proclamée par l'Assemblée générale des Nations-Unies du 10 décembre 1948 (JORF, 19 février 1949) ; Article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations-Unies, ratifié par la France en vertu de l'autorisation donnée par la loi n° 80-460 du 25 juin 1980 et publié au *Journal officiel* du 1er février 1981 par le décret n° 81-76 du 29 janvier 1981.

[78] Article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée le 4 novembre 1950, ratifiée par la France le 3 mai 1974 en vertu de l'autorisation donnée par la loi n° 73-1227 du 31 décembre 1973 et publiée au *Journal officiel* du 4 mai 1974 par le décret n° 74-360 du 3 mai 1974 ; Article 7 de la Charte des droits fondamentaux de L'union européenne, adoptée le 7 décembre 2000 par l'Union européenne.

[79] R. CASSIN, « Droits de l'homme et méthode comparative », *RIDC*, 1968, n° 49, p. 476.

[80] P. KAYSER, *Protection de la vie privée par le droit*, *op. cit.*, spéc. n° 8, p. 18.

[81] Et pendant un temps la Commission européenne des droits de l'Homme.

[82] « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance », *op. cit.*

[83] CEDH, 24 novembre 1986, Req. n° 9063/80, *Gillow c/ Royaume-Un*i.

[84] CEDH, 30 mars 1989, Req. n° 10461/83, *Chapell c/ Royaume-Uni.*

[85] CEDH, 25 février 1983, Req. n° 5947/72 et a., *Silver et a. c/ Royaume-Uni* ; CEDH, 3 mai 1984, Req. n° 7819/77 et 7878/77, *Campbell et Felle C/ Royaume-Uni* ; CEDH, 30 août 1990, Req. n° 9511/81, *Mc Callum c/ Royaume-Uni* ; CEDH, 25 février 1992, Req. n° 10802/84, *Pfeifer et Plankl c/ Autriche* ; étendu aux pensionnaires d'un hôpital psychiatrique : CEDH, 24 septembre 1992, Req. n° 10533/83, *Herczegfalvy c/ Autriche*.

du secret de leurs correspondances[86]. La liberté est également au cœur des décisions rendues en matière en matière de liberté sexuelle[87] ou encore de vie familiale[88], la Cour ayant pu conférer des obligations positives à la charge des États signataires afin notamment de permettre l'exercice d'une vie familiale normale[89].

La vie privée a quant à elle fait l'objet d'une appréciation large par la Commission européenne des droits de l'Homme. Elle y voit « dans une certaine mesure, le droit d'établir et de développer des liens avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif, pour développer et épanouir sa propre personnalité »[90]. Cette interprétation a été confirmée plus tard par la CEDH, celle-ci élargissant la notion de vie privée aux activités professionnelles et commerciales[91].

Si la vie privée semble dotée d'une certaine effectivité dans les rapports entre l'autorité publique et les personnes privées, la question de son opposabilité s'est posée dans les rapports entre particuliers.

14. – La question de l'application « horizontale »[92] de la CESDH, et d'une manière générale des textes internationaux, a été à l'origine de débats doctrinaux[93] amenant à

---

[86] En matière d'écoutes téléphoniques : CEDH, 6 septembre 1978, Req. n° 5029/71, *Klass et a. c/ Allemagne* ; CEDH, 2 août 1984, Req. n° 8691/79, *Malone c/ Royaume-Uni ;* CEDH, 24 avril 1990, Req. n° 11105/84, *Kruslin et Huvig c/ France* ; *cf* R. VIENNE, « Les écoutes téléphoniques au regard de la Cour européenne des droits de l'homme », *Mélanges Georges LEVASSEUR*, Litec, 1992, p. 263.

[87] En matière d'état civil des transsexuels : CEDH, Ass. plénière, 25 mars 1992, Req. n° 13343/87, *B. c/ France* : *D.*, *1992*, Somm. p. 325 ; et Chron. p. 323, obs. J.-F. RENUCCI ; *JCP*, 1992, II, 21955, note T. GARÉ ; *Defrénois*, 1992, p. 1009, note J. MASSIP ; *RTD civ.*, 1992, p. 540, obs. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER ; *D.*, 1993, p. 101, note critique J.-P. MARGUÉNAUD en raison de l'ambigüité de l'arrêt ; *JCP G*, 1993, I, 3654, obs. critiques de F. SUDRE.

[88] Sur le droit au rapatriement d'un membre de la famille : Décision de la Commission, 15 juillet 1967, Req. n° 2922/66, *Ann.*, 19-67, p. 483 ; Droit de visite de l'enfant mineur des parents divorcés : Décision de la Commission, 20 décembre 1957, Req. n° 172/56, *Ann.*, 1957, p. 211 ; cf ég. Plus récemment : CEDH, 23 juin 1993, Req. n° 12875/87, *Hofmann c/ Autriche : AJDA*, 1994, p. 32, obs. J.-F. FLAUSS ; Relations entre les parents et des enfants confiés à l'autorité publique : CEDH, 22 juin 1989, Req. n° 11373/85, *Eriksson c/ Suède*.

[89] CEDH, Ass. plénière, 13 juin 1979, Req. n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique*.

[90] Décision de la Commission, 18 mai 1976, Req. n° 6825/74, *X c/ Islande* : *Ann.*, 1976, p. 343.

[91] CEDH, 16 décembre 1992, *op. cit.*

[92] « L'effet horizontal recouvre la relation nouée entre deux personnes privées, à l'inverse de l'effet vertical qui vise les rapports entretenus entres les particuliers et l'Etat » : B. MOUTEL, *L' « effet horizontal » de la convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Thèse, dir. J.-P. MARGUÉNAUD, Limoges, 2006, spéc. n°6, p. 12.

[93] Dans le sens d'une approbation, *cf* not. R. CASSIN, « De la place faite aux devoirs de l'individu dans la Déclaration universelle des droits de l'homme » *in Mélanges offerts à Palys Modinos, Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, Pedone, 1968, p. 479 ; J. RIVERO, « Vers de nouveaux droits de l'homme », *Revue des sciences morales et politiques*, 1982, p. 673 ; *contra*, *cf* not. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, t. XX, 1990, spéc. n° 601 ; Sur la question, *cf* ég. U. SCHEUNER, « Confrontation de la jurisprudence des tribunaux nationaux avec la jurisprudence des organes de la

s'interroger sur le fait de savoir si « en ratifiant la Convention, les Parties contractantes se sont seulement obligées à ne pas porter atteinte au droit au respect de la vie privée ou si elles se sont également obligées à ce que ce droit ne soit pas violé par les personnes privées relevant de leur juridiction »[94]. Il semble en effet logique que la reconnaissance d'un droit de l'Homme puisse s'appliquer largement, c'est-à-dire à tout type de rapport, quelque soit les parties prenantes. La rédaction des dispositions de la Convention, et en particulier celle de l'article 8, peuvent sous-entendre une telle interprétation. En effet, en prévoyant expressément la faculté pour l'État d'apporter aux droits ainsi proclamés des restrictions dans l'intérêt du droit et des libertés d'autrui, il semble donc implicitement admis que « l'exercice des prérogatives reconnues ne se limite pas aux relations entre les Etats et leurs ressortissants mais qu'il est susceptible d'avoir des incidences sur les autres particuliers. Les autorités publiques peuvent donc être amenées à intervenir dans les relations interindividuelles, c'est à dire horizontales, pour garantir les droits protégés »[95]. Alors conscients de cette obligation, certains États ont pris l'initiative d'étoffer leur droit interne, à l'instar de l'adoption par la France d'une disposition spécifique en matière de protection de la vie privée. Toutefois, cela n'a pas empêché la CEDH de se livrer peu à peu à un tel élargissement, le droit au respect de la vie privée constituant alors un réceptacle privilégié, notamment en matière de rapports de travail. La Cour a ainsi pu reconnaître l'application horizontale de l'article 8 de la Convention, en matière de surveillance des communications privées établies par des salariés à partir d'un lieu professionnel[96], investissant ainsi le terrain du secret de la vie privée. L'appréciation large de la vie privée réalisée par la CEDH, tant dans sa

---

Convention en ce qui concerne les droits autres que judiciaires », in *Les droits de l'Homme en droit interne et en droit international*, Actes du *2ème* colloque international sur la Convention européenne des droits de l'Homme, Vienne, 10-20 octobre 1965, Presses universitaires de Bruxelles, 1968, p. 347, spéc. p. 374 ; M.-A. EISSEN, « La Convention européenne des droits de l'Homme et les obligations de l'individu : une mise à jour», *in René Cassin Amicorum discipulorumque liber, tome III ;* R. CASSIN, *Protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Pedone, 1971, p. 151.

[94] P. KAYSER, *op. cit.*, spéc. n° 27, p. 77.

[95] B. MOUTEL, *op. cit.*, spéc. n° 6, p. 12 ; Le paragraphe 2 de l'article 8 de la CESH prévoit en effet 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, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à 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 ».

[96] CEDH, 25 juin 1997, Req. n° 20605/92, *Halford c/ Royaume-Uni* ; CEDH, 3 avril 2007, Req. n° 62617/00, *Copland c/ Royaume-Uni ; cf* not. J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte », *RDT*, 2008, p. 16 ; des mêmes auteurs, « Convention européenne des droits de l'homme et droits du travail », *LPA*, 2008, n° 123, p. 4.

conception que dans son champ d'application, dénote avec celle adoptée par les juridictions françaises, centrées sur le secret de la vie privée.

B / Une protection du secret de la vie privée

15. – En droit interne, le droit au respect de la vie privée est le fruit d'une évolution juridique, laquelle a débuté lorsque le droit s'est alors saisi de la personne. D'inspiration philosophique[97], le caractère inné des biens de la personne[98], déboucha, par l'influence du droit allemand[99], à l'avènement dans le système juridique français des droits de la personnalité. Malgré certaines critiques[100], une partie de la doctrine civiliste[101], appuyée en cela par la jurisprudence[102], contribua à affirmer cette notion. Si le législateur a pu reconnaître très tôt, certains droits de la personnalité[103], la jurisprudence a été l'artisan de leur développement. Ainsi, « se fondant le cas échéant sur l'article 1382 du code civil, quand il ne reconnaissait pas ouvertement un droit subjectif, c'est le juge qui a précédé l'intervention du législateur en matière de protection de vie privée »[104]. La consécration législative du droit au respect de la vie privée, véritable « matrice des droits de la

---

[97] *cf* not. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les personnes*, PUF, 20ÈME éd., 1996, n° 96 : lequel évoque un vaste courant de pensée philosophique « bien français : philosophie du quant à soi, silence et immunité, l'hésuchisme de Rabelais ».

[98] K. S. ZACHARIAE, *Le droit civil français*, 1854, trad. MASSÉ et VERGÉ, § 264 ; Position reprise par Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, tome 2, § 162 ; *Adde* A. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, Paris 1889, t. 1, lequel évoque "des droits purement internes", p. 18 puis des "biens innés", § 98 et 131.

[99] « Persönlichkeitsrecht » : pour une présentation *cf* not. F. RIGAUX, « La vie privée, une liberté parmi les autres ? », éd. Larcier, Bruxelles, 1992, 5ème éd., n° 111 ; relayé par le droit suisse : E. ROGUIN, *La règle de droit*, Lausanne, 1889.

[100] R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse, Lyon 1939, Préf. P. ROUBIER, lequel qualifie les droits de la personnalité comme « la théorie la plus absurde du droit civil » (ce dernier condamnera également cette catégorie de droits dans son ouvrage : *Droits subjectifs et situations juridiques*, Collection philosophie du droit, Dalloz, 1963).

[101] H.-E. PERREAU, « Des droits de la personnalité », *RTD civ.*, 1909, p. 501 ; A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, thèse, Dijon, 1960, LGDJ ; P. KAYSER, « Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile », *Mélanges R. SAVATIER*, 1965, Dalloz, p. 405 ; « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.*, 1971, p. 444 ; P. ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité, une approche critique des droits de la personnalité*, thèse, Dijon, 1978 ; C. FILIPPONE, *La contractualisation des droits de la personnalité*, thèse, Paris I, 2001, PUAM, 2004 ; A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité. Étude de droit comparé français et allemand*, thèse, 2002, PUAM ; A.-M. LUCIANI, *Les droits de la personnalité. Du droit interne au droit internationa*l, thèse, Paris I, 1996.

[102] La Cour de cassation utilisa l'expression dans son rapport annuel de l'année judiciaire 1968-1969.

[103] Article 13 de la loi du 29 juillet 1881 : en matière de droit de réponse dans la presse écrite.

[104] A. LEPAGE, « Droits de la personnalité », *Rép. Dr. civ.*, Dalloz, spéc. n° 6 ; *cf* TGI Seine, 24 novembre 1965 : *D.*, 1967, p. 457 (reconnaissant la faute dans le fait de porter atteinte à la vie privée) ; CA Paris, 17 mars 1966 : *D.*, 1966, p. 749 (« chaque individu a droit au secret de sa vie privée et est fondé à en obtenir la protection »).

personnalité »[105], a constitué le terreau de leur développement spectaculaire, par une jurisprudence encline à appliquer de ce droit de manière large, ce qui a incité le législateur à l'adoption de nouvelles dispositions[106]. Par ailleurs, le recours au droit pénal constitue un élément probant de la considération portée à ce type de droits[107].

16. – Certains auteurs ont toutefois émis des réserves sur l'utilité d'une telle reconnaissance du droit au respect de la vie privée : « Ce droit fait-il partie de ces innombrables droits à, mal identifiés, qui sonnent creux et dont la doctrine déplore la multiplication ? »[108]. Les droit à, « droits sans provision »[109], ont d'ailleurs parfois fait l'objet de virulentes critiques à leur égard : « Le prétendu "droit à la vie" relève de la même enflure phraséologique que le droit au travail […] : c'est une manière de parler qui n'a aucune valeur juridique »[110].

Il est vrai que leur reconnaissance a pu effacer les lignes tracées entre droits et libertés. Ainsi, « saluée comme marquant le succès de la théorie des droits de la personnalité, la loi de 1970 a couru le risque de reconnaître, pour la première fois dans le Code civil, une de ces prérogatives fort peu définies et voisines des simples libertés : un droit à… (et non plus un droit de…) »[111]. Ainsi le « droit à » semble conférer un statut de droit subjectif à ce qui semble n'être qu'un « droit de », c'est-à-dire une liberté[112]. Néanmoins, de source législative, et désormais ancrés dans notre système juridique, la simple négation de leur existence n'est plus satisfaisante[113].

La principale critique alors formulée à l'encontre de ce type de droits résidant dans l'indétermination de leur formulation, la rédaction de l'article 9 du Code civil, au style

---

[105] J.-Ch. SAINT-PAU, note sous Cass. icv. 1ère, 16 juillet 1998, *D.*, 1998, p. 541 (la Cour décide que « selon l'article 9 du Code civil, chacun à le droit de s'opposer à son image »).

[106] Ainsi le la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, a ainsi reconnu un certain nombre de droits aux personnes dont les données à caractère personnel font l'objet d'un traitement ; *cf* ég. La loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, laquelle a consacré le droit au respect du corps (article 16-1, al. 1er du Code civil : « Chacun a droit au respect de son corps »).

[107] Ainsi en matière de droit au respect de la vie privée : articles art. 226-1 et s., en matière d'atteintes à la vie privée ; art. 226-16 et s., en matière d'atteintes aux droits des personnes résultant des fichiers ou des traitements informatiques.

[108] D. COHEN, « Le droit à... », in *Mélanges F. Terré*, 1999, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, p. 393.

[109] P. DIENER, « Idée nominaliste et déconstruction du droit », *APD*, t. 28, p. 229 et s., spéc. p. 240.

[110] P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, spéc. n° 6, p. 50.

[111] Ch. ATIAS, *Les personnes. Les incapcités*, PUF, 1ère éd., 1985, n° 29, p. 53.

[112] J. RIVERO, *Les libertés publiques*, t.1, Les droits de l'homme, PUF, 7ème éd., 1995, spéc. p. 98.

[113] M. PICHARD, *Le droit à : étude de législation française*, thèse, Paris II, 2004, coll. Recherches juridiques, Economica, 2006.

laconique, ne permet pas *a priori* de le défendre sur ce point[114]. Toutefois, s'il est vrai que législateur a été plutôt « avare de précisions »[115], la jurisprudence a su progressivement le doter d'un contenu bien déterminé lui conférant ainsi la qualité d'un véritable droit subjectif[116], ce qui a contribué à concentrer son étude sur la protection du secret.

17. – Le secret de la vie privée a longtemps constitué le principal domaine d'application de l'article 9 du Code civil. Tant la doctrine, que la jurisprudence, se sont évertuées à en définir les prérogatives permettant d'assurer cet objectif. La doctrine le découpe en deux éléments : d'une part, un droit de consentir ou de s'opposer aux révélations et, d'autre part, un droit de consentir ou de s'opposer aux immixtions[117]. L'abondante jurisprudence rendue pour chacun de ces deux aspects témoigne de la pertinence de cette segmentation. Les juges se sont toutefois progressivement livrés à un élargissement de la portée de ces prérogatives, dépassant alors la seule maîtrise par la personne de l'accès à ses informations, par la prise en considération de leur impact sur la caractérisation de la personne. Il s'agit tantôt de permettre à la personne de se défendre contre certaines altérations de sa personnalité[118], tantôt de lui permettre une certaine autodétermination. Si l'attribution de cette dernière prérogative tend à faire glisser la conception de la vie privée vers l'affirmation d'une certaine liberté dans sa détermination, les juridictions internes l'ont néanmoins appliquée à certaines situations particulières. Ainsi, la question du droit à l'autodétermination n'a finalement concerné que la question du transsexualisme, amenant la Cour de cassation à réviser sa position[119], sous la pression de la CEDH[120], ce qui a soulevé de nombreuses critiques sur

---

[114] Car la notion de vie privée « ne connote plus qu'elle ne désigne » : D. GUTMANN, op. cit., spéc. n° 244.
[115] A. LEPAGE, *op. cit.*, spéc. n° 42.
[116] Un pouvoir déterminé ayant pour objet un intérêt social (matériel ou moral), exercé par une volonté autonome, et protégé par une action en justice : R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, éd. Rousseau, 2ème éd., 1922.
[117] A. LEPAGE, *op. cit.*, spéc. n° 101 ; P. KAYSER, *op. cit.*
[118] Par l'attribution d'un droit de rectification des informations la concernant.
[119] Cass., Ass. plén., 11 décembre 1992, n° 91-11.900 et 91-12.373, *Bull. Ass. plén.*, 1992, n° 13 : JCP 1993, II, 21991, concl. M. JÉOL, note G. MÉMETEAU ; antérieurement : Cass. civ. 1ère, 16 décembre 1975, *D.*, 1976, p. 397 : « Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, au respect duquel l'ordre public est intéressé, interdit de prendre en considération les transformations ainsi obtenues » ; dans le même sens du refus, *cf* ég. Cass. civ. 1ère, 21 mai 1990, n° 88-12.829, *Bull. civ. I*, 1990, n° 117 ; Cass. civ. 1ère, 3 mars 1987 : *D.*, 1987, IR 61 : « Il ne résulte pas des constatations des juges du fond l'existence d'un changement de sexe par l'effet d'une cause étrangère à la volonté de l'intéressé ».
[120] CEDH, 25 mars 1992, *op. cit.*

cette regrettable extension[121], car le « but unique » de l'article 9 du Code civil n'étant « pas de garantir la liberté de la vie privée mais de protéger la vie privée des personnes contre les investigations et les divulgations des tiers », « la demande des transsexuels ne pouvait, dans ce contexte, être fondée sur l'article 9 »[122]. Cette réservation exprimée par une partie de la doctrine civiliste contribue à renforcer l'idée d'une certaine réticence générale à l'intégration de la liberté de la vie privée dans le champ d'application de l'article 9 du Code civil. Cette réticence s'observait déjà lors des premières contributions relatives au droit au respect à la vie privée[123], même si plus tard certains auteurs ont pu exprimé l'existence de cette seconde dimension, sans pour autant y consacrer de plus amples développements[124]. Une réserve similaire a pu être formulée à l'encontre de l'usage de cette disposition par la chambre sociale de la Cour de cassation[125]. Cette méfiance soulève ainsi la question de la place de la vie privée en droit du travail.

---

[121] J.-P. GRIDEL, « Un abus interprétatif. La vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *La Vie judiciaire*, 1er février 1993, p. 4 ; C. LOMBOIS, « La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 1992, chron. p. 324.

[122] A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, 2002, Dalloz, n° 307 et 308.

[123] *Cf* not. L. MARTIN, « Le secret de la vie privée », *RTD civ.*, 1959 p. 227.

[124] P. KAYSER, *op. cit.* : si l'auteur admet l'existence d'une liberté de la vie privée, il ne consacre pour autant la majeure partie de son ouvrage qu'à l'analyse du droit au secret de la vie privée.

[125] *Cf* not. A. LEPAGE, « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », *op. cit.* ; C. JACQUELET, « la vie privée du salarié à l'épreuve des relations de travail », Thèse, Paris II, 2006, lequel dénonce « une dilatation » de la notion de vie privée.

§3 : Objet et champ de l'étude

18. – La notion de vie privée semble donc difficilement saisissable. Relative par nature, elle se révèle également extrêmement subjective. La diversité des formes qu'elle peut prendre conduit à devoir s'intéresser à déterminer les conditions d'exercice plutôt qu'à en définir les contours. Les deux prérogatives que sont le secret et à la liberté de la vie privée doivent alors être examinées à l'aune du contexte dans lequel s'inscrit la relation de travail salarié. S'ajoute alors une difficulté provenant du traitement différencié de la notion au plan juridique. Entre liberté publique et droit de la personnalité, la question de fondements peut se poser dans la mobilisation de la notion en droit du travail. Ainsi, une gêne peut se ressentir à la mobilisation de l'article 9 du Code civil dans le champ des litiges intéressant la vie professionnelle, ce qui conduit dès lors à adopter des notions ou des dispositions spécifiques intéressant pourtant la vie privée, au risque d'évacuer cette notion du vocabulaire du travailliste[126]. Pourtant, la protection de la vie privée du salarié constitue la finalité de bon nombre de dispositions prévues dans le Code du travail. La présence de cette notion en droit du travail semble donc indiscutable.

Par ailleurs, si la focalisation sur le secret de la vie privée semble évincer la prise en compte de la liberté de celle-ci, le droit du travail constitue le terrain d'expérimentation d'une acception plus large du droit au respect de la vie privée. En effet, la spécificité de relation de travail, laquelle réside dans la coexistence de rapports de droit privés avec un lien de subordination, semble pouvoir prendre en compte tant la dimension horizontale que verticale du droit au respect de la vie privée. Il semble donc indispensable que l'étude s'appuie sur un champ du droit du travail largement entendu, intégrant les dispositions internes spécifiques au domaine, mais également celles trouvant à s'appliquer à l'individu, par ailleurs salarié, à l'instar du droit de l'informatique, du droit pénal et bien entendu du droit civil. De plus, certains textes internationaux et notamment le droit européen[127], par l'étude de la jurisprudence

[126] Ainsi la notion de vie personnelle a t-elle un temps pu avoir prétention à se substituer la notion de vie privée : *cf* Ph. WAQUET, *op. cit.*

[127] Si la CESDH a déjà été mobilisée, le droit de l'Union européenne, à travers notamment les directives et règlements, trouve également à s'appliquer ; *cf* not. P. RODIÈRE, « Sur les effets directifs du droit (social) communautaire », *RTD Europe*, 1991, p. 565.

rendue par ses juridictions[128], apporteront un éclairage supplémentaire, revêtant tantôt le rôle de gardien, tantôt de guide[129].

19. – Par cette étude, nous tenterons alors de démontrer que si le droit au respect de la vie privée trouve à s'appliquer en droit du travail, il semble néanmoins davantage destiné à garantir une liberté, qu'un secret.

Deux temps vont guider notre démonstration. Nous étudierons d'abord la conception civiliste de ce droit, en nous centrant sur la protection du secret de la vie privée du salarié, et en s'intéressant aux deux prérogatives qui y sont attachées : le droit à la rétention et le droit à la non divulgation (PARTIE 1).

Nous tenterons ensuite d'appliquer la notion de liberté de la vie privée à la relation de travail salarié, en distinguant entre la liberté du salarié dans sa vie privée, et celle de la personne dans sa vie professionnelle (PARTIE 2).

PARTIE 1 – Le secret de la vie privée du salarié

PARTIE 2 – La liberté de la vie privée du salarié

[128] Si l'apport de la CEDH a déjà été mentionné concernant le droit au respect de la vie privée, la Cour de justice de l'Union européenne fournit également de la matière, et notamment par le biais du dispositif de questions préjudicielles établies par l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; *cf* not. J.-P. LHERNOULD, « L'obligation d'adaptation du droit du travail français à la jurisprudence de la CJUE », *Dr. soc.*, 2010, p. 893.

[129] J.-P. TRICOIT, « La chambre sociale de la Cour de cassation face à la prolifération des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux », *Dr. soc.*, 2012, p. 178.

PARTIE 1 – LE SECRET DE LA VIE PRIVEE

« Le secret a toujours la forme d'une oreille »
Jean COCTEAU, *Le rappel à l'ordre*, 1926.

20. – La notion de « secret » est utilisée à la fois en tant qu'adjectif et nom commun. Pour autant, une nuance peut être opérée entre ces deux emplois, l'un étant l'aboutissement de l'autre. En effet, si un secret, nom commun, désigne une « chose cachée »[130], il n'est que le résultat d'un processus, celui de ne pas dévoiler la chose en question. La définition générale du nom commun contient cette idée et exprime le moyen d'y parvenir : « ce qui doit être tenu secret ; ce qui ne doit être dit à personne »[131]. Le secret implique et s'exprime alors par la contrainte imposée à autrui ou à soi-même, de ne pas révéler ce qui est désigné comme secret. Le secret implique donc un choix, sur la chose désignée comme secrète, et induit un questionnement sur les raisons de ce choix.

21. – Le choix de détenir une chose secrète implique également de taire les raisons d'une telle démarche. Nul besoin de le justifier aux yeux de l'ignorant, puisque celui-ci n'est pas censé connaître l'existence même du secret. Néanmoins, la révélation de l'existence d'un secret est parfois nécessaire. Il ne s'agit pas pour autant d'en révéler le contenu, mais d'opposer à autrui le désir de ne pas le dévoiler. Le choix de tenir caché se révèle ainsi par l'acte, celui d'opposer, est en constitue l'élément fondateur. Le secret apparaît ainsi comme une réponse à un stimulus externe. Il s'exprime alors par une rétention ou par un refus. Le refus étant nécessairement extériorisé[132], il révèle dès lors l'existence du secret. A l'inverse, en matière de rétention, l'existence d'un secret ne se manifestera que par la révélation du contenu tenu jusqu'alors secret. Ainsi la connaissance d'une information pourtant retenue permettra de révéler l'existence du secret.

---

[130] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, *cf* « secret ».
[131] E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, *op. cit.*, *cf* « secret ».
[132] Le secret remplit alors la fonction de moyen de défense. Tel est le cas lorsqu'il est invoqué pour ne pas fournir de preuve en justice ou pour écarter des preuves obtenues en violation d'une liberté fondamentale.

La révélation d'un secret ne signifie pas pour autant sa disparition. Le secret peut être partagé avec certains confidents, il n'en reste pas moins opposable à ceux devant rester dans l'ignorance. Les détenteurs du secret ont en commun l'obligation de ne révéler ni son existence, ni son contenu. Si l'un d'entre eux vient à briser le silence, il se rend coupable d'une divulgation non autorisée.
Le secret, alors saisi par le droit, traduit ces deux dimensions. Ainsi est-il présent, soit pour protéger les détenteurs d'un secret, soit pour réguler le partage de celui-ci.

22. – Le secret, par l'opposition qu'il affirme, peut parfois être mal accepté de la part de ceux qui en sont tenus à l'écart. Le soupçon qu'il peut soulever nécessite alors de légitimer son existence. Cette idée se renforce dans un monde où la transparence vient s'opposer au secret. « La transparence, censée incarner de nombreuses vertus – vérité, honnêteté, intégrité, loyauté, efficacité, etc. -, est prônée parfois comme un idéal et réclamée assez largement par le corps social »[133]. « L'évocation du secret paraît celle d'une société passéiste, dépassée par l'avènement de la transparence. Voire, le secret tend à inspirer la méfiance, comme antithétique des vertus que l'on prête à la transparence »[134]. A l'aune de ces propos, le secret semble en bien mauvaise posture et le droit au secret se voit dominé par un autre droit, celui de savoir.
Le droit de savoir est l'expression d'une réaction. « C'est en présence d'un obstacle à surmonter dans l'accès à la connaissance que se profile le droit de savoir. Lorsque l'information que brigue une personne lui est matériellement difficile, voire impossible d'accès, le droit de savoir permet d'aplanir l'obstacle »[135]. Le droit de savoir vient donc faire échec au droit au secret.

23. – Le secret, même s'il est garanti par le droit, ne peut alors être absolu. A ce titre, le secret protégé est toujours identifié : secret des correspondances, secret professionnel, secret de l'instruction ou encore secret des affaires. Il est parfois l'émanation d'un droit plus général. Ainsi, « le droit au respect de la vie privée est un droit de contrôle sur les informations relatives à la vie privée qui permet à l'individu de s'abriter derrière le

[133] Cour de cassation, « Le droit de savoir », Etude *in Rapport de la Cour de cassation*, 2010, Préf. A. LEPAGE, p. 69.
[134] *Ibid.*, p. 74.
[135] *Ibid.*, p. 84.

secret de sa vie privée »[136]. Le secret garantie donc l'effectivité du droit au respect de la vie privée, ce qui semble logique, cette dernière étant par nature secrète[137]. Cette acception confère à la personne le soin de contrôler sa vie privée et lui accorde le pouvoir de refuser toute ingérence d'un tiers dans celle-ci. La doctrine préfère parfois mobiliser la notion d' « immixtion » [138], lorsqu'elle s'intéresse à cette forme d'intrusion. Cette approche présente l'inconvénient de se focaliser sur la responsabilité de l'auteur et tend à éluder la dimension subjective du droit au respect de la vie privée, lequel demeure d'abord un droit d'opposition.

24. – Le droit au secret de la vie privée se manifeste alors, comme pour n'importe quel secret, par la possibilité offerte au détenteur de ce droit, de contrôler l'information, et notamment, la retenir (Titre 1). Le droit au secret se manifeste aussi pour ceux qui sont amenés à détenir un secret, par une obligation de non-divulgation (Titre 2).

[136] A. LEPAGE, « Droits de la personnalité », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 96.
[137] Le qualificatif de « privée » impliquant une mise à l'écart.
[138] P. KAYSER, « Les droits de la personnalité, Aspects théoriques et pratiques », *op. cit*.

TITRE 1 : LE DROIT A LA RETENTION DES INFORMATIONS PERSONNELLES

25. – La rétention, « ou le fait de retenir »[139], revêt dans la matière juridique deux dimensions. D'une part, appliquée aux personnes, la rétention correspond à une privation de libertés dans un objectif d'ordre public. La rétention administrative en matière d'étrangers en situation irrégulière ainsi que la rétention de sûreté, prononcées par les autorités judiciaires, en constituent les deux principales formes. D'autre part, en matière de biens, la rétention fait d'abord référence à un droit, celui de « retenir une chose que l'on doit remettre à autrui »[140]. L'exception d'inexécution permet au créancier, de retenir le bien, et d'en conserver la propriété, dans l'attente du paiement de son dû[141]. A l'instar d'un bien matériel, une information, objet de la prestation, peut tout à fait être retenue.

26. – Néanmoins, la rétention volontaire d'une information peut également s'opposer à une obligation contraire de révélation. D'une part, des prescriptions légales ou contractuelles peuvent imposer une obligation d'information, caractérisant un véritable « droit de savoir »[142]. La rétention s'apprécie alors négativement et s'interprète davantage en une réticence. Ainsi parle-t-on de réticence dolosive, cause de nullité du contrat[143]. En matière pénale, la réticence pourra constituer le délit de faux témoignage[144].

D'autre part, la rétention d'information, en ce qu'elle peut porter préjudice à autrui, présente aussi sa nature délictuelle. Si le droit des affaires fournit différents exemples[145], le droit social n'en est pas exempt. Ainsi, la rétention de précompte qualifie l'acte

[139] E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, *op. cit.*, « rétention ».
[140] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, *cf* « rétention ».
[141] Article 1612 du Code civil.
[142] Cour de cassation, « Le droit de savoir », *op. cit.*
[143] En dehors de l'abondante jurisprudence en matière de vices de consentement, certains dispositions la prévoit expressément (ex : Article L. 113-8 du Code des assurances, assimilant la réticence à « une fausse déclaration intentionnelle »).
[144] Article 434-13 du Code pénal.
[145] La rétention d'informations peut par exemple caractériser la mauvaise foi du dirigeant en matière de procédure collective ou encore justifier l'action *ut singuli* mise œuvre par des associés.

pénalement répréhensible commis par l'employeur qui ne verserait pas la cotisation ouvrière aux assurances sociales, laquelle a été nécessairement prélevée sur le salaire[146]. Par ailleurs, la rétention d'information a pu être jugée comme caractérisant le délit de harcèlement moral à l'encontre d'une collaboratrice[147].

Ainsi, prenant tantôt les caractères d'arme de défense, tantôt de délit, la rétention ne jouit guère d'une appréhension positive, ce qui n'est pas sans rappeler les soupçons qui pèsent sur la notion en matière de secret[148]. Toutefois l'individu est en droit de conserver pour soi les informations situées hors du champ de ce qu'il est tenu de révéler. A l'inverse, une obligation de non-révélation peut parfois s'imposer à lui, à l'instar de l'obligation de confidentialité insérée dans le contrat de travail ou du secret professionnel de nature légale.

27. – La doctrine civiliste entend la rétention comme la manifestation d'un droit de contrôle dont dispose le titulaire d'un droit subjectif, tel que le droit au respect de la vie privée. « Le droit de contrôle sur les informations personnelles en quoi consiste le droit au respect de la vie privée a pour objet d'empêcher l'accès d'un tiers à la connaissance de l'information personnelle, par la rétention qu'en fait l'intéressé ou son refus d'une immixtion »[149]. Initiée par la doctrine américaine relative à la *privacy*, certains auteurs français ont également développé cette prérogative attachée à l'exercice de droits subjectifs[150]. Le droit de contrôle permet alors à la personne d'exercer sa maîtrise des différents aspects de sa personnalité. Ce contrôle, également dénommée « réservation »[151], se manifeste de plusieurs manières. En matière de vie privée, cela se traduira tant par la faculté de pouvoir retenir de l'information, que celle à l'inverse de la révéler, ou encore de la rectifier. En tant que manifestation de ce contrôle, la rétention d'information peut alors consister en l'opposition d'un refus d'une personne de révéler des informations sur sa vie privée ou de diffuser son image. L'opposition qui implique nécessairement une maîtrise du secret par l'individu et une volonté librement émise, de s'opposer à sa révélation.

---

[146] Article R. 244-3 du Code de la sécurité sociale.
[147] Cass. crim., 6 septembre 2006, n° 05-87.134, Inédit.
[148] *Cf supra*, n° 22.
[149] A. LEPAGE, « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit français », *op. cit.*
[150] D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, *op. cit.* ; J.-Ch. SAINT-PAU, « La distinction des droits de la personnalité et l'action en responsabilité civile », *in* Etudes offertes à H. Groutel, Responsabilité civile et assurances, 2006, Litec, p. 405 et s., spéc. n°9.
[151] F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Manuel de droit des personnes*, 2006, PUF, p. 219.

28. – Cette confrontation se retrouve en droit du travail. Dans la relation de travail, la rétention d'information peut émaner des deux parties au contrat. L'employeur et le salarié peuvent donc en être tous les deux victimes. Pour autant, un déséquilibre prédomine la relation de travail, expliqué principalement par la présence d'un lien de subordination, juridique et économique. Ceci a amené le législateur à mieux protéger le salarié, soit contre d'éventuelles rétentions d'informations de la part de l'employeur[152], soit contre la violation par ce dernier du secret de la vie privée du salarié.

D'une manière générale le droit de savoir de l'employeur s'oppose au droit au secret du salarié. Cette confrontation se manifeste particulièrement durant la phase de recrutement. Les parties à la négociation étant *a priori* à égalité, il ne semble pas nécessaire de devoir protéger l'une d'entre elles. Néanmoins, l'absence de lien contractuel n'élude en rien l'existence d'une domination. En effet, la supériorité économique de l'employeur, un marché du travail défavorable aux salariés, contribuent à expliquer et à accentuer le déséquilibre dans la phase de négociation. Conscient de cet état de fait, le législateur est intervenu, faisant bénéficier le candidat à l'emploi d'une protection spécifique, et construisant un véritable droit du recrutement, visant à mettre à l'écart de cette procédure, les éléments de la vie privée du futur salarié.

29. – Toutefois, le droit de savoir de l'employeur reste le principe et s'exprime au travers de l'exercice d'un pouvoir d'investigation (Chapitre 1). Potentiellement intrusif dans la vie privée du salarié, il est cependant limité (Chapitre 2).

[152] Sur les effets positifs de l'information du salarié, *cf* F. BIZEUR, *L'information du salarié dans les relations individuelles de travail*, Thèse, 2013, dir. B. BOSSU.

CHAPITRE 1 – UN POUVOIR D'INVESTIGATION RECONNU

30. – Dépourvue de définition juridique, la notion d'investigation est également absente des dictionnaires spécialisés[153]. Cette notion irrigue pourtant, et de manière abondante, l'ensemble des branches du droit. Considérée comme une composante du droit de savoir[154], elle se manifeste dans l'exercice des pouvoirs accordés par le législateur, à différents organismes ou autorités de contrôle, ainsi que de leurs agents dans le cadre de leurs missions : l'autorité de la concurrence[155], l'inspection générale des services judiciaires et assimilés[156], le commissaire aux comptes[157], les experts en assurance[158], les services des douanes[159], etc. Si cette notion est, dans l'esprit commun, dotée d'une forte connotation pénale, un seul article du Code pénal en fait mention, caractérisant le délit d'entrave à la justice par le fait de « révéler sciemment ces informations à des personnes qu'elle sait susceptibles d'être impliquées comme auteurs, coauteurs, complices ou receleurs, dans la commission de ces infractions, lorsque cette révélation est réalisée dans le dessein d'entraver le déroulement des investigations ou la manifestation de la vérité »[160]. Le droit social connaît également la notion d'investigation, même si elle n'est que très peu utilisée par le législateur[161].

31. – En tant qu'« action de suivre à la trace, de rechercher attentivement »[162], l'investigation, puisqu'elle se manifeste par l'exercice de prérogatives, est associée à la notion de pouvoir.

---

[153] Le terme investigation ne figure pas dans les différents lexiques juridiques (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* ; D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF), excepté sous la formulation laconique suivante : « Recherche approfondie dans le but de recueillir des indices » (*Le droit de A à Z. Dictionnaire juridique pratique*, Éditions juridiques européennes, 3e éd., 1998).
[154] Cour de cassation, « Le droit de savoir », 2010, *op. cit.*
[155] Mentionné notamment par les articles L. 450-1, L. 464-2 ou encore L. 461-4 du Code de commerce.
[156] Article R. 743-3 du Code de commerce.
[157] Voir notamment Article L. 823-13 et L. 823-14 du Code de commerce.
[158] Voir notamment Article R. 332-38 du Code des assurances.
[159] Voir notamment Article 283 bis du Code des douanes.
[160] Article 434-7-2 du Code pénal.
[161] Quatre articles du Code du travail mentionnent cette notion : Articles R. 4313-86 (investigations ministérielles des organismes certificateurs d'équipements de travail et de moyens de protection), R. 4412-66 (investigations de l'employeur concernant l'utilisation de produits dangereux), et les articles R. 6322-35 et R. 6322-36 (concernant la phase dite « d'investigation » du bilan de compétence) ; le Code de la sécurité sociale mobilise cette notion s'agissant des pouvoirs accordés aux organismes de sécurité sociale (not. article L. 114-9 du Code de la sécurité sociale).
[162] E. LITTRÉ, *op. cit.*, « investigation ».

Le pouvoir d'investigation renvoie alors à la fois à une capacité et à sa mise en œuvre. Si le pouvoir d'investigation est bien souvent accordé spécifiquement par voie législative ou réglementaire, il peut découler du contrat[163]. La mise en œuvre fait référence aux moyens accordés dans la réalisation de la recherche d'informations, évoquant alors une pluralité, ou « des pouvoirs ». Ainsi, les titulaires d'un pouvoir d'investigation peuvent se livrer à des enquêtes[164], ou bien encore à des vérifications[165].

En matière pénale, certains auteurs caractérisent le pouvoir d'investigation selon l'objectif attaché à sa mise en œuvre. Ainsi peut-on différencier l'investigation réactive de l'investigation proactive[166]. Si la première forme permet « lorsqu'un trouble à l'ordre public a été constaté, d'exercer la contrainte afin de faire la lumière sur ce désordre », l'autre forme permet au contraire « de rechercher à l'aveugle l'existence d'un trouble à l'ordre public non encore révélé dans des hypothèses définies par le législateur comme propices à la réalisation du désordre »[167].

32. – Cette dernière distinction permet d'assigner deux objectifs à l'investigation. D'une part, il s'agit de rendre apparent ce qui ne l'est pas, en un mot « révéler » ; d'autre part, de vérifier l'information. Ces deux aspects se retrouvent dans l'exercice par l'employeur de son pouvoir d'investigation au cours du recrutement. En effet, celui-ci pourra vouloir vérifier l'information contenue dans un curriculum vitae ou bien rechercher certaines informations non dévoilées par le candidat à l'embauche.

L'investigation doit se distinguer de la surveillance opérée par l'employeur, laquelle a vocation à s'appliquer uniquement lorsque la relation de travail est établie. Elle se contente alors de vérifier la réalisation des obligations contractuelles et non de révéler des informations appartenant à la vie privée du salarié. Ce dernier ne semble donc pas pouvoir, ni devoir, opposer son droit au secret. Néanmoins, une certaine confusion peut s'installer entre ces deux pouvoirs, par la mobilisation de la notion de vie privée, tant par la doctrine que la jurisprudence, dans des situations qui concernent davantage les

---

[163] Même s'il n'existe à notre connaissance pas d'exemple de clause attribuant spécifiquement des pouvoirs d'investigation, ce dernier s'exerce de manière indirecte par le biais l'obligation d'information ou de transparence. Tel est le cas d'une clause du contrat de travail mentionnant une liberté de tout engagement contractuel du salarié envers un autre employeur.

[164] Le terme d' « enquête » est d'ailleurs bien souvent proposé en synonyme d' « investigation ».

[165] Article R. 114-18 du Code de la sécurité sociale.

[166] M. MURBACH, « Théorie générale des pouvoirs d'investigation : l'investigation proactive », *AJ Pénal*, 2011, p. 506.

[167] *Ibid.*

libertés du salarié que le secret de la vie privée. Certes, l'employeur peut parfois dépasser le cadre de son pouvoir surveillance, par l'utilisation de moyens ou le détournement de procédés pouvant se rapprocher de l'investigation. Toutefois, son analyse réclame une appréhension plus large de la notion de vie privée[168].
Si la distinction entre ces deux types de prérogatives est parfois difficile à opérer, rapportée à une conception de la vie privée réduite au secret, l'analyse du pouvoir d'investigation peut alors se concentrer sur sa mise en œuvre à l'endroit de la personne dépourvue de tout statut salarial, précisément lors de la phase de recrutement.

33. – Si l'investigation patronale peut très bien être réactive ou proactive, se pose néanmoins la question de la justification de cette démarche. Si en matière pénale de telles actions sont motivées par un impératif d'ordre public, qu'en est-il lorsque l'investigation sert des intérêts d'individus ou d'organismes privés ?
L'investigation permet de satisfaire un intérêt certes privé, mais qui peut être collectif. Les démarches d'investigation émanant d'organismes de protection sociale visent ainsi à préserver les intérêts de la communauté d'adhérents contre les effets délétères des fraudeurs. De même, un intérêt collectif peut être caractérisé au niveau de l'entreprise. Cette dernière, considérée en tant qu'institution, emmène dans son sillage une somme d'intérêts individuels[169]. La préservation de son intérêt entraîne *de facto* la protection de ceux des individus qui la composent.
Par ailleurs, l'intérêt privé peut justifier des actions d'investigation en raison du fondement contractuel sur lequel il s'établit. Si le contrat lui-même peut parfois accorder un certain droit de regard des parties sur l'exécution des obligations[170], d'une manière générale une obligation d'exécution de bonne foi assure la sauvegarde des intérêts contractuels, face à des intérêts individuels pouvant entrer en contradiction.

34. – L'étude des fondements du pouvoir d'investigation de l'employeur permettent alors de justifier sa présence (Section 1). Parfois, ce pouvoir d'investigation est même encouragé (Section 2).

---

[168] Notamment la notion de liberté de la vie privée : *cf infra*, n° 250 et s.
[169] *Cf infra*, n° 382 et s.
[170] Le versement par l'employeur du complément de rémunération au salarié absent bénéficiant d'une indemnité versée par la sécurité sociale, l'autorise à pouvoir procéder à des contre-visites au domicile du salarié, par un médecin de son choix ; Article L. 1226-1 du Code du travail ; Cass. soc., 10 novembre 2010, n° 09-41.628.

SECTION 1 : UN POUVOIR D'INVESTIGATION JUSTIFIE

35. – La justification du pouvoir d'investigation réside dans l'importance de la personne dans la relation de travail salarié. En effet, même s'il est soumis « aux règles de droit commun »[171], le contrat de travail, par son caractère *intuitus personae*[172], impose de prendre en considération la personne (§1). Par ailleurs, objet de rencontre des volontés, le contrat de travail implique une nécessaire évaluation réciproque, afin de répondre aux besoins exprimés par les parties (§2).

§1 : La considération de la personne

36. – L'importance de la personne dans la relation de travail se manifeste par le caractère *d'intuitus personae* attribué au contrat de travail (A). Cette qualification emporte des effets juridiques qui viennent renforcer l'idée d'une place déterminante dans le contrat de travail (B).

A / Un contrat conclu *intuitu personae*

37. – Le contrat conclu *intuitu personae* prend en considération la qualité, ou les qualités, de l'un des cocontractants. Si l'*intuitus personae* marque d'abord les contrats à titre gratuit, la considération de la personne gratifiée constituant l'élément essentiel de l'engagement[173], les contrats à titre onéreux n'en sont pas pour autant exempts[174]. En matière commerciale, le contrat d'entreprise conclu avec un artisan ayant cessé son activité depuis plusieurs années, radié du répertoire des métiers, placé par ailleurs en redressement puis en liquidation judiciaire, exerçant son activité de manière clandestine et ne présentant donc aucune garantie, est vicié par une erreur sur la personne[175].

---

[171] Article L. 1221-1 du Code du travail.
[172] Littéralement « en considération de la personne ».
[173] B. GRELON, « L'erreur dans les libéralités », *RTD civ.,* 1981, p. 261.
[174] Par exemple en matière de vente : voir Cass. civ. 3ème, 5 juillet 1995, n° 92-20.425, Bull. civ. III, n° 174 ; *RTD civ.*, 1996, p. 388, obs. J. MESTRE.
[175] TGI Saintes, 22 janvier 1993, inédit.

Certains auteurs évoquent un glissement vers un *intuitus firmae*[176], ce dernier représentant « les qualités de sérieux, de compétence, d'expérience (…), attendues de l'entreprise contractante, qui sont prépondérantes dans la conclusion des contrats »[177].

38. – La notion d'*intuitus personae* « est difficilement saisissable »[178]. En effet la loi ne définit pas clairement cette notion, tout au plus peut-on se référer à l'ancien article 1110, alinéa 2, du Code civil lequel disposait que « [l'erreur] n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de cette convention »[179]. Le nouvel article 1134 semble plus explicite en disposant que « l'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne ».

Plusieurs tentatives de définitions peuvent être trouvées dans la doctrine. Pour Gérard CORNU, l'opération *intuitu personae* est celle dans la conduite de laquelle la personnalité de l'un des cocontractants est tenu pour essentielle en raison par exemple de ses aptitudes particulières ou de la nature du service attendu de lui. Certains auteurs préfèrent parler du « caractère personnel d'un contrat par lequel le travailleur se met à la disposition d'autrui »[180]. « Il y a considération de la personne dans un contrat lorsque le cocontractant, au lieu de considérer uniquement la prestation qu'il attend de ce contrat, considère également la personne qui doit lui fournir ladite prestation »[181].

La majorité de la doctrine travailliste considère que le contrat de travail est fondé sur l'*intuitus personae*[182] [183], idée bien ancrée puisque parfois mobilisée sans autre justification[184].

---

[176] J. MESTRE, obs. ss CA Saint-Denis-de-le-Réunion, 6 octobre 1989, *RTD civ.*, 1990, p. 647 ; E. PUTMAN, note ss CA Saint-Denis-de-le-Réunion, 6 octobre 1989, *JCP G*, 1990, II, 21504.

[177] E. PUTMAN, *op. cit.*

[178] D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'intuitu personae », *RTD civ.*, 2003, n° 1, p. 4 et s.

[179] Abrogé par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

[180] G.-H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail*, Dalloz, 1982, n° 45, p. 54 ; G. LYON-CAEN, *Droit du travail*, Dalloz, 1988, n° 166, p. 180.

[181] M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse, Paris II, 1974, p. 33.

[182] G. COUTURIER, *Droit du travail*, tome 1, PUF, 16ème éd., n° 166, p. 150 ; J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail*, manuel, 4ème éd., LGDJ, 1992, n° 17, p. 36 ; C. ORLIAC, *Le contrat de travail d'après la loi et la jurisprudence*, tome 1, Entreprise moderne d'édition, 1969, p. 20 ; J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, 13ème éd., PUF, 1993, p. 80.

[183] Toutefois, l'examen des manuels récents de droit du travail laisse interrogateur, le terme d'*intuitus personae* étant totalement absent.

[184] D. POHÉ-TOPKA ; « La bonne foi du salarié dans la conclusion du contrat de travail », *Études à la mémoire de Christian Lapoyage-deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 493.

Il convient de souligner que l'*intuitus personae* peut concerner les deux parties au contrat de travail. En effet, si la considération de la personne du salarié constitue le point principal d'attention, un *intuitus personae* patronal peut être également présent, il peut être incarné par la personnalité des dirigeants ainsi que l'image de marque de l'entreprise. Cette dualité écorne quelque peu l'image d'un contrat centré sur la personne du salarié.

39. – Si la personne du salarié constitue un élément indiscutable du contrat de travail, constitue-t-elle pour autant l'objet unique du contrat ? Certains auteurs semblent l'admettre : « c'est la personne humaine qui est en réalité l'objet du contrat en même temps qu'elle en est le sujet »[185]. La personne se voit en quelque sorte « réifiée », une partie de la personne du cocontractant devenant ainsi objet de commerce[186]. Il ne saurait cependant être envisagé un contrat conclu *intuitu rei*, refusant par là toute dimension humaine dans la relation travail, et qui laisserait supposer que l'employeur accepterait de traiter avec n'importe quelle personne susceptible d'accepter son offre. Quand bien même certains emplois pourraient être dépourvus de qualifications spécifiques, les attitudes et savoirs-être pèseront tout de même dans le choix du candidat à un emploi.

40. – Si des interrogations peuvent légitimement être formulées quant à l'appartenance du contrat de travail à la catégorie juridique des contrats conclus *intuitu personae*[187], certains signes de confirmation peuvent s'observer. Force est de constater la propension constante du législateur à vouloir canaliser l'*intuitus personae* par l'adoption de mesures visant à restreindre la liberté de choix de l'employeur[188], ce qui témoigne de l'existence de ce caractère dans la relation de travail. Pour autant, on ne peut pas parler de volonté d'éviction totale, car il demeure toujours une certaine subjectivité dans la relation de

[185] G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 2ème éd., spéc. n° 2948.
[186] M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*
[187] Certains auteurs rejettent cette idée, v. not. J.-P. LABORDE, « Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap », *Dr. soc.*, 1991, p. 615.
[188] *Cf infra*, n° 88 et s.

travail, à commencer par la confiance[189]. Il s'agit alors davantage de tracer une limite, « au-delà de laquelle il subsiste un noyau dur d'*intuitus personae* »[190].
Par ailleurs, l'étude de la jurisprudence vient confirmer la reconnaissance de certains attributs habituellement conférés aux contrats conclus *intuitu personae*.

B / La personne, élément déterminant du contrat de travail

41. – Le caractère déterminant de la personne s'observe tant dans la formation du contrat (1) que dans l'exécution de celui-ci (2).

1 / La personne la formation du contrat de travail

42. – Dès lors que le contrat de travail est conclu *intuitu personae*, l'erreur sur la qualité de la personne du candidat peut vraisemblablement constituer une cause de nullité de la convention[191].
Le contrat de travail étant, selon les termes de l'article L. 1221-1 du Code du travail, soumis aux règles du droit commun, il doit se voir appliquer, à l'instar de tout autre contrat, la théorie des vices du consentement. Toutefois, cette idée séduisante en théorie ne semble guère susciter l'engouement dans la pratique : « l'erreur, le dol et même la violence, dès lors, peuvent avoir cours en droit du travail, même s'il est vrai qu'ils n'y rencontrent, traditionnellement, qu'un succès modeste »[192]. Cette faible mobilisation des vices du consentement ne signifie pas pour autant l'impossibilité de les utiliser pour mettre fin à un contrat de travail. Cette absence de mobilisation peut largement s'expliquer par l'existence de modes de rupture spécifiques au contrat de travail, qui corrigent par eux-mêmes les effets d'un consentement vicié. Enfin, on peut voir dans cette relative frilosité du juge à retenir les vices du consentement, un moyen de rétablir un certain équilibre dans la relation contractuelle de travail.

---

[189] B. BOSSU, « La confiance en droit du travail », in Bernard TEYSSIÉ, *La cause en droit du travail*, 2013, Panthéon-Assas Paris II, Colloques.
[190] M.-A. PEANO, « L'intuitus personae dans le contrat de travail », *Dr. soc.*, 1995, p. 129.
[191] Article 1134 (nouveau) du Code civil, *op. cit.*
[192] G. LOISEAU, « L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail », in *Le contrat au début du XXIème siècle. Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, p. 579.

43. – La jurisprudence accepte la nullité du contrat pour erreur sur la personne, spontanée ou provoquée par dol[193], mais à certaines conditions.

Si l'erreur s'apprécie au moment du contrat[194], elle doit d'abord être excusable[195]. L'employeur se doit ainsi d'indiquer de manière explicite, les principales caractéristiques de ses attentes[196], de sorte qu'il ne puisse opposer au candidat recruté ce qui n'était pas clairement affiché. Pour autant, ce qui n'est pas mentionné est-il pour autant accessoire ? S'agissant de certaines professions réglementées, nécessitant des diplômes et l'accomplissement de démarches administratives, il n'est pas rare de voir des employeurs se faire l'économie d'une mention explicite de l'obtention du diplôme ou de la réalisation de l'inscription. Toutefois, l'absence de l'un de ces éléments viendrait annihiler les attentes de l'employeur, et ainsi la cause pour laquelle il s'était engagé. Ce caractère illusoire ou dérisoire de la contrepartie traduirait une absence de cause de l'obligation de l'employeur. Ainsi, une erreur sur l'existence de la cause, ou « fausse cause »[197], pourrait constituer un cas de nullité, la sanction visant d'abord l'absence de cause[198], plutôt que le vice de consentement[199]. Toutefois, la récente réforme du droit des obligations ayant supprimé la notion de cause, la question de ce fondement ne se pose plus[200].

44. – L'erreur doit également porter sur une qualité essentielle du salarié, intégrant le champ contractuel[201]. Le dol doit porter lui aussi sur un élément déterminant. Conformément au droit commun, il y a lieu de déterminer si le contractant aurait conclu le contrat de travail s'il avait eu connaissance du fait révélé trop tardivement. Tel est le

---

[193] G. COUTURIER, *op.cit.*, n° 71, p. 139.
[194] Cass. soc., 6 février 1996, n° 94-40.392, Inédit.
[195] *Cf infra,* n° 118.
[196] Etant d'ailleurs par nature exclues de ce champ, les qualités assimilées à des critères discriminatoires.
[197] J. CARBONNIER, t. 4, § 58 ; *adde* : F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 15, Obligations, 3ème éd., 1875, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie, n° 120 ; L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, A. Durand, Paris, 1858, article 1131, n° 5.
[198] Si la récente réforme du droit des obligations a fait disparaître la référence formelle à la cause dans le nouvel article 1128 du Code civil, les fonctions attachées à cette notion sont maintenues dans des dispositions éparses : *cf* not. article 1169 (nouveau) du Code civil : « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. ».
[199] J. GHESTIN, Y.-M. SETINET, « Erreur », *Rép. droit civil*, Dalloz, 2006, n° 57.
[200] Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a supprimé la notion de cause (articles 1131 et s. du Code civil).
[201] Cass. soc., 28 février 2001, n° 99-40.655, Inédit : dans la mesure où il n'avait pas été fait mention lors du recrutement de l'exigence d'un diplôme de spécialité médicale, le fait que l'intéressé ne possède pas une telle qualification, ne permettait pas l'annulation du contrat.

cas, d'une part, lorsque le consentement de l'employeur est vicié au regard de la disponibilité du salarié pour exercer l'activité. La jurisprudence a pu admettre le dol s'agissant du salarié ayant omis de mentionner une clause contractuelle de non-concurrence[202] ou d'exclusivité[203]. D'autre part, l'employeur peut invoquer un vice du consentement lorsque la qualité du salarié en considération de laquelle l'employeur l'a embauché, fait radicalement défaut. Ainsi en est-il du candidat à un poste de professionnel de la construction et du dessin industriel, au passé de démarcheur de maisons de banque puis d'agent de change[204] ; ou bien du maçon qui se révéla au final ne pas avoir cette qualité[205]. Il en est de même lorsque le salarié a menti sur ses diplômes[206].

45. – Si l'importance de la personne se révèle dès la formation du contrat de travail, cette place demeure durant l'exécution de celui-ci.

2 / La personne dans l'exécution du contrat de travail

46. – L'*intuitus personae* du contrat de travail le rend nominatif[207]. Il en découle l'obligation pour le salarié d'assurer lui-même l'exécution du contrat[208]. Ainsi, le fait pour le bénéficiaire de la prestation de travail d'exiger qu'elle soit exécutée personnellement par l'intéressé fait présumer l'existence d'un contrat de travail. Tel est le cas d'un chauffeur « locataire » de taxi qui devait conduire personnellement le véhicule à l'exclusion de toute autre personne[209]. À défaut, le salarié peut être licencié pour cause réelle et sérieuse[210], voire pour faute grave[211].

---

[202] Cass. soc., 3 janvier 1964, n° 62-40.847, *Bull. civ. V*, 1964, n° 5 : *JCP G*, 1964, II, 13551, note R. LINDON ; *D.*, 1964, p. 215 ; Cass. soc., 23 mars 1977, *Bull. civ. V*, 1977, n° 227.
[203] CA Riom, 13 mars 1989, *RJS*, 1989, n° 817.
[204] Trib. civ. Marseille, 7 mars 1925 : *DH*, 1925, p. 381.
[205] CA Metz, 3 mai 1995 : *JCP G*, 1995, IV, n° 1923.
[206] Cass. soc., 17 octobre 1995, n° 94-41.239, Inédit : *JCP G*, 1996, I, 3923, n° 3, obs. O. RAULT.
[207] Les noms des contractants constituent les premiers éléments d'un contrat de travail.
[208] G.H. CAMERLYNCK, *op. cit.*, n° 212, p. 238 ; C. ORLIAC, *op. cit.*, p. 20.
[209] Cass. soc., 19 décembre 2000 ; *Dr. soc.*, 2001, p. 227, note A. JEAMMAUD
[210] Un salarié qui se fait remplacer par son épouse : CA Versailles, 21 février 2001 ; *RJS*, 2001, p. 398.
[211] Une salariée qui se fait remplacer par son mari sans l'accord de l'employeur : Cass. soc., 14 février 1995 ; *Cah. prud'h*, 1996, p. 6.

47. – Il convient tout de même de mentionner certains tempéraments à ce principe. D'une part, en matière de travail à domicile, une exception est accordée à la personne puisqu'elle peut travailler « soit seule, soit avec son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité, concubin ou avec ses enfants à charge au sens fixé par l'article L. 313-3 du Code de la sécurité sociale, ou avec un auxiliaire »[212]. Exception à l'exécution personnelle du contrat de travail, ces possibilités présentent selon certains un caractère alternatif[213], réduisant ainsi la portée de cette exception.

D'autre part, certains auteurs relativisent l'impact de la considération de la personne au motif que : « le fait, pour le salarié, d'être tenu à exercer personnellement ses obligations s'explique certainement moins par l'*intuitus personae* que par la nécessité, pour l'employeur d'assurer l'ordre dans son entreprise et d'en maîtriser le fonctionnement »[214]. Autrement dit, c'est parce que l'employeur y trouve un intérêt que le salarié doit exécuter personnellement son obligation. Cette idée pouvant se déduire de l'ancien article 1237 du Code civil, lequel affirmait que « l'obligation de faire ne peut être exécutée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt à ce qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même ». Désormais, la portée de cette disposition semble réduite, le nouvel article 1342-1 du Code civil se concentrant sur l'obligation de payer[215]. Le caractère personnel de la relation de travail se manifeste aussi dans l'évaluation du salarié.

48. – L'exécution du contrat de travail tend en effet à être appréciée par l'employeur, et ce dès le début de la relation de travail. Ainsi, la période d'essai permet aux parties de se ménager une période d'évaluation réciproque, au cours de laquelle chacune pourra y mettre fin sans motifs. L'employeur pourra à cette occasion évaluer le salarié et apprécier ses qualités personnelles. Plus généralement, la dimension personnelle du contrat de travail tend à s'imposer pour toute évaluation du salarié, et notamment lorsqu'elle s'avère déterminante dans l'attribution d'avancements, promotions ou rémunérations complémentaires. D'ailleurs, la rémunération, élément substantiel du contrat de travail, est par nature personnelle. En particulier, elle peut comprendre

---

[212] Article L. 7412-1, 2° du Code du travail.
[213] P. BURNEL, *Travail à domicile – Télétravail, Droits et obligations de l'entreprise et du salarié*, 2011, éd. Liaisons, n° 38, p. 49.
[214] M.-A. PEANO, *op. cit.*
[215] Article 1342-1 du Code civil : « Le paiement peut être fait même par une personne qui n'y est pas tenue, sauf refus légitime du créancier ».

l'octroi de primes d'objectifs ou de résultats par l'employeur[216]. Là encore la dimension personnelle prédomine.
Enfin, l'évaluation de l'aptitude physique du salarié à son emploi révèle une fois de plus le caractère d'*intuitus personae* attaché au contrat de travail. C'est parce que la personne est prédominante qu'il incombe à l'employeur de reclasser le salarié inapte.

49. – La personne du salarié constituant le cœur de l'engagement contractuel de l'employeur, celui-ci aura pour dessein de recherche le collaborateur le plus approprié à ses besoins.

§2 : L'impératif d'adéquation

50. – Le contrat de travail reposant sur le choix de la personne, l'employeur doit pouvoir bénéficier d'une liberté en la matière (A). Cette liberté répond à la volonté de trouver le candidat approprié à l'emploi proposé (B).

A / Une liberté de choix

51. – La liberté contractuelle implique celle de choisir son cocontractant. Si cela vaut pour les deux parties au contrat, en matière de contrat de travail, le choix revient d'abord à l'employeur. Cette faculté de choix est fortement liée à sa liberté entrepreneuriale, à valeur constitutionnelle[217], entendue comme « le droit pour tous de créer, s'installer, exploiter, gérer ou encore se retirer du monde des affaires »[218]. Le Conseil constitutionnel a également conféré une telle valeur à la liberté de choisir son collaborateur [219], la projetant « dans l'univers scintillant des libertés constitutionnellement protégées »[220]. Saisi à l'occasion de l'étude de la constitutionnalité

[216] Sous réserve notamment du respect des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination.
[217] Liberté à valeur constitutionnelle – Cons. const., du 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, « Loi de nationalisation », *Rec. Cons. const.*, p. 18 : *D.*, 1983, p. 169, note L. HAMON ; *JCP*, 1982, II, 19788, note NGUYEN QUOC VINH et C. FRANCK.
[218] V. FRAISSINIER-AMIOT, *La liberté d'entreprendre*, thèse, La Réunion, 2006, p. 16.
[219] Cons. const., 20 juillet 1988, n° 88-244 DC : *Dr. Soc.*, 1988, p. 755, obs. X. PRÉTOT ; *D.*, 1989, p. 269, note F. LUCHAIRE.
[220] L. HAMON, *op. cit.*

de l'article 15, §2 de la loi d'amnistie « présidentielle »[221], le Conseil a pu réaffirmer cette valeur. Dans sa rédaction initiale, la loi prévoyait la possibilité d'une réintégration de tout salarié protégé, ayant été licencié pour faute[222]. Le Conseil constitutionnel a alors considéré que ces dispositions risquaient « de mettre en cause la liberté d'entreprendre de l'employeur qui, responsable de l'entreprise, doit pouvoir, en conséquence, choisir ses collaborateurs ». Il vient ainsi préciser, et étendre, la liberté d'entreprendre à la liberté de choix du collaborateur.

La possibilité de prendre en compte la personne ne doit toutefois pas être réduite à la seule faculté de pouvoir choisir son cocontractant. L'*intuitus personae* exprime également la manière dont est opéré ce choix.

52. – La liberté de gestion de l'employeur, en tant que composante de la liberté d'entreprendre, constitue la principale manifestation de cette dernière dans les relations de travail. La gestion au sens large impliquant celle des ressources humaines, l'employeur est donc libre de fixer les modes de sélection de ses futurs collaborateurs.

Ces derniers doivent être distingués des critères de sélection. Les modes, que le Code du travail désigne sous les termes de « méthodes et techniques »[223], constituent des processus de collecte de l'information. Les critères, quant à eux, attribuent une valeur à ces informations, en d'autres termes « qualifient ». Modes et critères apparaissent ainsi complémentaires, la collecte d'informations se situant en amont du processus de décision.

Les modes de sélection diffèrent selon que le candidat à l'emploi est extérieur à l'entreprise ou si l'on procède à un recrutement en interne. En effet, l'employeur, par son pouvoir de surveillance sur ses subordonnés, disposera de plus d'informations sur ces derniers, que sur un candidat externe, pour lequel les informations le concernant sont par nature privées. Ce statut particulier, précontractuel, peut donc poser certaines difficultés en matière de collecte d'informations tant au niveau juridique, chacun ayant droit au respect de sa vie privée, qu'au niveau technique, l'information privée étant par nature plus difficile à recueillir.

---

[221] Loi n° 88-828 du 20 juillet 1988 portant amnistie, JORF 21 juillet 1988.

[222] Hormis en cas de faute lourde particulièrement grave ayant fait l'objet d'une condamnation pour coups et blessures et le prononcé de peines importantes (Article 8 de la loi du 20 juillet 1988, *op. cit.*).

[223] Article L. 1228, al. 3 du Code du travail.

53. – Les outils de collecte doivent intégrer ces contraintes. L'employeur dispose d'un véritable arsenal d'outils, largement étoffé par l'appui des technologies de l'information et de la communication. Si les outils classiques demeurent indémodables[224], ils ne constituent bien souvent qu'une première étape d'un processus de recrutement qui peut s'avérer parfois long. Le nombre d'étapes de ce processus, et des outils mobilisés, dépendent en général du degré de qualification du poste, ainsi que du caractère stratégique qui lui est attribué. Il est aisément compréhensible que l'employeur cherche à minimiser le risque d'un mauvais choix, et du coût qui pourra y être associé[225]. L'entretien physique, parfois virtuel[226], souvent répété avec des interlocuteurs de niveaux hiérarchiques différents, constitue alors bien souvent l'étape finale du processus. Ce dernier visera d'ailleurs d'avantage à évaluer la personnalité du candidat plutôt que ses diplômes ou ses expériences professionnelles[227].

54. – La liberté d'entreprendre implique donc la liberté pour l'employeur de choisir son cocontractant ainsi que la manière dont celui-ci sera sélectionné. Cette liberté se manifeste également dans la sélection des critères qui guideront sa décision de recruter, et par extension les choix opérés pendant l'exécution du contrat de travail. Or, ces critères doivent nécessairement tendre à évaluer l'adéquation entre les qualités attendues et celles évaluées, du candidat ou du salarié, autrement dit sa personne.

B / Une personne adéquate

55. – S'agissant du contrat travail, « la décision de recruter ou de refuser d'embaucher, de poursuivre les relations contractuelles ou d'y mettre fin, de sanctionner ou de gratifier le salarié, sont déterminés par la personne humaine du postulant ou du salarié »[228].

Considérer la personne, implique de définir ce qui la constitue. Les qualités de l'individu, à la fois critères de différenciation et d'identification, conduisent à le caractériser. Ces

[224] Que ce soit sous format papier ou numérique, le curriculum vitae et la lettre de motivation demeurent des outils de sélection incontournables.
[225] Au coût du recrutement en lui-même (en terme financier mais également de temps mobilisé), s'ajoute alors le coût de l'erreur et celui des éventuelles indemnités de rupture du contrat de travail.
[226] Les outils de visioconférence associent instantanéité et économies.
[227] A l'image des grands oraux de jury de concours de la fonction publique.
[228] M.-A. PEANO, *op. cit.*

dernières doivent alors correspondre aux besoins exprimés par l'employeur, et spécifiquement au profil de poste de l'emploi considéré. Une approche partagée par les professionnels des ressources humaines vise les compétences, alors entendues comme un ensemble de savoirs, savoir-faire et savoir-être. Cette vision *a priori* objective, puisque reposant sur des éléments prédéfinis et évalués lors de l'embauche, n'élude pas la subjectivité inhérente à la phase de contractualisation du rapport de travail. Celle-ci demeure inéluctable en matière d'appréciation des compétences, tenant aussi bien à l'évaluateur qu'au candidat lui-même.

56. – La personne de l'évaluateur peut elle-même se tromper[229]. Ce risque est irréductible, quand bien même diverses techniques viseraient à en réduire les effets[230]. Le choix du recruteur va « être déterminé par des impressions, voire des intuitions, et, en tout cas, par des appréciations subjectives et des préférences »[231]. Toutefois, cette subjectivité varie selon l'emploi. Certains postes appellent des compétences parfois difficilement mesurables, tant par leur dimension tacite[232], que relationnelle. Tel est le cas des travailleurs du savoir du secteur quaternaire[233].

La subjectivité demeure également en ce qu'une personne humaine peut être à la fois appréhendée de manière physique (sexe, apparence physique, aptitude physique…), et morale (trait de caractères, savoirs-être, valeurs, opinions, croyances…). Quand bien-même certains éléments de la personnalité n'ont pas à être pris en compte[234], l'évaluateur ne peut faire fi des impressions, ressentis et préjugés, conduisant à des jugements de valeur empreints de subjectivité.

Une autre approche révèle cette dualité, par la distinction entre les qualités actives et les qualités passives de la personne[235]. Les qualités actives, qui ont un rapport direct avec la prestation promise, amènent le contractant à focaliser son attention sur la prestation elle-même. Les personnes n'entrent ainsi qu'indirectement en considération, en ce qu'elles conditionnent l'exécution de la prestation. À l'opposé, les qualités passives

---

[229] Les préjugés de l'évaluateur participent nécessairement à ce risque.
[230] Tests, multiplication et diversification des évaluateurs, notamment pour les candidats à des postes clés.
[231] M.-A. PEANO, *op. cit.*
[232] Les connaissances tacites regroupent les compétences innées ou acquises, le savoir-faire et l'expérience. Elles sont généralement difficiles à « formaliser » par opposition aux connaissances explicites. V. not. les travaux de Ikujiro Nonaka.
[233] J.-E. RAY, *Droit du travail – Droit vivant*, 2012, 22ème éd., n° 76.
[234] *Cf infra*, n° 442 et s.
[235] F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1938, n° 44, p. 103 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, p. 516 et s.

n'ayant pas ce rapport direct avec la prestation attendue, font prévaloir la considération de la personne sur celle de l'objet du contrat. Cette part de subjectivité peut dès lors constituer un risque dès lors qu'elle implique des éléments touchant à la vie privée et aux libertés de la personne.

57. – Toutefois, la subjectivité s'avère parfois nécessaire, notamment dans les entreprises de tendance, entreprises dans lesquelles « une idéologie, une morale, une philosophie ou une politique est expressément prônée. Autrement dit, l'objet essentiel de l'activité de ces entreprises est la défense et la promotion d'une doctrine ou d'une éthique »[236]. Il est compréhensible que dans ces entreprises, la personne revêt une importance significative en raison de la dimension idéologique de l'emploi. Cela légitime-t-il une subjectivité plus forte ? Certains auteurs s'interrogent : « Au regard du caractère propre de ces entreprises, l'employeur serait-il dans l'illégalité en posant des questions attentatoires à la vie privée et aux libertés publiques du salarié ? »[237]. L'exception prévue à l'article L. 1132-1 du Code du travail semble l'admettre en permettant de recourir à des différences de traitement pouvant se révéler discriminatoire, « lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée »[238].

58. – Le contrat de travail ayant pour objet la personne, l'employeur est naturellement amené à prendre des décisions en considération de celle-ci. Cette prise en compte ne pouvant se faire sans une recherche d'informations, le pouvoir d'investigation s'avère inhérent à la relation de travail subordonné. Justifié par nature, ce pouvoir peut parfois même être encouragé par le législateur.

---

[236] Ph. WAQUET, « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gaz. Pal.*, 1996, p. 1427 ; Pour l'intérêt des entreprises de tendance : *cf infra,* n° 398.
[237] D. POHÉ-TOPKA, *op. cit.*
[238] *Cf infra*, n° 454.

SECTION 2 : UNE INVESTIGATION ENCOURAGEE

59. – L'investigation de l'employeur ne repose pas sur sa seule volonté. Ce dernier doit parfois faire face à des obligations qui lui imposent une telle démarche (§1). Par ailleurs, la volonté de limiter le risque lié à une méconnaissance de certaines informations l'encourage également dans cette voie (§2).

§1 : Une investigation imposée

60. – L'employeur ne peut pas toujours faire fi de la vie privée du salarié, certaines dispositions légales ou conventionnelles pouvant parfois l'inciter à en tenir compte, et nécessitant dès lors, de procéder à certaines investigations. Néanmoins, la prise en compte de ces informations permet à la fois de protéger les intérêts des salariés (A), ainsi que garantir l'effectivité de certains de leurs droits (B).

A / Un instrument de protection des intérêts des salariés

61. – La prise en compte d'informations personnelles du salarié peut contribuer à accroître la protection de ses intérêts. Si les dispositions permettant de lutter contre les discriminations ont permis au salarié d'obtenir un droit à l'indifférence de sa personne, ces différences peuvent à l'inverse être prises en compte au nom d'un droit « à la considération de la personne »[239]. En effet, le salarié fragilisé peut parfois subir les effets d'une « égalité formelle » activement recherchée par le législateur. Si l'exclusion de certains éléments de différenciation permet de protéger les individus, leur prise en compte peut parfois servir ce dessein[240]. Aussi est-il recherché une « égalité concrète », « qui privilégie au contraire l'adaptation de la loi aux faits et conduit à multiplier les distinctions sur lesquelles on la fonde »[241]. Celle-ci vient en opposition à l'égalité formelle laquelle « privilégie la généralité de la règle sur son adaptation aux inégalités

[239] M.-A. PEANO, *op. cit.*
[240] Situation paradoxale où le salarié veut à la fois un droit à l'indifférence et s'appuie sur cette différence pour obtenir un droit.
[241] A. SUPIOT, « Principe d'égalité et limites du droit du travail », *Dr. soc.*, 1992, p. 382.

de fait »[242]. Ainsi, en se basant sur la première de ces deux notions, la loi vient assurer un avantage positif à certaines personnes dignes de cette protection[243].

62. – Tout d'abord, des dispositions protectrices de certaines catégories de travailleurs imposent parfois à l'employeur d'effectuer des vérifications préalables au recrutement. Ainsi, en raison de l'état du travailleur, l'employeur se doit d'interdire au salarié l'exécution de certains travaux ou d'aménager les conditions de travail. On songe en particulier aux femmes enceintes, venant d'accoucher ou allaitantes[244], pour lesquelles certains travaux sont exclus[245], et qui bénéficient d'une surveillance renforcée[246]. Les conditions de travail peuvent également être adaptées, notamment en matière de travail de nuit[247]. L'employeur doit en outre respecter les minimas légaux en matière de durée de congé de maternité[248], sous peine de sanctions pénales[249].

Les jeunes travailleurs constituent également une catégorie de travailleurs protégés, dont l'embauche[250], les conditions de travail[251], ainsi que l'exécution de certains travaux[252] sont encadrés.

Si l'âge est une donnée bien volontiers partagée, notamment sur un *curriculum vitae*, il en est autrement de l'état de grossesse. Pour autant, le législateur, sous couvert d'intérêt de santé publique, semble conseiller la transparence. Ainsi, s'agissant des travaux exposant aux rayonnements ionisant, l'article D. 4152-4 du Code du travail affirme : « cette information sensibilise les femmes quant à la nécessité de déclarer le plus précocement possible leur état de grossesse »[253]. Il s'agit d'un conseil avisé qui n'appellerait de la part de la femme enceinte aucune hésitation à déclarer son état à son employeur.

---

[242] *Ibid.*
[243] M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, pp. 767 et s.
[244] Article L. 1225-12 du Code du travail.
[245] Articles D. 4152-3 et s. du Code du travail : travaux exposant à des agents biologiques, des rayonnements ionisants ou encore des agents chimiques dangereux, utilisation de certains équipements de travail, manutention des charges, etc.
[246] Articles R. 4152-1 et R. 4152-2 du Code du travail.
[247] Article L. 1225-9 du Code du travail.
[248] Article L. 1225-29 du Code du travail : « Il est interdit d'employer la salariée pendant une période de huit semaines au total avant et après son accouchement. Il est interdit d'employer la salariée dans les six semaines qui suivent son accouchement ».
[249] Article R. 1227-6 du Code du travail.
[250] Article L. 4153-1 du Code du travail.
[251] Articles L. 3162-1 à L. 3162-3 du Code du travail.
[252] Articles D. 4153-15 à D. 4153-37 du Code du travail.
[253] Article D. 4152-4 du Code du travail.

Par ailleurs, la nationalité du candidat à l'emploi constitue également une donnée qui doit être prise en compte lors du recrutement. Le délit d'emploi d'étranger sans autorisation de travail[254] peut exposer l'employeur à des sanctions pénales, financières et administratives. Dans ce cas, le mensonge du salarié sur sa situation administrative irrégulière constitue une faute lourde[255].

63. – Ensuite, certaines priorités d'emploi prévues par le législateur tendent à encourager l'employeur dans la voie de l'investigation. Certes, une partie d'entre elles est accordée aux salariés en raison de leur présence dans l'entreprise, actuelle[256] ou passée[257], et ne reposent sur des données aucunement personnelles. D'autres, au contraire, se révèlent plus intrusives par la prise en considération de l'état physique du candidat. Ainsi, dans les entreprises occupant au moins 20 salariés, une part d'emplois est attribuée aux travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés[258].
La protection de ces catégories davantage exposées au risque de discrimination négative nécessite une prise en compte d'éléments entrant pourtant dans le périmètre de la vie personnelle voire privée de l'individu.

64. – Enfin, la procédure de licenciement pour motif économique nécessite également des informations sur la vie familiale des salariés. En effet, dans le but de procéder à l'ordre des licenciements, l'employeur doit tenir compte de différents éléments. Si certains critères sont déterminés de manière conventionnelle, d'autres sont prévus par la loi. Ainsi, l'article L. 1233-5 du Code du travail retient les éléments suivants : « les charges de famille et en particulier celles des parents isolés, l'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise, la situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment des personnes handicapées et des salariés âgés, ainsi que les qualités professionnelles appréciées par catégorie ». L'employeur est d'ailleurs tenu de prendre compte la totalité de ces critères[259]. A défaut, il pourra être condamné à des

[254] Article L. 8251-1 du Code du travail.
[255] Cass. soc., 13 février 2013, n° 11-23.920, *Bull. civ. V*, 2013, n° 37.
[256] Article L. 3123-11 du Code du travail.
[257] Article L. 1233-45 du Code du travail (anciens salariés licenciés pour motif économique) ; Article L. 1225-67 du Code du travail (anciens salariés ayant résilié leur contrat à l'issue du congé de maternité ou d'adoption).
[258] Articles L. 5212-2-2 et s. du Code du travail ; le pourcentage d'emplois réservés est fixé à 6 %.
[259] Cass. soc., 3 février 2004, n° 01-44.741, Inédit.

dommages-intérêts pour inobservation des dispositions relatives à l'ordre des licenciements.

En cas de départage, il peut dès lors choisir un critère déterminant parmi ceux prévu par la loi. Toutefois, « l'employeur ne peut privilégier l'un des critères arrêtés pour fixer l'ordre des licenciements qu'après avoir pris en considération l'ensemble de ceux-ci »[260]. Le premier de ces éléments ayant trait à la vie familiale du salarié, il serait pertinent de le considérer comme prépondérant. Toutefois, le texte de loi n'instituant pas de hiérarchie[261], la pondération reste du ressort de l'employeur. A ce titre, l'étude de la jurisprudence ne fait guère apparaître de prédominance d'un critère par rapport à un autre dans le choix final. Il peut être tout de même souligné la faible présence du critère de charges de famille dans le contentieux[262]. Il a tout de même était jugé que ce critère ne peut constituer le seul critère de choix[263]. Par ailleurs, il peut parfois dissimuler une mesure discriminatoire[264].

65. – Certains dispositifs de protection des salariés s'imposent à l'employeur et le conduisent à se livrer à des investigations sur la vie privée des salariés. L'impact s'avère identique en matière de dispositions leur procurant des avantages supplémentaires.

B/ Une garantie de l'effectivité des avantages accordés aux salariés

66. – L'employeur ne peut totalement écarter la vie familiale de ses salariés[265], celle-ci se rappelant constamment à lui en matière d'avantages qui peuvent être générés lors de la survenance de certains évènements. Qu'ils soient d'origine légale ou conventionnelle[266],

---

[260] Cass. soc., 2 mars 2004, n° 01-44.084, *Bull. civ. V*, 2004, n° 68 ; Cass. soc., 29 nov. 2006, n° 05-42.144, Inédit.

[261] Cass. soc., 20 novembre 1963, *Bull. civ. V*, 1963, n° 806 : *D.*, 1964, 139, note G. LYON-CAEN.

[262] Les critères valablement privilégiés, retenus par la Cour de cassation concernent alors l'aptitude professionnelle (Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-43.845, *Bull. civ. V*, 1991, n° 239), l'ancienneté (Cass. soc., 21 juin 1994, n° 92-41.844, Inédit) ou bien encore la valeur professionnelle (Cass. soc., 19 mai 2010, n° 09-40.103, Inédit).

[263] Cass. soc., 8 avril 1992, n° 89-40.739, *Bull. civ. V*, 1992, n° 259.

[264] Ordre des licenciements déterminé selon le critère de la charge d'une famille nombreuse différemment appréciée selon l'origine du salarié : Cass. soc., 8 avril 1992, n° 90-41.276, *Bull. civ. V*, 1992, n° 256 ; *D.*, 1992, p. 293, obs. A. LYON-CAEN.

[265] A. GARDIN, *La vie familiale du salarié en droit du travail*, thèse, 2000, Nancy, dir. C. MARRAUD.

[266] Conventions et accords collectifs, contrats de travail, usages.

les salariés peuvent bénéficier d'avantages dont la mise en œuvre est en relation avec un fait relevant de leur vie familiale. Les exemples sont nombreux et concernent principalement la rémunération[267] et le repos[268]. Ils peuvent parfois porter sur les conditions de travail : aménagements des horaires, priorité dans les prises de congés, etc.

67. – En matière de rémunération, certaines primes sont ainsi versées en fonction de la situation familiale du salarié. De multiples exemples existent, chaque entreprise pouvant innover en la matière[269]. La vie personnelle du salarié permet alors l'octroi de certains compléments de rémunération, auxquels d'autres salariés de l'entreprise n'auraient pas droit. Ces avantages sont sans lien avec la prestation de travail, ce qui peut s'opposer à une égalité de traitement voir se révéler discriminatoire. Ainsi, la Cour de cassation a pu juger qu'une prime de naissance versée, en application d'un accord collectif, aux mères de famille, tant en cas de naissance qu'en cas d'adoption, devait également bénéficier aux pères de famille, une telle mesure n'étant pas destinée à protéger la grossesse ou la maternité ou à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes mais ayant seulement pour objet d'indemniser la salariée des dépenses liées à la présence d'un enfant au foyer[270]. Le même raisonnement a été tenu pour une allocation de frais de garde (même arrêt), pour une prime de crèche[271] ou un congé supplémentaire pour enfant à charge[272]. De même, le « chef de famille », désigné comme bénéficiaire du supplément familial, peut être aussi bien la mère que le père des enfants[273]. Toutefois, la CJUE a rappelé que « le principe d'égalité des rémunérations tout comme le principe général de non-discrimination, dont il est une expression particulière, présuppose que les travailleurs masculins et les travailleurs féminins qui en bénéficient se trouvent dans des situations comparables »[274]. Il s'agissait en l'espèce du versement d'une allocation forfaitaire de maternité aux seuls travailleurs féminins partant en congé de maternité.
Il n'empêche que l'octroi de l'avantage implique une nécessaire connaissance par l'employeur des éléments générant celui-ci.

---

[267] Primes de naissance ou d'adoption, de rentrée scolaire, de mariage, etc.
[268] Congés pour évènements familiaux (naissance, mariage, décès, etc.)
[269] Primes de naissance, de rentrée scolaire, cadeaux de Noël des enfants du personnel, etc.
[270] Cass. soc., 8 octobre 1996, n° 92-42.291, *Bull. civ. V*, 1996, n° 311.
[271] Cass. soc., 27 février 1991, n° 90-42.239, *Bull. civ. V*, 1991, n° 101.
[272] Cass. soc., 5 décembre 1996, n° 92-44.386, Inédit.
[273] Cass. soc., 10 mars 2004, n° 02-40.010 à n°s 02-40.017, *Bull. civ. V*, n° 78 : RJS 5/04, n° 615.
[274] CJCE 16 sept. 1999, aff. C-218/98, *Abdoulaye et autres c/ Régie nationale des usines Renault*.

68. – Contraint à une exécution de bonne foi de ses obligations, l'employeur se doit donc d'obtenir des informations concernant leur mise en œuvre. On comprend alors aisément qu'il puisse demander au salarié dès le recrutement des éléments relatifs à sa vie personnelle[275], et ce afin de satisfaire à ses obligations. Cela ne lui confère cependant pas le droit de rechercher l'information sans le consentement du salarié. Dès lors, la responsabilité de l'employeur qui n'a pas pu accorder ledit avantage, faute d'information pour le mettre en œuvre, semble délicate à mobiliser, car la jurisprudence semble accorder au salarié une maîtrise de son information personnelle.

Ainsi, s'agissant de l'attribution de jours de congés supplémentaires pour certains évènements familiaux tels que le mariage, la jurisprudence considère qu'il ne s'agit pas d'un droit un congé, mais d'une simple faculté offerte au salarié. Ce qui signifie que le salarié peut très bien refuser le bénéfice d'un tel avantage[276]. Par extension, son droit à renonciation peut également découler de son refus de divulguer une information personnelle. En réalité, ce refus n'est guère courant, les salariés préférant globalement l'avantage à la confidentialité, comportement qui se retrouve d'ailleurs dans l'utilisation personnelle de certains sites internet et qui font le bonheur de leurs exploitants[277].

69. – En matière d'avantage, le salarié constitue donc le seul décisionnaire. Cette idée est renforcée par la nécessité pour le salarié d'informer lui-même son employeur, dès lors qu'il souhaite bénéficier de l'avantage considéré[278].

Ainsi, s'agissant de la suspension du contrat de travail pour raison familiale, le salarié est à l'origine de l'information de la raison invoquée, que ce soit en matière de congé d'adoption[279], de maternité[280], de paternité[281], ou encore de congé parental[282]. À défaut d'accomplissement de cette démarche, le salarié ne peut prétendre au bénéfice de la suspension du contrat de travail. Le contenu de l'information est parfois précisé par le législateur. La salariée enceinte doit remettre à son employeur, contre récépissé, ou bien lui envoyer par lettre recommandée avec accusé de réception, un certificat médical. Ce

---

[275] Ces informations intéresseront l'employeur, et non le recruteur.
[276] Cass. soc., 22 décembre 1988, n° 87-43.289, Inédit : *Cah. prud'h*,, 1989, p. 89.
[277] Les bénéfices engrangés ainsi que la valorisation boursière des géants de la collecte et de l'exploitation de données personnelles (Google, Facebook, etc.) témoigne de la valeur accordée à ce type d'informations.
[278] L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Donner l'information : les obligations du salarié », *Dr. soc.*, 2013, p. 103.
[279] Article L. 1225-42 du Code du travail.
[280] Article L. 1225-24 du Code du travail.
[281] Article L. 1225-35 du Code du travail : assorti d'un délai de un mois avant la prise de congé.
[282] Articles L. 1225-50 et L. 1225-51 du Code du travail.

certificat atteste de l'état de grossesse et de la date effective ou présumée de l'accouchement ; éventuellement, de l'existence et de la durée prévisible de son état pathologique rendant nécessaire une prolongation de son congé[283]. Cette formalité est obligatoire[284] si la salariée désire bénéficier de cet avantage. Ce formalisme ne s'analyse toutefois pas comme un élément substantiel, l'avertissement officieux de l'employeur étant apprécié comme valable par la jurisprudence[285].

70. – La protection sociale[286] des salariés implique les mêmes problématiques de prise de connaissance de l'employeur. En tant qu'intermédiaire entre les organismes sociaux publics ou privés avec ses salariés, l'employeur remplit la fonction de collecteur d'informations. Cette position se trouve renforcée avec la généralisation de la protection complémentaire[287].

Il est vrai que la frontière entre vie privée et vie professionnelle prend une autre dimension en matière de droit de la Sécurité sociale. Certains auteurs ont pu souligner les liens complexes entre ces deux sphères ainsi que la relativité de cette opposition s'agissant historiquement d'un droit se basant sur un statut professionnel et dont ses dispositions sont principalement orientées vers la protection de la vie personnelle du salarié. « Si par séparation, il faut entendre que l'on refuse, sur le terrain du droit, tout contact entre l'une et l'autre vies, il n'existe point une telle séparation en droit de la Sécurité sociale ou, en tout cas, elle est très affaiblie, tant il peut y avoir au contraire imbrication des sphères professionnelle et personnelle, chacune des deux vies pouvant à l'occasion influencer l'autre »[288].

Cette prise de connaissance par l'employeur d'informations personnelles du salarié est inhérente au fonctionnement de la protection sociale. Sauf à s'opposer à toute forme de protection, le salarié est contraint de lever le voile sur certains éléments sa vie personnelle.

---

[283] Article R. 1225-1 du Code du travail.

[284] Cass. soc., 12 mars 1987, n° 84-41.493, *Bull. civ. V*, 1987, n° 146 : *Liaisons soc., législ. soc.,* 16 avril 1987.

[285] Cass. soc., 3 juin 1971, *Bull. civ. V*, 1971, n° 413 ; Cass. soc., 11 octobre 1973, n° 72-40.712, *Bull. civ. V*, 1973, n° 479 : *D.*, 1973, IR, 214 ; Cass. soc., 13 juillet 1988, n° 86-41.979, *Bull. civ. V*, 1988, n° 257 : *Liaisons soc., législ. soc*., 30 nov. 1988.

[286] Entendue ici au sens large, Intégrant la couverture sociale gérée par les organismes de Sécurité sociale, la protection sociale complémentaire, l'indemnisation du chômage ou encore l'aide sociale.

[287] Loi n° 2013-504 relative à la sécurisation de l'emploi, JORF, 17 juin 2013.

[288] J.-P. LABORDE, « Vie professionnelle, vie personnelle et droit de la Sécurité sociale », *Dr. soc.*, 2004, p. 70.

71. – Il est des situations pour lesquelles les régimes juridiques de protection mis en œuvre nécessitent une information préalable de l'employeur.

Ainsi, la visite de reprise, régie par les articles R. 4624-21 à R. 4624-22 du code du travail, revêt une importance en ce qu'elle fixe le terme de la période de suspension du contrat de travail consécutive à la maladie ou à un accident, et constitue alors le point de départ des obligations incombant à l'employeur[289]. La Cour de cassation pose toutefois la condition que l'employeur en ait été préalablement averti[290].

La même logique anime la mise en œuvre de la législation protectrice des victimes d'accident du travail et de maladie professionnelle, en ce qu'elle suppose l'information préalable de l'employeur du caractère professionnel de l'accident ou de la maladie. Ainsi, en matière d'inaptitude, la Cour de cassation exige deux conditions : que cette inaptitude ait, au moins partiellement, pour origine un accident du travail ou une maladie professionnelle, et que l'employeur ait eu connaissance de cette origine professionnelle au moment du licenciement[291], les juges du fond appréciant souverainement la réalité de cette connaissance[292]. A défaut d'information préalable, il ne peut être reproché à l'employeur d'avoir prononcé la résiliation du contrat de travail d'un salarié victime d'un accident du travail en méconnaissance des dispositions de l'article L. 1226-9 du Code du travail[293].

72. – La prise de connaissance par l'employeur de la vie personnelle du salarié semble se justifier dans un souci de protection des intérêts de ce dernier. Certains auteurs estiment toutefois que ces informations revêtent un caractère facultatif : « si une question de cette nature est posée, elle doit être suivie de la mention facultative »[294]. Pour autant le silence du salarié peut entraîner des conséquences fâcheuses pour l'entreprise. L'employeur, désireux de vouloir limiter le risque, pourra être encouragé vers une investigation plus poussée.

---

[289] Réintégration en cas d'aptitude du salarié, ou bien, en cas d'inaptitude, reclassement ou licenciement.
[290] Un salarié n'est pas fondé à invoquer la qualification de la visite de reprise, ne s'étant pas rendu à son travail afin que son employeur l'organise, et prend l'initiative de se rendre chez un médecin du travail sans en avertir son employeur – Cass. soc., 4 février 2009, n° 07-44.498, *Bull. civ. V*, 2009, n° 38.
[291] Cass. soc., 9 juin 2010, n° 09-41.040, *Bull. civ. V*, 2010, n° 131.
[292] Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-40.042, Inédit.
[293] Cass. soc., 1er mars 1989, n° 86-41.673, Inédit ; Cass. soc., 28 février 1996, n° 92-44.721, Inédit.
[294] D. POHÉ-TOPKA, *op.cit.*

§2 : La recherche d'un risque contrôlé

73. – L'information est la condition indispensable à la limitation du risque. L'absence de connaissances ou la méconnaissance réduisent sensiblement le degré de maîtrise de l'employeur. Dans ce désir d'exhaustivité informationnelle, l'employeur n'hésite pas à rechercher des données sur ses collaborateurs, mais également ceux en passe de le devenir. Une connaissance profonde de ces derniers, et notamment d'éléments de leur vie privée permet à la fois de réduire le risque juridique et économique.

74. – Lorsqu'en matière de recrutement, l'employeur cherche à minimiser l'erreur sur la personne, cela vise d'abord à satisfaire un objectif économique. Un mauvais recrutement induit nécessairement un coût direct non négligeable. Cependant, outre la perte de temps et le coût éventuel lié à la rupture, l'impact indirect est parfois plus profond. Difficilement mesurable, ce qui le rend d'autant plus anxiogène, l'incidence d'un mauvais choix peut nuire à l'image de marque de l'entreprise. L'appréhension externe de ce que véhicule l'entreprise aux yeux de ses clients, et du public en général, domine aujourd'hui très largement les processus décisionnels. Si cela impacte en premier lieu les stratégies de positionnement et de communication, les choix en matière de recrutement n'en sont pas exempts. Le client étant au cœur de toute décision, tout ce qui peut aller en l'encontre de ses désirs doit être exclu. L'argument est compréhensible lorsque se trouve en jeu la sauvegarde d'une compétitivité et donc des emplois. La jurisprudence sociale est amenée fréquemment à examiner cette problématique à l'occasion des points de friction entre libertés individuelles du salarié et intérêt de l'entreprise. Les exemples sont multiples et touchent tant les libertés de conviction[295] que l'apparence physique[296]. Grande est la tentation pour l'employeur de se prémunir contre ce type de risque dès la phase de recrutement. Pour autant, tant la doctrine que la jurisprudence, s'accordent globalement à favoriser la préservation des droits fondamentaux et des libertés individuelles.

---

[295] Ainsi en matière de convictions religieuses, *cf* not. Cass., Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Bull. Ass. plén.*, 2014, n° 1 : *JCP S*, 2014, n° 1287, note B. BOSSU ; *Dr. soc.*, 2014, p. 811, obs. J. MOULY ; *cf infra*, n° 443 et s. ; *cf infra*, n° 391.

[296] Sur le port d'une boucle d'oreille d'un salarié masculin : Cass. soc., 11 janvier 2012, 10-28.213, *Bull. civ. V*, 2012, n° 12 ; J.-P. LHERNOULD, « L'homme aux boucles d'oreille : liberté ou égalité ? », *Dr. soc.*, 2012 p. 346 ; *RDT*, 2012. 159, obs. N. MOIZARD ; *JCP S*, 2012, n° 1164, comm. B. BOSSU

75. – Si cette vision relève d'une investigation proactive qui peut être discutable, il est toutefois certaines situations dans lesquelles l'employeur peut souffrir d'une méconnaissance. L'investigation, lui permettra de limiter sa responsabilité (A) ainsi que l'incertitude (B).

A / Une responsabilité atténuée

76. – La méconnaissance d'informations relatives au salarié peut conduire l'employeur, ou à tout le moins l'entreprise, à engager sa responsabilité civile ou pénale. En matière civile, cette responsabilité peut être facilement recherchée grâce à la responsabilité sans faute prévue par le Code civil. En effet, le lien de préposition entre les salariés et les employeurs confèrent à ces derniers une présomption de responsabilité des dommages causés par leurs préposés « dans les fonctions auxquelles ils les ont employés »[297]. Si la jurisprudence a posé certaines conditions permettant parfois d'éluder cette responsabilité, elle reste globalement attachée au droit à réparation de la victime, amenant dans la plupart des cas à retenir la responsabilité du commettant. Le comportement du préposé n'est d'ailleurs pas toujours déterminant. Dès lors que le dommage occasionné par le préposé l'est dans l'exercice de ses fonctions, l'acte intentionnel du salarié ou encore le non-respect des consignes ne peuvent constituer une cause d'exonération de la responsabilité civile de l'employeur. Ainsi, un syndicat de copropriétaires a été reconnu responsable du fait de la gardienne, laquelle avait donné les clés d'une cave à des voleurs[298]. La question de savoir si cette dernière l'a fait de manière intentionnelle ou non, n'influe en rien sur le droit de la victime à demander réparation auprès de l'employeur.

77. – L'employeur prendra alors toutes les précautions nécessaires afin de se garantir contre des salariés pouvant se livrer à des comportements inappropriés dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions. À défaut de pouvoir les surveiller à tout instant, il pourra être tenté de se sécuriser dès le recrutement, en écartant certains profils considérés

[297] Article 1384 (ancien) du Code civil, remplacé par l'article 1242 au Code civil.
[298] CA Dijon, 29 juin 2004 : *JCP G*, 2004, IV, 3481.

comme risqués. Le passé judiciaire du candidat peut à ce titre intéresser l'employeur[299]. Cette donnée relevant de la vie privée, l'employeur n'est pas en droit de demander au candidat des informations concernant son passé pénal, notamment par le biais d'un extrait de casier judiciaire. Cependant, l'accès à l'emploi constitue, pour certaines professions, un motif autorisé de communication du bulletin n°2 du casier judiciaire.

L'article 776 du Code de procédure pénale établit en effet une liste limitative des personnes habilitées à recevoir une telle communication. Cela concerne principalement les administrations publiques de l'Etat, les autorités délégataires d'un pouvoir ou encore certaines administrations et personnes morales désignées par décret pris en Conseil d'État. Mais certains domaines professionnels par la nature de leur activité, réclament un passé pénal vierge. Tel est le cas des « personnes morales de droit public ou privé exerçant auprès des mineurs une activité culturelle, éducative ou sociale »[300]. L'article D. 571-4 du Code de procédure pénale complète cette disposition en énonçant alors les différentes personnes morales appartenant à cette exception, qui sont susceptibles de pouvoir se faire communiquer une copie du bulletin n° 2 du casier judiciaire de candidats à l'embauche[301].

---

[299] M. ROGER, « Les effets de la délinquance d'un salarié sur son contrat de travail », *Dr. soc.*, 1980., p. 173 ; M. DESPAX, « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP*, 1963, I, 1776 ; J.-C. COVIAUX, « Le secret des antécédents judiciaires », *in L'information en droit privé*, sous la direction de Y. Loussouarn et P. Lagarde, LGDJ, 1978, p. 485.

[300] Article 776, al. 7 du Code de Procédure pénale.

[301] « En application des dispositions du dernier alinéa de l'article 776, peuvent obtenir la délivrance du bulletin n° 2 du casier judiciaire d' une personne, lorsque celui- ci ne porte la mention d' aucune condamnation, et pour les seules nécessités liées au recrutement de la personne, les dirigeants des personnes morales de droit public ou privé gestionnaires des établissements, services ou lieux de vie et d' accueil ainsi que les organisateurs d' accueil suivants :

1° Les accueils mentionnés à l'article L. 227- 4 du code de l'action sociale et des familles.

2° Les établissements ou services mettant en œuvre les mesures éducatives ordonnées par l' autorité judiciaire en application de l' ordonnance n° 45- 174 du 2 février 1945 relative à l' enfance délinquante ou des articles 375 à 375- 8 du code civil ou concernant des majeurs de moins de vingt et un ans ou les mesures d' investigation préalables aux mesures d' assistances éducatives prévues par le code de procédure civile et par l' ordonnance précitée du 2 février 1945.

3° Les lieux de vie et d'accueil mentionnés aux articles D. 316- 1 et suivants du code de l' action sociale et des familles qui accueillent des mineurs mentionnés au 2° du I de l' article D. 316- 2 de ce même code.

4° Les lieux de vie et d' accueil mentionnés aux articles D. 316- 1 et suivants du code de l' action sociale et des familles ayant été autorisés par le représentant de l' Etat, seul ou conjointement avec le président du conseil général, qui accueillent des mineurs mentionnés aux 1°, 3° et 4° du I de l' article D. 316- 2 de ce même code.

5° Les établissements ou services d'enseignement et d'éducation spéciale qui assurent, à titre principal, une éducation adaptée et un accompagnement social ou médico- social aux mineurs ou jeunes adultes handicapés ou présentant des difficultés d'adaptation, prévus par le 2° du I de l' article L. 312- 1 du code de l' action sociale et des familles.

6° Les centres d'action médico- sociale précoce mentionnés à l'article L. 2132- 4 du code de la santé publique. »

78. – Il est compréhensible de vouloir protéger des publics fragiles contre des personnes dotées d'un passé judiciaire, mais la préservation de la vie privée du candidat à l'embauche implique aussi certaines limites. D'une part, les informations communiquées sont restreintes, l'employeur ne recevant communication du bulletin uniquement si celui-ci « ne porte la mention d'aucune condamnation »[302], ce qui permet de satisfaire à une demande d'information sur un passé judiciaire sans pour autant en révéler le contenu. D'autre part, il s'agit de ne pas d'obérer les chances de réinsertion des personnes dotées d'un tel passé. Que ce soit par la limitation des infractions faisant l'objet d'une inscription, mais également par une limitation dans le temps, la plupart des condamnations étant inscrites pour 5 ans, il s'agit d'agir « en faveur de l'apaisement et de l'oubli »[303]. Les demandes de retrait d'inscriptions au casier judiciaire font ainsi l'objet d'une appréciation magnanime de la part du juge en raison du désir d'employabilité des demandeurs.

Il convient également de souligner que le candidat à l'emploi « n'est pas débiteur d'une obligation d'information »[304]. Le silence de ce dernier sur son passé judiciaire n'est pas constitutif d'un dol[305], même si la jurisprudence peut parfois admettre le licenciement faisant suite à une réticence de la part du salarié, lorsque que cellle-ci a une incidence sur l'exécution du contrat de travail[306].

79. – De manière globale, les antécédents judiciaires du candidat ne se cantonne pas à son passé pénal mais peut également intégrer celui des entreprises dans lesquelles il a pu exercer certaines fonctions. Il a ainsi été jugé inexcusable, l'erreur commise par l'employeur qui ne s'était pas renseigné sur le passé de gérant de société de son salarié et, l'ayant recruté pour aider au redressement de son entreprise, s'était révélé avoir déposé le bilan de sa précédente société[307]. Cette position des hauts magistrats ne peut

---

[302] *Ibid.*

[303] R. GILLES, « Casier judiciaire et insertion professionnelle », *RSC*, 1990, p. 48.

[304] J. MOULY, « Un salarié n'a pas l'obligation de faire mention d'antécédents judiciaires », *D.*, 1991, p. 507.

[305] Cass. soc., 25 avril 1990, n° 86-44.148 , *Bull. civ. V*, 1990, n° 186 : un salarié ayant dissimulé, lors de son embauche, qu'il avait fait l'objet d'une condamnation pénale antérieure, prononcée avec sursis ; *D.* 1991. 507, note J. MOULY, *op. cit.* ; *RTD civ.*, 1991, p. 316, obs. J. MESTRE ; *Dr. ouvr.,* 1990, p. 342, note J. RICHEVAUX ; *CSBP*, 1990, n° 21, A. 38.

[306] Un joueur de hockey ayant menti sur ses poursuites disciplinaires en cours : CA Grenoble, ch. soc., 18 avril 2007, n° 06/00198 ; *D.*, 2008, p. 1594, note J. MOULY ; *JCP S*, 2008, n° 1064, note F. BIZEUR et J.-P. TRICOIT.

[307] Cass. soc., 3 juillet 1990, *Bull. civ. V*, 1990, n° 329 : *RTD civ.*, 1991, p. 316, obs. J. MESTRE ; *LPA*, 1992, n° 89, p. 41, note D. ARLIE ; rappr. Cass. 1ère civ., 10 mai 1995, n° 92-10.736, *Bull. civ. I*, n° 194 : *JCP G*, 1995,

donc qu'encourager les employeurs à prendre leurs prédispositions en amont. Cette dernière décision soulève toutefois la question de savoir en l'espèce comment l'employeur aurait-il pu obtenir cette information ? L'arrêt relève qu'il aurait dû procéder « à des investigations plus poussées » qui aurait permis « de découvrir que M. Z... venait de déposer le bilan de cette société aussitôt mise en liquidation de biens ». N'entrant pas dans le cadre de condamnations judiciaires personnelles, les questions concernant son ancienne entreprise ne semblent pas pouvoir être considérées comme intrusives dans la vie privée du candidat. L'employeur aurait dû en sus, compulser les bulletins d'annonces légales, afin de détecter les traces d'un passé judiciaire trouble. L'investigation semble donc le terme idoine… Toutefois, l'écoulement du temps pose la question de l'incidence de la prescription des faits. La Cour de cassation tend d'ailleurs à intégrer cette condition dans la qualification de la cause réelle et sérieuse de licenciement[308]. Ainsi, le droit à l'oubli découlant de la prescription empêche la prise en compte de tels faits lors du recrutement, et permet encore moins de s'en prévaloir pour demander la nullité du contrat de travail pour dol.

80. – Si le passé judiciaire d'un salarié semble sans aucun doute revêtir un caractère décisif dans l'embauche d'un candidat, il peut en être de même concernant les antécédents médicaux. Dans la mesure où l'état de santé du salarié peut, par une mauvaise exécution du travail liée à cet état, impliquer la mise en jeu de la responsabilité de l'employeur, la question du droit à l'information de l'employeur n'est pas anodine. Un salarié dissimulant une inaptitude peut donc engendrer un risque juridique conséquent. La prévention de ce risque est en partie assurée par l'encadrement médical du salarié, et ce dès le début de son contrat, par le biais de la visite médicale d'embauche[309]. Celle-ci est parfois imposée avant toute prise de fonction, pour les salariés soumis à une surveillance médicale renforcée[310] ou certaines

---

IV, 1612 ; Defrénois, 1995, 36145, p. 1038, note Ph. DELEBECQUE ; *JCP G*, 1996, I, 3914, obs. M. FABRE-MAGNAN.

[308] Cass. soc., 9 février 2012, n° 10-21.688, Inédit : casse l'arrêt de Cour d'appel au visa de l'article L. 1232-4 du Code du travail, au motif que celle-ci n'a pas recherché comme elle y était invitée, si les faits reprochés au salarié n'étaient pas prescrits ; en l'espèce le salarié avait été licencié en 2005 pour avoir dissimulé une condamnation à la faillite personnelle prononcée en 1996.

[309] Articles R. 4624-10 et R. 4624-11 du Code du travail.

[310] Article R. 4624-18 du Code du travail : « Bénéficient d'une surveillance médicale renforcée : 1° Les travailleurs âgés de moins de dix-huit ans ; 2° Les femmes enceintes ; 3° Les salariés exposés : a) A l'amiante ; b) Aux rayonnements ionisants ; c) Au plomb dans les conditions prévues à l'article R. 4412-160 ; d) Au risque hyperbare ; e) Au bruit dans les conditions prévues au 2° de l'article R. 4434-7 ; f) Aux

professions expressément visées[311]. Néanmoins, les marges de manœuvre de l'employeur en cas d'avis d'inaptitude restent limitées, ce dernier devant procéder au reclassement du salarié inapte ou à son licenciement, et ceci même lorsque le salarié se situe en période d'essai[312]. De plus, l'état de santé, à la différence des antécédents judiciaires, constitue un critère discriminatoire qui implique l'exclusion de toute question à ce domaine lors de l'entretien de recrutement.

81. – Oscillant entre prévention de la responsabilité et contraintes légales, l'investigation varie selon l'élément considéré. Elle semble néanmoins souhaité par les employeurs, lesquels désirent en outre satisfaire un besoin d'anticipation.

B / Une incertitude limitée

82. – En matière de gestion des ressources humaines, les entreprises recherchent à la fois une certaine flexibilité et une prévisibilité. Elles utilisent pour cela des outils de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences permettant à l'entreprise d'optimiser l'organisation et la coordination des tâches de ses collaborateurs mais également d'assurer une adaptation des désirs d'évolution et de formation des salariés aux besoins de l'organisation. Lieu de rencontre entre l'intérêt de l'entreprise et les aspirations personnelles du salarié, la carrière professionnelle et son évolution nécessitent une connaissance fine, et de manière anticipée, des individualités composant l'organisation.

Dans cette optique, il s'avère utile de connaître suffisamment en amont les éléments susceptibles d'affecter la présence du salarié dans l'entreprise. Si certaines données sont maîtrisées par l'entreprise, notamment dans l'attribution des congés payés ou de formation, d'autres sont foncièrement aléatoires. Il en est ainsi des absences pour

---

vibrations dans les conditions prévues à l'article R. 4443-2 ; g) Aux agents biologiques des groupes 3 et 4 ; h) Aux agents cancérogènes, mutagènes ou toxiques pour la reproduction de catégories 1 et 2 ; 4° Les travailleurs handicapés ».

[311] Ceux qui exercent l'une des fonctions mentionnées à l'article L. 6511-1 du code des transports : commandants, pilotes, mécaniciens et toute personne assurant la conduite d'un aéronef.

[312] Sur l'applicabilité de l'article L. 4624-1 du Code du travail : CE, 17 juin 2009, n° 314729 ; Y. STRUILLOU, « Conditions d'appréciation et de contestation de l'inaptitude du salarié pendant la période d'essai », *Dr. soc.*, 2009, p. 941.

maladie ou en raison d'un accident du travail. Certaines informations peuvent néanmoins ouvrir la voie de l'anticipation.

83. – En effet, certains éléments de la vie personnelle du salarié ont une incidence sur la présence du salarié dans l'entreprise. Ainsi, le salarié peut parfois modifier la durée du travail de manière unilatérale à l'instar du salarié souhaitant travailler à temps partiel pour éduquer ses enfants[313]. De même, dans le cadre d'horaires individualisés, des heures peuvent être reportées d'une semaine à une autre[314]. Ces manifestations de la volonté du salarié[315] viennent parfois entacher les prévisions de l'employeur et peuvent également encourager une attention plus ciblée de sa part.

Toutefois, certaines absences peuvent être planifiées grâce aux délais fixés par la loi. Ainsi, le salarié désirant prendre un congé sabbatique doit en informer l'employeur au moins trois mois à l'avance[316], de même le bénéficiaire d'un congé de paternité doit présenter sa demande au moins un mois avant la date prévue pour le départ en congé[317] ; il en est de même en matière de congé parental d'éducation[318]. Mais, si le non-respect de ces délais peut conduire à supprimer l'indemnisation de la sécurité sociale[319], il ne peut à l'inverse empêcher l'absence du salarié, ni reporter celle-ci[320].

Ces délais étant relativement courts et peu déterminants, l'employeur assure son anticipation par des informations complémentaires : le profil familial du salarié lui permettra de déterminer statistiquement certaines absences prévisibles. Sans pour autant en faire un critère de distinction, qui relèverait de la discrimination, ces informations sont déterminantes et peuvent se justifier dans une démarche prévisionnelle. Pour autant, nombre d'éléments de la vie personnelle du salarié restent difficilement prévisibles [321] et l'employeur doit cohabiter avec un certain degré d'incertitude inhérent à la vie humaine. Ainsi en est-il des mandats exercés par les

---

[313] Article L. 1225-47 du Code du travail.
[314] Article L. 3122-25 du Code du travail.
[315] C. MATTHIEU, « Volonté du salarié et temps de travail », *RDT*, 2012, p. 677.
[316] Article D. 3142-47 du Code du travail.
[317] Article L. 1225-35, al. 3 du Code du travail.
[318] Article L. 1225-50, al. 2 du Code du travail.
[319] Cass. civ. 2ème, 10 novembre 2009, n° 08-19.510, *Bull. civ. II*, 2009, n° 265.
[320] Cass. soc., 31 mai 2012, n° 11-10.282, *Bull. civ. V*, 2012, n° 163 : en matière de congé de paternité ; Cass. soc., 25 janvier 2012, n° 10-16.369, Inédit : en matière de congé parental d'éducation.
[321] Absences pour cause de décès, accidents, maladie, mais aussi celles justifiées par l'accomplissement d'un de devoir citoyen à l'instar des jurés d'assise…

salariés en dehors de l'entreprise, et conférant à leur titulaire une protection[322]. Leur exercice amenant à des absences sans avoir à demander des heures de délégation, l'employeur peut très vite se trouver, en cas d'absence d'information, dans une situation inconfortable[323].

84. – Faute de dispositions, la prévisibilité peut être assurée par le biais du contrat de travail. Des clauses spécifiques permettent à l'employeur de se garantir contre certaines incertitudes. La clause de mobilité lui assure ainsi une disponibilité géographique du salarié. La contractualisation permet alors de limiter le risque inhérent au refus du salarié en échappant au régime de la modification du contrat de travail. Cependant, un risque demeure, le salarié pouvant opposer sa vie familiale à la mise en œuvre d'une telle clause[324]. Pour autant, certains emplois, évolutifs par nature, peuvent exiger une mobilité géographique, nécessitant un engagement plus important, qu'il est possible d'appréhender dès le stade de l'embauche. La vie familiale pouvant potentiellement entrer en conflit avec de telles perspectives, une appréhension de celle-ci permettra « une saine prévision de la gestion de la relation de travail »[325]. Voilà qui contribue à atténuer l'illégitimité de la curiosité patronale, notamment concernant des décisions affectant la vie familiale du salarié, notamment en matière d'horaires et de durée du travail, ou bien encore dans l'organisation de la prise des congés annuels. Toutefois, bénéficiant d'une certaine autonomie dans sa vie privée et familiale, le salarié n'est pas débiteur d'une obligation d'information à ce niveau. Certains auteurs s'interrogent néanmoins sur la loyauté du salarié dissimulant volontairement de tels éléments pourtant décisifs : « quelle solution retenir quand après avoir déclaré qu'il était libre de tout engagement conjugal, il refuse une mutation pour cause d'éloignement de sa fiancée dont il avait dissimulé l'existence ? »[326].

85. – Cependant, le souci de prévisibilité n'est pas l'apanage de l'entreprise, le salarié souhaitant également pouvoir anticiper sa vie de famille au gré des besoins de

---

[322] Notamment ceux de conseillers prud'homaux et de conseillers du salarié.
[323] Quand bien même la Cour de cassation réclame désormais que le salarié, désireux de bénéficier du statut protecteur, doit en informer l'employeur au plus tard au moment de l'entretien préalable : Cass. soc., 14 septembre 2012, n° 11-21.307, *Bull. civ. V*, 2012, n° 230 ; s'inspirant de Cons. const., 14 mai 2012, n° 2012-242 QPC.
[324] Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40.755, *Bull. civ. V*, 1999, n° 7 : *cf infra*, note n° 1198.
[325] D. POHÉ-TOPKA, *op. cit.*, spéc. n° 18
[326] *Ibid.*

l'entreprise et des variations organisationnelles que ceux-ci impliquent. De même, le salarié est souvent le premier exposé aux effets de l'incertitude économique de notre monde contemporain. Aussi, si le pouvoir d'investigation de l'employeur peut se justifier, la question de la réciprocité se pose, le salarié trouvant également un intérêt à révéler des informations pourtant confidentielles pour l'entreprise.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

86. – Le recrutement revêt des enjeux importants pour l'entreprise et fait l'objet de toutes les attentions. Constituant un acte aussi important qu'incertain, un objectif de réduction du risque peut parfois mener à des investigations incontrôlées, voir abusives. Certes, cette tendance se trouve contrebalancée par la justification de l'exercice de ce pouvoir, ce qui permet au salarié de pouvoir tirer profit de la connaissance par l'employeur de certaines informations relevant de sa vie privée.

Néanmoins, le droit au secret de la vie privée demeure le principe. Le législateur est intervenu en créant un droit spécifique du recrutement, limitant ainsi le pouvoir d'investigation de l'employeur.

CHAPITRE 2 – UN POUVOIR D'INVESTIGATION LIMITE

87. – « Faut-il toujours que le voile soit levé sur tout ? »[327]. Une telle question renvoie aux débats relatifs à la transparence sans limite et à la légitimité des techniques d'investigation permettant d'y parvenir.

La vie privée, tel un « mur », peut être perçue comme un obstacle aux yeux de l'investigateur. Des stratégies de contournement sont alors parfois déployées afin d'obtenir l'information désirée, parfois à l'insu des personnes concernées. Mais, parce que de telles démarches sont attentatoires au droit au respect de la vie privée, la nécessité d'un encadrement a émergé. Des dispositifs propres sont ainsi apparus, soulevant la question la place de la notion de « vie privée » en tant qu'instrument de régulation (Section 1).

Au-delà de cet encadrement, la subjectivité du droit au respect de la vie privée s'attache également à l'analyse de la faculté de contrôle que détient la personne, et notamment à celle d'opposer un refus à l'investigation (Section 2).

[327] Cour de cassation, « Le droit de savoir », *op. cit.*, spéc. p. 72.

SECTION 1 : LE CONTROLE DU POUVOIR D'INVESTIGATION

88. – « Sachant le pouvoir que confère la connaissance d'autrui, le cantonnement de la connaissance se présente comme la meilleure garantie de la limitation du pouvoir »[328].
La mise en œuvre du pouvoir d'investigation implique en effet une inévitable prise de connaissance par l'employeur de certains éléments personnels de la vie du salarié ou du candidat à un emploi. Il paraît difficile de lutter contre cet état de fait. Toutefois, il s'avère possible d'encadrer la manière dont la prise de connaissance est opérée (§1), ou à tout le moins en modérer les effets (§2).

§1 : L'encadrement de la prise de connaissance

89. – L'encadrement de la collecte d'informations fait appel à des mécanismes de régulation largement utilisés en droit. Il s'agit en premier lieu d'exiger l'information de la personne ciblée par la collecte (A). En second lieu, il s'agit d'étudier la pertinence de cette collecte, notamment à travers les méthodes et techniques mises en œuvre (B).

A / Une prise de connaissance transparente

90. – La transparence permet de révéler ce qui est caché. Elle engendre ainsi la confiance, ciment de toute relation contractuelle. Concernant le pouvoir d'investigation de l'employeur, la transparence est rendue effective par l'intermédiaire d'un droit à l'information accordé tant au candidat à l'embauche, qu'au salarié. L'information ainsi jugée nécessaire, permet de garantir à la personne, faisant l'objet d'une investigation, la connaissance tant des moyens mis en œuvre dans ce dessein que de la nature des informations collectées (1). Ces dernières doivent avant tout correspondre à une finalité professionnelle clairement affichée (2).

[328] D. GUTMANN, *op. cit.*, spéc. n° 286.

1 / L'information sur la finalité

91. – Qu'elle s'adresse au candidat à un emploi ou à un salarié, l'investigation de l'employeur est destinée à opérer une évaluation, jugement de valeur qui conditionnera le recrutement ou la carrière de l'audité. La finalité se doit donc d'être exclusivement professionnelle, la loi le mentionnant expressément tant en matière de recrutement[329] que d'évaluation[330], sans pour autant contraindre l'employeur à en informer directement le salarié. La transparence en matière de finalité ne disparaît pas pour autant, le salarié bénéficiant alors d'une information indirecte.

92. – Ainsi, d'une part, les systèmes d'évaluation mis en place en entreprise et donnant lieu à un traitement informatisé, doivent être déclarés à la CNIL[331]. Procédure simplifiée par la mise en place d'une déclaration simplifiée[332], mais qui doit correspondre à l'une des finalités prévues[333], telles que l'évaluation professionnelle des personnels, dans le cadre de la gestion des carrières et de la mobilité.
D'autre part, en matière de recrutement, l'offre d'emploi constituant la cause de la divulgation de données personnelles par le candidat, sa publication peut tenir lieu d'information sur la finalité. A condition toutefois que l'offre soit bien réelle. Se référant à l'article 25 de loi du 6 janvier 1978, prohibant la collecte de données par tout moyen frauduleux, déloyale ou illicite, la CNIL considère ainsi « contraire aux dispositions de cet article, l'utilisation d'annonces qui ne correspondraient pas à un poste à pourvoir, mais aurait pour seul objet de constituer un fichier de candidatures »[334]. Néanmoins, l'acte de tromperie ainsi dénoncé ne doit pas conduire à l'illicéité systématique de tels fichiers. En effet, les entreprises sont parfois tentées de conserver certaines

---

[329] Article L. 1221-6 du Code du travail : « Les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne peuvent avoir pour finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles ».
[330] Article L. 1222-2 du Code du travail : « Les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un salarié ne peuvent avoir pour finalité que d'apprécier ses aptitudes professionnelles ».
[331] Article 22 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; à défaut, l'employeur s'expose à des sanction pénales : article 226-16 du Code pénal.
[332] Norme simplifiée n° 46, Délibération n° 2005-002 du 13 janvier 2005 portant adoption d'une norme destinée à simplifier l'obligation de déclaration de traitements mis en œuvre par les organismes publics et privés pour la gestion de leurs personnels.
[333] *Op. cit.*, article 2.
[334] CNIL, délibération n° 02-017 du 21 mars 2002 portant adoption d'une recommandation relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives lors d'opérations de recrutement.

candidatures à des fins de recrutements ultérieurs[335]. Si le candidat postulant à un emploi serait en droit de réclamer la destruction des données communiquées à l'issue de l'opération de recrutement[336], son intérêt réside toutefois dans le fait de laisser la possibilité à l'entreprise de lui proposer un emploi plus adapté à ses compétences. D'autant que l'acte de candidature peut parfois ne pas être dépendant d'une offre déterminée. Les démarches spontanées de candidatures, pratiques courantes[337], et en voie d'intensification[338], transforment ainsi la finalité d'évaluation des compétences à un emploi en une finalité d'employabilité. Cette dernière constitue un objectif permanent des demandeurs d'emploi, alimentant de manière continue les banques de données[339] des sites spécialisés et des réseaux professionnels. La finalité se rappelle néanmoins parfois à eux par l'obligation d'information de la personne faisant l'objet d'une collecte de données, sur les finalités du traitement auquel les données sont destinées[340]. Néanmoins, les fins d'un traitement comportent une part d'imprévisibilité, notamment d'exploitation d'une banque de données, permettant de satisfaire les besoins variés des différents utilisateurs qui y ont accès, et rendant alors impossible de prévoir à l'avance l'ensemble des finalités qu'ils poursuivront[341].

2 / La transparence des méthodes et techniques

93. – L'employeur a également l'obligation d'informer de manière préalable sur les méthodes et techniques d'évaluation. Formules légales similaires pour les candidats à l'embauche[342] et les salariés[343], mais appréciées différemment selon la situation.

---

[335] Même si cette durée est limitée en matière de fichiers, ne devant excéder « la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées » : Article 6 de la loi du 6 janvier 1978.
[336] Ceci par le biais de son d'opposition à voir figurer certaines données personnelles dans des fichiers, néanmoins pour des motifs légitimes : Article 38 de la loi du 6 janvier 1978.
[337] Les *curriculum vitae* et lettres de motivation nourrissent régulièrement les boîtes aux lettres des entreprises.
[338] L'usage des TIC facilitant ce type de démarches par le biais notamment des questionnaires en ligne.
[339] Renvoyant dès lors à la problématique du « Big data », concernant de manière plus générale tout usager d'Internet.
[340] Article 10 de la directive 95/46/ CE du 24 octobre 1995.
[341] J. FRAYSSINET, *Informatique, fichiers et libertés. Les règles, les sanctions, la doctrine de la CNIL*, préf. J. FAUVET, Litec, 1992, n° 171, p. 73 ; la CNIL a d'ailleurs dû parfois concilier cette imprévisibilité, en matière de recherche notamment, part le concept d' « extension de finalité » pour autoriser l'accès de chercheurs à des fichiers de gestion sous certaines conditions.
[342] Article L. 1221-8 du Code du travail : « le candidat à un emploi est expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard » .

Ainsi, l'information préalable permet, d'une part, de lutter contre l'effet de surprise pouvant survenir en raison de la clandestinité d'une évaluation. Ce cas de figure ne touche guère le candidat à l'embauche[344], contrairement au salarié qui peut parfois être évalué sans le savoir. La Cour de cassation a parfois rappelé cette nécessité d'information préalable, condition au pouvoir d'évaluation reconnu à l'employeur[345]. Pour autant, cette jurisprudence confirme aussi le droit pour l'employeur d'évaluer l'activité de ses salariés[346], les articles visés par les juges témoignant de la volonté d'inscrire cette décision dans l'exécution de bonne foi de la relation de travail[347]. Si elle rappelle toutefois que l'exercice de ce pouvoir est autorisé « sous réserve de ne pas mettre en œuvre un dispositif d'évaluation qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés », l'article L. 1222-3 du Code du travail n'est pas mentionné. Certains auteurs soulignent alors que cette « exigence est loin d'être dérisoire puisqu'elle invite à la loyauté »[348]. Cette mise à l'écart n'est peut être pas anodine, traduisant alors la faible prise en compte de cette disposition par la jurisprudence de la chambre sociale[349]. Cette idée s'est renforcée dans une décision ultérieure, laissant alors, selon certains auteurs, « ouverte la voie incertaine d'une réparation au dommage découlant de l'absence d'information préalable »[350]. Il s'agissait en l'espèce d'une évaluation des salariés dans le but de fixer l'ordre des licenciements, mais la formule employée par le Cour semble suffisamment générale pour s'adapter à tout type d'évaluation en cours d'exécution du contrat de travail. Si certains auteurs[351] ont pu à un

---

[343] Article L. 1222-3, al. 1er du Code du travail : « Le salarié est expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'évaluation professionnelles mises en œuvre à son égard ».

[344] La démarche de candidature traduisant l'assentiment du candidat à une évaluation de ses compétences et aptitudes à l'emploi.

[345] Cass. soc. 10 juillet 2002, n° 00-42.368, Inédit : *RJS*, 10/02, n° 1066, p. 811 ; *Dr. ouvr.*, 2002, p. 535, obs. V. WAUQUIER ; *contra* Cass. Soc., 5 novembre 2014, n° 13-18.427, *Bull. civ. V*, 2014, n° 255 : *JCP S*, 2014, n° 1046, note B. BOSSU (*cf. infra*, note n° 1820).

[346] Les hauts magistrats ont ainsi cassé la décision de la cour d'appel qui avait considéré justifié le refus de la salariée d'une évaluation non prévue dès l'embauche, ni statutairement, ni par le contrat de travail ou par le règlement intérieur.

[347] Article 1134 (devenu 1104) du Code civil et L. 121-1 (devenu L. 1121-1) du Code du travail.

[348] A. LYON-CAEN, « L'évaluation des salariés », *D.*, 2009, p. 1124.

[349] Il convient d'observer le faible nombre de décisions invoquant cette disposition.

[350] *Cf* Cass. soc., 21 novembre 2006, n° 05-40.656, *Bull. civ. V*, 2006, n° 349 : « la méconnaissance par l'employeur de son obligation d'informer préalablement les salariés des techniques et méthodes d'évaluation qu'il met en œuvre à leur égard peut justifier l'allocation de dommages-intérêts » ; *D.*, 2007, AJ, p. 156, et Pan. p. 686, obs. G. BORENFREUND, F. GUIOMARD, O. LECLERC, P. LOKIEC, E. PESKINE et C. WOLMARK ; *RDT*, 2007, p. 105, obs. A. LYON-CAEN ; position confirmée ensuite : Cass. soc., 11 avril 2008, n° 06-45.805 et a., Inédit.

[351] Ph. WAQUET, « L'évaluation des salariés », *SSL*, 2003, n° 1126, p. 7.

moment observer une similitude avec la jurisprudence *Néocel*[352], condamnant les procédés clandestins de surveillance des salariés, la Cour semble au contraire s'en écarter. Le droit à réparation semble ainsi se substituer à la nullité habituellement prononcée, des actes se basant sur un défaut d'information, et esquissant une distinction entre le contrôle et l'évaluation. Plutôt qu'une simple réparation du préjudice, l'opposabilité de la décision nous semble une voie plus encline à protéger le droit d'information préalable de la personne évaluée.

94. – D'autre part, informer permet d'adopter un regard parfois critique sur les « méthodes et techniques » utilisées par l'employeur[353], et notamment par le biais des institutions représentatives du personnel. Ainsi, si l'information du comité d'entreprise en matière de recrutement est expressément prévue[354], un doute a pu demeurer un temps[355] en matière d'évaluation des salariés. À défaut de disposition spécifique, tout juste pouvait-on l'intégrer dans le champ de l'alinéa 3 de l'article L. 2323-32 du Code du travail : « les outils et techniques de surveillance du comportement »[356]. La Cour de cassation a confirmé cette interprétation. Amenée à se prononcer sur le défaut d'information du comité d'entreprise préalablement à la mise en œuvre d'un audit « visant à apprécier, à un moment donné, l'organisation d'un service »[357], elle a pu alors rejeter cette obligation, en retenant que l'audit était dépourvu de toute finalité d'évaluation. La Cour a néanmoins pris le soin de rappeler qu' « un système de contrôle et d'évaluation individuels des salariés ne peut être instauré qu'après information et

[352] Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 88-43.120, *Bull. civ. V*, 1991, n° 519 : *D.*, 1992, Jur. 73, concl. Y. CHAUVY ; *RTD civ.*, 1992, p. 365, obs. J. HAUSER ; *ibid.*, p. 418, obs. P.-Y. GAUTIER ; *Dr. soc.*, 1992, p. 28, rapp. Ph. WAQUET.
[353] Sur la caractérisation de la discrimination en l'absence d'éléments objectifs avancés par l'employeur, en raison d'un manque de transparence sur les méthodes et techniques de recrutement ainsi utilisées : discrimination syndicale : CA Dijon, 12 juillet 2012, ch. soc., n° 10/01122 ; CA, Toulouse, 4ème ch. soc., 19 février 2010, n° 08/06630.
[354] Article L. 2323-32, al. 1er du Code du travail : « Le comité d'entreprise est informé, préalablement à leur utilisation, sur les méthodes ou techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi ainsi que sur toute modification de celles-ci ».
[355] S. VERNAC, « L'évaluation des salariés », *D.*, 2005 p. 924.
[356] Cette interprétation se heurte toutefois à la distinction opérée entre surveillance et évaluation, cf *infra*.
[357] Cass. soc., 12 juillet 2010, n° 09-66.339, *Bull. civ. V*, 2010, n°168 : *JCP S*, 2010, n° 1457, note critique A. BARÈGE ; cette solution n'est pas nouvelle : Cass. soc., 10 avril 2008, n° 06-45.741, Inédit.

consultation du comité d'entreprise »[358], de même en matière de licenciement pour motif économique[359].

Parallèlement, le comité d'entreprise bénéficie également d'une information indirecte dans la mesure où le système d'évaluation est de nature à affecter les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle des salariés[360].

En matière d'évaluation des salariés, le CHSCT est également compétent[361], dès lors que le système mis en place par « les modalités et les enjeux de l'entretien étaient manifestement de nature à générer une pression psychologique entraînant des répercussions sur les conditions de travail »[362].

Ces dispositifs présentent alors le mérite de la prévention en ce qu' « ils signalent certains points sensibles, susceptibles d'inspirer une enquête sur la licéité d'un système d'évaluation : la vigilance est en effet de mise au moins en raison des menaces qui pèsent sur la santé mentale et la vie privée des salariés »[363]. En effet, quelques soient les méthodes et techniques mises en œuvre, ces dernières visent d'abord à collecter des données de nature personnelle.

95. – La transparence s'applique également à protéger l'information personnelle ainsi délivrée, tant par le candidat à l'embauche[364] que par le salarié[365]. L'information répond ici à une nécessité de recueillir son consentement[366]. Il s'agit de permettre à l'individu de pouvoir maîtriser le flux informationnel le concernant, à la fois sur la nature des données ainsi transmises, que sur leurs destinataires[367]. Le consentement semble d'ailleurs au cœur de la réflexion au niveau européen, par l'adoption d'un nouveau

---

[358] En associant le termes de contrôle et d'évaluation, la Cour aligne le régime probatoire du premier sur le second.

[359] Sur le défaut d'information du comité d'entreprise des méthodes et techniques d'évaluation en matière de licenciement pour motif économique : CA Chambéry, 25 mars 2014, ch. soc., n° 13/01065.

[360] Articles L. 2323-6 et L. 2323-27 du Code du travail.

[361] L'article L. 4612-8 du Code du travail prévoyant une consultation de ce dernier sur tout projet « d'aménagement important modifiant (…) les conditions de travail ».

[362] Cass. soc., 28 novembre 2007, n° 06-21.964, *Bull. civ. V,* 2007, n° 201 ; *D.*, 2008, AJ. 24 ; *RDT*, 2008, p. 111, obs. L. LEROUGE et 180, obs. P. ADAM ; rapp. J.-M. BERAUD, *Dr. ouvr.*, 2008, p. 49.

[363] A. LYON-CAEN, *op. cit.*

[364] Article L. 1221-9 du Code du travail : « Aucune information concernant personnellement un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance ».

[365] Article L. 1222-4 du Code du travail : « Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance ».

[366] Recommandation n° R (89) 2 du Conseil de l'Europe, §4.4 : « le recours à des tests, à des analyses et à des procédures analogues destinés à évaluer le caractère ou la personnalité d'une personne ne devrait pas se faire sans son consentement, ou à moins que d'autres garanties appropriées ne soient prévues par le droit interne ».

[367] Article 32 de loi du 6 janvier 1978, *op. cit*.

règlement européen en matière de protection des données amenant à renforcer le droit de contrôle du titulaire des données personnelles[368]. Si cette question peut être éludée en grande partie s'agissant du recrutement[369], elle renforcerait à l'inverse le droit du salarié faisant l'objet d'une évaluation. Néanmoins, la présence d'un tel consentement du salarié n'écarterait pas l'analyse de la pertinence des méthodes d'évaluation ainsi que des informations demandées.

B / Une prise de connaissance pertinente

96. – Employée traditionnellement en matière de droit probatoire[370], la notion de pertinence constitue un instrument de mesure. Par la détermination de ce qui est « approprié » [371], la pertinence, une fois évaluée, emporte ainsi une certaine justification[372]. Elle se rapproche par ce caractère de la notion de proportionnalité[373] mais s'en éloigne en raison de son utilité[374]. La mesure de la pertinence d'un élément

---

[368] *Cf infra,* n° 139 et s.

[369] Les informations étant pour la plupart du temps l'expression de la volonté de l'individu, candidat à l'emploi.

[370] Dans ce contexte elle se définit comme « le rapport qui doit exister entre le fait à prouver et l'offre de preuve ou, plus généralement, entre l'objet de la prétention et l'allégation d'un fait pour que cette offre ou cette allégation soit prise en considération » : G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit*, *cf* « Pertinence ». La notion de pertinence est ainsi utilisée en procédure civile afin de refuser certaines preuves (J. CHEVALLIER, « Le contrôle de la Cour de cassation sur la pertinence de l'offre de preuve », *D.*, 1956, chron. 37 ; *cf* ég. *Rép. Dalloz, Procédure civile*, « Preuve », n° 91 et s. : « un seul fait pertinent est matière à preuve »), les faits pertinents se distinguant alors de ceux « concluants », les premiers étant utiles, alors que les seconds sont indispensables (H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique de droit privé – La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, réimpr. 1991 de l'éd. de la librairie du Sirey parue en 1948, préf. P. ROUBIER, p. 86, note 3).

[371] Les définitions des dictionnaires de langue française traduisent bien cette dimension : « Qui se rapporte à la question, qui a trait à la question » (E. Littré, *Dictionnaire de la langue française, op. cit.*) ; « Qui est approprié à son objet, justifié » (Dictionnaire Le Larousse).

[372] Le droit de l'informatique s'est dès le début saisi de ce rapport. Révélé par la loi du 6 janvier 1978, au travers du détournement de finalité, la notion de pertinence apparaît plus clairement dans la Convention du Conseil de l'Europe n° 108 du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel : les données faisant l'objet d'un traitement automatisé sont « enregistrées pour des finalités déterminées et légitimes et ne sont pas utilisées de manière incompatible avec ces finalités », et sont « adéquates, pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées » (art. 5, b) et c) de la Convention ; définition reprise quasi textuellement par la Directive du 24 octobre 1985 précisant dans son article 6, c) que les données à caractère personnel sont « adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement ».

[373] Principes souvent associés, voir confondus (« les principes (…) de pertinence (ou de proportionnalité) », F. GEA, « L'entretien d'embauche », *CSBP*, 2014, n° 267, p. 586) ; la proportionnalité témoigne en effet d'un certain degré de pertinence.

[374] Si la pertinence s'attache à justifier, la proportionnalité s'emploie à limiter une restriction (aux droits des salariés notamment), que ce soit au niveau de la délimitation du champ de restriction qu'au niveau de

implique alors sa confrontation à une référence. L'appréciation repose alors à la fois sur une base objective[375], la finalité professionnelle[376], mais contient une part nécessaire de subjectivité tenant à l'*intuitus personae* du contrat de travail[377]. D'ailleurs, toute référence à des critères comportementaux n'est pas proscrite. Ainsi, la Cour de cassation a approuvé un employeur d'avoir reproché à un salarié ses « difficultés à travailler en équipe », sa « susceptibilité excessive à l'égard de sa hiérarchie », de même que « son refus constant de se plier aux directives données et de s'intégrer dans les équipes de travail »[378]. Toutefois, « l'*intuitus personae* du contrat de travail ne saurait justifier une extension indéfinie des informations susceptibles d'être recherchées ou recueillies auprès du salarié »[379]. Certains éléments relèvent ainsi d'une pertinence « négative »[380], se traduisant alors par l'exclusion de données en raison de leur caractère sensible[381] ou leur potentiel discriminatoire[382]. Pour autant, la pertinence ne doit pas être systématiquement écartée, en raison de l'existence d'une pertinence « positive », c'est-à-dire un « champ limité d'informations qui est accessible à la connaissance d'une autre personne, partie à un rapport juridique donné »[383].

L'exercice du pouvoir d'investigation de l'employeur, en ce qu'il permet la collecte d'informations personnelles, concentre naturellement la mesure de la pertinence au niveau des informations elles-mêmes (1), elle s'étend toutefois à une évaluation des méthodes et techniques employées à cette fin (2).

---

l'importance de la restriction elle-même (*cf* not. G. AUZERO, E. DOCKES, *Droit du* travail, Dalloz, 2015, 29ème éd., n° 661, p. 684).

[375] Sur l'objectivité des critères d'évaluation : Cass. soc., 9 avril 2002, n° 99-44.534, Inédit.

[376] Articles L. 1221-6 et L. 1222-2 du Code du travail, *op. cit.*

[377] Dualité déjà présente dans l'étude du concept de force de travail (reposant alors sur distinction entre sphère « objectivée » et sphère « subjective » du débiteur de la prestation de travail : M. REVET, *La force de travail*, préf. F. ZENATI, Litec, Bibl. de droit de l'entreprise, t. 28, 1992, n° 76, p. 86) ; *cf* ég. D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, *op. cit.*, spéc. p. 259, n° 300, qui souligne l'absence d'originalité de la notion de pertinence dans la théorisation du rapport de travail.

[378] Cass. soc., 20 février 2008, n° 06-40.085 et n° 06-40.615, *Bull. civ. V*, 2008, n° 38 : *JCP S*, 2008, 1616, note J.-F. CESARO.

[379] S. VERNAC, « L'évaluation des salariés en droit du travail », *op. cit.*

[380] D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, *op. cit.*, spéc. p. 250, n° 288 : « Certaines informations relatives à la personne sont dépourvues de pertinence au regard du rapport juridique considéré, et doivent demeurer hors d'atteinte pour ce motif ».

[381] L'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 exclu expressément le fait « de collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci » ; V. également art. 6 de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personne, STCE n° 108, 28 janv. 1981.

[382] *Cf Infra*, n° 442 et s.

[383] D. GUTMANN, *op. et loc. cit.*

1 / La pertinence des méthodes et techniques de collecte d'informations

97. – Si la pertinence désigne une méthode d'interprétation, la notion n'est mobilisée par le législateur qu'en matière d'appréciation des « méthodes et techniques »[384] utilisées par l 'employeur, en vue de l'évaluation des aptitudes professionnelles du salarié[385] ou du candidat à l'emploi[386]. La circulaire d'application apporte peu d'informations sur les notions ainsi mobilisées, se bornant à constater : « si la loi n'institue pas un principe de validité scientifique des méthodes employées, principe qui serait inadapté dans un certain nombre de cas, elle exige un degré raisonnable de fiabilité. Ainsi le recours à des techniques présentant une marge d'erreur importante ne serait pas conforme à l'obligation de pertinence imposée par la loi », et renvoie finalement le problème à l'appréciation du juge[387]. Ainsi mentionne t-elle à titre d'exemple « les tests psychologiques à but clinique » pourtant validés au plan scientifique[388], lesquels ne se révèleraient pas pertinents en matière de recrutement. Le contexte de l'adoption de ces dispositions révèle la volonté du législateur de porter un coup d'arrêt aux dérives constatées[389], certaines d'entre elles permettant littéralement de « tronçonner »[390] la personnalité des candidats en différentes dimensions, d'autres relevant parfois de l'art divinatoire[391]. Pourtant, la jurisprudence reste peu prolixe en la matière[392], d'autant qu'elle concerne des dispositifs d'évaluation à potentiel dégradant

---

[384] « Les mots de la loi sont d'une sécheresse de bon aloi » : A. LYON-CAEN, « L'évaluation des salariés », *op. cit.*

[385] Art. L. 1222-3 du Code du travail : « Les méthodes et techniques d'évaluation des salariés doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie ».

[386] Art. L. 1221-8 du Code du travail : « Les méthodes et techniques d'aide au recrutement ou d'évaluation des candidats à un emploi doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie ».

[387] Circulaire DRT n° 93-10 du 15 mars 1993, relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles (Titre V de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage).

[388] Bien que la preuve de la valeur scientifique de la méthode ou de la technique ne soit pas réclamée par la loi (S. VERNAC, « L'évaluation des salariés en droit du travail », *op. cit*) ; *contra* v. not. J. PÉLISSIER, A. SUPIOT et A. JAMMEAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 22ème éd., 2004, n° 252.

[389] V. not. A. MOLE, « Ordinateurs, recruteurs et logiciels d'évaluation », *SSL*, n° 484, 2 janv. 1990.

[390] Terme employé par G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi…*, n° 102, p. 89.

[391] « La numérologie, l'astrologie ou encore la morphopsychologie ne sauraient être retenues comme des critères d'évaluation des salariés... » : P. LUBET, M. d'ALLENDE, « L'évaluation des salariés », *JCP S*, 2011, n° 1240.

[392] Très peu d'arrêts mentionnent dans leurs attendus les articles L. 1221-8 ou L. 1222-3 du Code du travail.

en terme de conditions de travail[393], plutôt qu'intrusifs dans la vie privée[394]. Les méthodes comportant un tel risque font d'ailleurs l'objet de dispositions spécifiques, à l'instar des tests génétiques[395]. A l'inverse, d'autres techniques, très largement répandues, pourtant potentiellement intrusives ne font pour autant pas l'objet de tant de contrôles[396]. Par le biais de questions croisées, l'entretien peut en effet se révéler une arme redoutable d'investigation. Des abus ont été constatés à maintes reprises[397], se traduisant par un sentiment général de défiance[398], et conduisant à s'interroger sur l'efficacité des mesures.

Si parfois le droit conventionnel vient combler certaines incertitudes en la matière[399], le droit de l'informatique, en ce qu'il exclue l'utilisation de certaines techniques[400], semble alors apporter une protection plus effective[401]. L'importation du principe de pertinence[402] dans le droit social témoigne de son influence, répondant à certains souhaits formulés lors des réflexions préalables à la loi de 1992[403]. L'influence de cette branche du droit est aussi visible en matière d'évaluation des informations personnelles collectées.

---

[393] *Cf contra* sur l'admission d'un système d'évaluation par quotas ou « Ranking » : Cass. soc., 27 mars 2013, n° 11-26.539, *Bull. civ.* V, 2013, n° 85 : *LPA*, 9-10 juin 2014, n°114-115, p. 14, note A. STIVALA.

[394] *Cf* portrait astrologique de l'actrice Isabelle Adjani : CA Paris, 28 février 1989 : *D.*, 1989, IR 128.

[395] « Si l'examen d'embauche sert un intérêt légitime des institutions communautaires qui doivent être en mesure d'accomplir leur mission, cet intérêt ne justifie pas que l'on procède à un test contre la volonté de l'intéressé » : CJCE, 5 octobre 1994, X… c/ Commission, aff. C-404/92 : *D.*, 1995, p. 421.

[396] Entretien d'embauche (*cf* F. GÉA, « L'entretien d'embauche », *op. cit.*) ou d'évaluation (*cf* B. GAURIAU, « L'entretien d'évaluation », *CSBP*, n° 267, p. 603).

[397] *Cf* not. 9ème et 10ème rapport de la CNIL faisant mention de nombreuses plaintes en matières de questionnaires d'embauche ; 20ème rapport d'activité de la CNIL, « Gestion des ressources humaines : halte aux dérives ! », p.175.

[398] Ainsi, en matière de recrutement, dans une enquête menée sur 259 jeunes de moins de 30 ans titulaires d'au moins un bac + 5, 54 % déclarent se méfier de leur interlocuteur - Étude de l'Essec & Mannheim Executive MBA et le Café de l'avenir, *Entreprises et carrières*, nº 1089, 20 mars 2012.

[399] Exemple : article 10 de la convention collective des transports routiers et activités auxiliaires du transport applicable à l'entreprise prévoit « pour les emplois qui le justifient un essai technique qui peut être demandé dans le cadre de la procédure de recrutement ».

[400] Article 10 de la loi du 6 janvier 1978 : « Aucune autre décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité », anc. art.2, modifié par la loi n° 2004-801 du 24 août 2004.

[401] « Le seul système de normes complet et cohérent visant le recrutement est issu du droit de l'informatique », G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, *op. cit.*, n°101, p. 87.

[402] Ce principe de pertinence figurait déjà dans la convention du 28 janvier 1981 du Conseil de l'Europe relative à la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, ratifiée en 1985 par la France ainsi que dans la recommandation n° 89 du conseil de l'Europe du 18 janvier 1989 sur la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins d'emploi.

[403] Considérant son transfert dans le Code du travail comme « une solution simple et élégante aux difficultés rencontrées » : G. LYON-CAEN, Les libertés publiques et l'emploi ,*op. cit.*, spéc. n°101, p. 87.

2 / La pertinence des informations collectées

98. – La pertinence s'incarne également dans la nécessité d'un « lien direct et nécessaire » entre les informations collectées et la finalité. A l'instar des modes de collecte, l'évaluation de ce lien concerne de la même manière les candidats à l'emploi[404] et les salariés[405]. Toutefois, l'utilisation d'une expression différente ne saurait l'en écarter de son objet, à savoir la mesure de la pertinence. Sa mobilisation par le législateur semble résulter d'une construction initiée par la jurisprudence et maintenue par la CNIL[406]. En effet, bien avant l'adoption de ces dispositions, la Cour de cassation ouvrait déjà la voie par un arrêt célèbre en affirmant que « les renseignements demandés lors de l'embauche ont pour but de permettre d'apprécier les qualités du salarié (…) pour l'emploi sollicité par lui, et ne peuvent concerner des domaines sans lien direct avec cette activité professionnelle »[407], jurisprudence plusieurs fois confirmée[408]. Position qui entrait alors en résonance avec un désir du législateur de protéger les droits de certaines catégories de personnes, réclamant déjà une pertinence sans pour autant la nommer[409]. Par la suite, la diffusion du principe de pertinence, tel qu'envisagé par le droit de l'informatique, a été entrepris par la CNIL qui y a attaché très tôt une importance, révélant la « nécessité » d'un lien[410].

99. – Ces dispositifs de contrôle *a priori* de l'information pertinente ne font pour autant pas l'objet de débats judiciaires importants, ces derniers tendant à se concentrer sur l'étude des données elles-mêmes. Ce deuxième niveau de contrôle vient alors supplanter celui opéré en amont en matière de méthodes et techniques de collecte, ce qui peut sembler en partie logique puisque l'étude des données conditionne bien souvent la

---

[404] Article L. 1221-6 du Code du travail : « Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles ».
[405] Article L. 1222-2 du Code du travail : « Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'évaluation de ses aptitudes ».
[406] Renforçant l'idée d'une certaine autonomie du droit du travail.
[407] Cass. soc., 17 octobre 1973, n° 72-40.360, *Bull. civ. V*, 1973, n° 484 : *JCP*, 1974, II, 17698, note Y. SAINT-JOURS ; *Dr. soc.*, 1974, p. 290, note J. SAVATIER.
[408] *Cf* not. Cass. soc., 25 avril 1990, *op.cit.*
[409] L'ancien article L. 122-25 du Code du travail (devenu L. 1225-1) interdisant à l'employeur de « rechercher ou faire rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse ».
[410] CNIL, délibération n° 85-44 du 15 octobre 1985, JO 17 novembre 1985, *Sixième rapport d'activité*, p. 133 : recommandation relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives lors d'opérations de recrutement, soulignant que les informations collectées doivent être strictement nécessaires au recrutement envisagé et en relation étroite avec la finalité du traitement.

détermination du caractère inapproprié des dispositifs qui en sont à l'origine[411]. L'inverse n'est toutefois pas vrai, l'identification de données non pertinentes n'emportant pas nécessairement l'illicéité du mode de collecte. Ainsi, s'agissant des questionnaires, certaines questions peuvent par leur caractère intrusif être considérées comme dépourvues de lien direct et nécessaire avec la finalité professionnelle, sans pour autant remettre en cause le mécanisme lui-même[412]. La CNIL a d'ailleurs privilégié le maintien de cette technique[413].

100. – L'intérêt d'un contrôle au niveau de la collecte d'informations semble ainsi se confiner à un rôle préventif, laissant le volet répressif au contrôle de l'usage de cette information. « L'ignorance dans laquelle le droit du travail entend confiner l'employeur ne représente pas le but en soi de ces mesures de restriction d'accès à la connaissance. Par ces mesures le législateur voit plus loin, qui veut ainsi empêcher l'employeur d'*utiliser* l'information »[414].

§2 : L'encadrement de l'usage de la connaissance

101. – La connaissance confère, à celui qui la possède, une certaine responsabilité dans son utilisation. En effet, il appartient à celui qui sait, qui détient l'information, d'en faire un usage conforme en ce que l'on est en droit d'attendre de lui. Cette exigence vaut d'ailleurs de la même façon, que l'information ait été sollicitée ou non.
L'investigation réclame ainsi le respect de la finalité dans laquelle la prise de connaissance s'est effectuée. Ce contrôle intervient *a posteriori* de la prise de connaissance et permet ainsi de combler les éventuelles failles du système de protection établi en amont.

---

[411] Exemple: CNIL, délibération n° 99-034 du 8 juillet 1999 relative aux suites à donner à la mission de contrôle sur place effectuée auprès des laboratoires Servier et portant dénonciation au parquet dénonçant les méthodes de recrutement de Servier, laquelle a relevé le fichage d'informations sur les opinions politiques et l'orientation sexuelle de candidats à l'embauche (la CNIL a dénoncé les faits au parquet de Nanterre, lequel a classé le dossier sans suite).
[412] Sauf à considérer les questions elles-mêmes comme des techniques, la méthode globale de questionnement pourra être maintenu en écartant les éléments litigieux.
[413] CNIL, délibération n° 02-018 du 21 mars 2002 portant adoption d'un modèle de questionnaire de candidature : la CNIL propose un modèle de questionnaire, élaboré avec le syndicat du Conseil en recrutement Syntec.
[414] A. LEPAGE, « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », *op. cit.*, spéc. p. 29.

Par ailleurs, ce système ne peut s'appliquer aux informations obtenues sans quelconque moyen, notamment celles visibles par nature. Ainsi, certaines caractéristiques physiques n'entrent pas dans le champ de contrôle de la finalité mais peuvent tout de même peser dans la prise de décision de l'employeur. L'impossibilité d'éviter la prise de connaissance de ce type d'informations vient donc renforcer la nécessité d'un contrôle de l'usage que l'employeur peut en faire.

102. – À l'instar de la prise de connaissance, il s'agit alors d'opérer un contrôle de pertinence sur les informations utilisées dans le processus décisionnel, permettant dès lors de sanctionner les choix qui en seraient dénués (A). Par ailleurs, un attachement à un résultat effectif a conduit à développer des mécanismes de compensation (B).

A / Une pertinence décisionnelle

103. – Toute décision réclame de l'information, du moins celle ayant réussi l'examen de pertinence situé en amont[415]. Cette première analyse n'élude pas pour autant la nécessité d'un second contrôle. Ce dernier diffère dans sa méthode en ce qu'il n'opère pas d'évaluation par rapport à une finalité[416], mais repose sur une exclusion de principe de données jugées comme non pertinentes par nature. Souffrant ainsi de « pertinence négative »[417], ces informations sont exclues de tout processus décisionnel[418]. Qu'elles fassent l'objet de dispositions spécifiques, ou qu'elles appartiennent à la liste des critères considérés comme discriminatoires, toute décision reposant sur de tels éléments est alors présumée injustifiée.

104. – Il s'agit moins de maintenir le décideur dans l'ignorance, que de le responsabiliser dans l'utilisation qu'il peut faire de son savoir. C'est dans cette finalité que le législateur a voulu protéger la femme enceinte, énonçant ainsi que « l'employeur ne doit pas prendre en considération »[419] cet état[420]. L'arsenal de lutte contre les

[415] *Cf supra*, n° 96 et s.
[416] Cette évaluation n'est pourtant pas totalement exclue s'agissant de l'étude des discriminations pouvant être justifiées.
[417] D. GUTMANN, *op. cit.*
[418] Comme elles le sont d'ailleurs déjà, dans un souci de cohérence, en matière de collecte de données.
[419] Article L. 1225-1 du Code du travail.

discriminations repose sur cette même logique. L'article L. 1132-1 du Code du travail, « monument »[421] bâti par amendements successifs, constitue alors « la disposition phare »[422] de contrôle de pertinence des décisions prises à l'égard du salarié. En effet, la liste énumérative [423] des différents et nombreux critères considérés comme discriminatoires[424], confère à ces dispositions un large champ d'application, d'autant plus accru par la diversité des situations visées, couvrant ainsi l'ensemble des relations de travail envisageables[425].

105. – Une large étendue qui n'est pas sans rappeler celle du droit au respect de la vie privée et qui amène à s'interroger sur les liens entre ces deux notions juridiques. Question qui permet d'abord, au plan théorique, d'apporter des éléments de réponse à « la juste place du droit au respect de la vie privée dans le faisceau des normes protectrices du salarié »[426]. Il est vrai que parmi les motifs discriminatoires certains semblent relever de la vie privée voir de l'intimité[427]. C'est à ce titre que les dispositions de lutte contre les discriminations viennent souvent illustrer des propos plus généraux relatifs à la protection de la vie privée du salarié[428], quand bien même cette dernière

---

[420] D'autres catégories de salariés dont également l'objet de dispositions spécifiques du Code du travail, telles que les salariés syndicalistes (L. 1241-5) ou encore les salariés grévistes (L. 2511-1).
[421] Ph. WAQUET, « Le principe d'égalité en droit du travail », *Dr. soc.*, 2003, p. 276, spéc. p. 277.
[422] A. LEPAGE, *op. cit.*, spéc. n° 29.
[423] Méthode de la liste adoptée également en matière pénale : l'article 225-2 du Code pénal prévoyant les mêmes critères, excepté l'activité mutualiste prévue en supplément par le Code du travail.
[424] Les dispositions civiles et pénales retenant ainsi pêle-mêle : l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation ou l'identité sexuelle, l'âge, la situation de famille, la grossesse, les caractéristiques génétiques, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, les opinions politiques, les activités syndicales ou mutualistes, les convictions religieuses, l'apparence physique, le nom de famille, le lieu de résidence , l'état de santé ou encore le handicap.
[425] Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, [...] notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat ».
[426] A. LEPAGE, *op. cit.*, spéc. n° 30.
[427] À l'instar des mœurs (*cf* C. RADÉ, note ss Cass. soc. 10 juillet 2001, *Dr. soc.*, 2001, p. 1012 ; Y. LEROY : « L'égalité professionnelle : vers une approche générale et concrète », *RJS*, 2002, p. 887 ; M. HENRY, « Le nouveau régime probatoire applicable aux discriminations », *Dr. ouvr.* 2001, p. 194.), de la santé, de l'orientation sexuelle, de la situation de famille ou bien encore des convictions religieuses.
[428] *Cf* par ex. M. RICHEVAUX, « Vie privée et refus d'embauche », *Dr. ouvr.* 1980, p. 391 ; P. GULPHE, « De la non-interférence de la vie privée sur la vie professionnelle du salarié en droit français », *JCP E*, 1990, II, 15736 ; F. KERNALEGUEN, « Brèves remarques sur la vie privée du salarié », *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica, 1995, p. 269, spéc. p. 271 ; O. de TISSOT, « La protection de la vie privée du salarié », *Dr. soc.*, 1995, p. 222 ; L. LEVENEUR, « Vie privée et familiale et vie professionnelle », *in* « La personne en droit du travail », sous la dir. de B. TEYSSIÉ, Éd. Panthéon Assas, 1999, p. 32 ; dans la jurisprudence *cf* par ex. la décision, citée par D. GUTMANN, *op. cit.*, p. 276, note 226, de TGI Paris, 13 mars

n'en constitue pas la finalité première. En effet, il s'agit davantage de garantir les conditions d'une égalité[429], la protection de la vie privée de la personne n'étant qu'une conséquence indirecte[430]. De plus, l'existence de critères discriminatoires qui n'intègrent pas le champ de la vie privée conduit à protéger cette dernière qu'occasionnellement.

106. – Ces considérations amènent, en pratique, à comprendre la réticence observée quant à l'invocation de l'article 9 du Code civil pour obtenir réparation du préjudice en méconnaissance par l'employeur des règles de non-discrimination, « quand bien même les informations indûment apprises ou utilisées relèveraient de la vie privée »[431]. L'article 9 du Code civil bénéficie en effet d'une certaine autonomie[432], la Cour de cassation estimant que « la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation »[433], dispensant dès lors à la victime de prouver le préjudice. L'application de ce principe aux situations de discrimination risquerait de renforcer la confusion entre ces deux domaines, et « en risquant de porter la notion de vie privée bien au-delà de son ordre, […] contribuerait à favoriser les discours les plus fantaisistes sur les implications qu'il conviendrait de déduire du droit au respect de la vie privée »[434]. De même, elle « ferait perdre de vue les valeurs qui s'attache à ces règles »[435]. En outre, le régime de prohibition des discriminations dispose de sanctions propres, civiles et pénales, de nature à réparer le préjudice que ce soit par la remise en l'état[436] ou le rétablissement de la dignité de la personne discriminée[437].

1991, qui se réfère au droit au respect de la vie privée pour retenir l'absence de pertinence du sexe et de la situation de famille à l'occasion d'une embauche.

[429] *Cf* A. LYON-CAEN, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 68, spéc. n° 15 et s. pour une analyse sur les liens entre les règles de non-discrimination et l'égalité juridique ; Ph. WAQUET, « Le principe d'égalité en droit du travail », *op. cit.*

[430] L'objectif de protection de la dignité, poursuivi par le droit au respect de la vie privée, se réalise néanmoins par les incriminations pénales en matière de discrimination, rapprochant de lors les deux notions.

[431] A. LEPAGE, *op. cit.*, spéc. n° 34 et note n° 105 : *cf* d'ailleurs implicitement en ce sens J.-E. RAY, « Une loi macédonienne ? Étude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992, "Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles" », *Dr. soc.*, 1993, p. 103, spéc. p. 106, qui au sujet d'un candidat à l'emploi victime d'une discrimination, estime que « toute sanction en nature étant exclue, il devra pour obtenir des dommages-intérêts évaluer son préjudice selon les règles du droit commun : la perte d'une chance réelle et sérieuse d'accéder au poste convoité, sur la base de l'article 1382 du Code civil devant le juge compétent ; et d'éventuels dommages-intérêts pour le préjudice moral qu'il a subi ».

[432] Notamment par rapport à l'article 1382 Code civil (devenu article 1240).

[433] Cass. civ. 1ère, 5 novembre 1996, *Bull. civ. I*, 1996, n° 378 : *D.*, 1997, p. 403, note S. LAULOM.

[434] D. GUTMANN, *op. cit.*, n° 335.

[435] A. LEPAGE, *op. cit.*, n° 34.

[436] La nullité est ainsi prévue dans différentes dispositions du Code du travail, d'abord de manière générale par l'article L. 1132-4 qui ne distingue pas le type de mesure concerné, mais également spécialement pour différentes situations telles que le licenciement (L. 1134-4), le harcèlement moral (L.

107. – Ainsi, dépassant la simple ignorance, l'employeur se doit de faire abstraction de certains caractères ou qualités de la personne, pour ne s'intéresser qu'au salarié ou au candidat à l'embauche. Un risque émerge alors, celui « de nier ce qui fait l'individu dans ses spécificités »[438]. Ce mouvement semble cependant bien enclenché, eu égard notamment au souci d'anonymat des candidats à l'embauche, certains y voyant « une négation de l'identité »[439]. Plutôt que d'effacer afin de maintenir dans l'ignorance, une solution inverse consiste alors à prendre en compte les spécificités des personnes afin de les protéger.

B / Des mesures de compensation

108. – La recherche d'une égalité entre les individus répond à des « exigences »[440] sociétales toujours plus fortes. Le principe d'égalité, à valeur constitutionnelle[441], trouve à s'appliquer en droit du travail. Si certains auteurs avancent certaines réserves[442], d'autres au contraire militent pour son application[443], y voyant un « droit de

---

1152-3) et sexuel (L. 1153-4), les accidents du travail ou maladies professionnelles (L. 1226-13), les salariées enceintes (L. 1225-5) , les congés d'adoption (L. 1225-39), ou encore le sexe (L. 1142-3). Elle ne semble toutefois pas être applicable en matière de recrutement, sous peine d'une interprétation extensive de la nullité, cette dernière consistant en l'anéantissement de l'acte, une interprétation stricte aurait pour effet de simplement annuler remettre les parties en l'état dans la situation avant l'acte d'embauche, à savoir recruteur et candidat.

[437] Le délit de discrimination étant prévu en matière de refus d'embauche, de sanction ou de licenciement d'une personne : art. 225-2, 3° du Code pénal, prévoyant jusqu'à trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende.

[438] A. LEPAGE, *op. cit.*, spéc. n° 34.

[439] *Cf* les extraits du rapport remis par Roger FAUROUX, le 8 septembre 2005, au ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement : *JCP S*, n° 12, 13 sept. 2005, p. 93.

[440] *Cf* J. PORTA, « Discrimination, égalité et égalité de traitement. A propos, des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination », 1ère Partie, *RDT*, 2011, p. 290.

[441] *Cf* B. GENEVOIS : « Principes généraux du droit », in *Répertoire Dalloz de Contentieux administratif*, n° 114 et s. ; J. RIVERO : « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », *in Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XIV, p. 351 ; G. BRAIBANT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », in *La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et la jurisprudence*, colloque des 25 et 26 mai 1989, PUF, p. 108 ; *cf* ég. J.-F. LACHAUME, « Droits fondamentaux et droit administratif », *AJDA*, 1998, p. 92.

[442] Cf. H. RONGÈRE, « À la recherche de la discrimination introuvable : l'extension de l'exigence d'égalité entre salariés », *Dr. soc.*, 1990, p. 99 ; G. COUTURIER, « Négociation d'établissement et discrimination entre salariés », *Dr. soc.*, 2000, p. 185.

[443] *Cf* C. RADÉ, note sous Cass. soc., op. cit. ; Y. LEROY, « L'égalité professionnelle : vers une approche générale et concrète », *op.cit.* ; M. HENRY : « Le nouveau régime probatoire applicable aux discriminations », *op. cit.*

correction »[444], né de la reconnaissance de l'inégalité foncière du rapport de travail[445]. La recherche d'une « égalité sociale » a ainsi permis d'apporter une protection à des groupes de personnes, à l'instar des salariés. Le besoin s'est toutefois recentré sur l'individu lui-même. La lutte contre les discriminations, participant à rétablir une égalité, n'est ainsi pas « adressée à un homme abstrait mais à un homme situé »[446]. Cette deuxième vision a pu parfois paraître opposée à une approche plus collective, et tendant à placer en confrontation les notions d'égalité et de discriminations. L' « oxymore »[447] « discriminations positives » constitue pour certains la cristallisation de ces conflits. Ces dernières, alors considérées comme des exceptions à l'égalité, ont pourtant pour objet de la mettre en œuvre[448]. Il peut en effet apparaître contradictoire[449] de vouloir lutter contre les discriminations et le fait de discriminer positivement, car on s'appuie alors sur des stéréotypies que les règles de non-discrimination visent elles-mêmes à combattre. D'autres critiques s'y ajoutent, comme le danger d'un communautarisme contraire aux idéaux d'égalité républicaine[450], ou encore le risque d'une victimisation des personnes bénéficiant de ces mesures[451]. Ces critiques reposent toutefois sur une vision formelle de l'égalité, actuellement dépassée par un mouvement de « déformalisation »[452].

109. – Du temps du code Napoléonien, le cocontractant devait être considéré comme « un être abstrait, […] une volonté pure, sans identité et sans corps », pour lequel, « pour faire respecter le principe fondateur d'égalité des personnes, le droit français [ignorait] les particularités individuelles »[453]. Cette égalité dite « formelle » s'est longtemps opposée à l'introduction de dispositions qui viseraient à favoriser certaines catégories

---

[444] A. LYON-CAEN, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 68.
[445] Et fruit d'une crise…
[446] J. PORTA, *op. cit.*
[447] *Ibid.*
[448] L'action positive est ainsi mobilisée par le droit communautaire comme objectif d'égalité des chances : notamment la directive n° 76/207/CEE, repris par le traité d'Amsterdam : article 141, paragraphe 4 du traité CE, puis les directives ultérieures : Art. 5 de la directive n° 2000/43/CE, art. 7, 1er de la directive cadre n° 2000/78/CE.
[449] Et qui semble gêner une partie de la doctrine, y préférant d'autres termes tels que : mesures correctrices, actions correctives ou encore mesures compensatoires ; *cf* not. M.-T. LANQUETIN, « Discrimination », *Rép. Trav. Dalloz*, spéc. n° 150.
[450] A.-M. LE POURHIET, *La démocratie providentielle. Essai sur l'inégalité contemporaine*, Gallimard, 2002.
[451] La discrimination est « une discrimination à rebours, visant à soigner le mal par le mal », J. CHEVALLIER, « Réflexions sur la notion de discrimination positive », *op. cit.*
[452] J. PORTA, *op. cit.*, p. 354.
[453] M. FABRE-MAGNAN, « Totems et tabous en matière de discrimination », *RDC*, 2010, p. 1433.

de personnes, lesquelles introduisant une rupture d'équilibre sur la base de critères prédéfinis, tendant à être discriminatoires.

Toutefois, l'égalité formelle, ou abstraite, ou de droit, a vite présenté certaines limites. Son manque d'effectivité a conduit le législateur et la jurisprudence, principalement communautaire, à porter son attention sur les résultats, à travers l'égalité concrète, ou réelle[454], ou factuelle. Ce mouvement a permis l'émergence d'un « droit de l'égalisation » [455], destiné à rétablir une égalité mise à mal entre des individus ou des situations juridiques. « Ce que ce dernier (le principe d'égalité) postule et ce qu'il ne peut cependant pas réaliser, la discrimination positive l'accomplit au moins en partie par des mesures compensatoires »[456].

110. – Plusieurs types d'actions correctives peuvent être distinguées selon leur mode opératoire[457]. Toutefois, si l'ensemble des discriminations semble pouvoir faire l'objet de telles mesures, la pratique révèle une concentration sur certains critères discriminatoires, notamment le handicap[458], la maternité[459], l'état de santé, l'âge ou encore le sexe[460]. D'autres, figurant pourtant sur la liste des discriminations prohibées, ne font l'objet d'une telle attention : les convictions religieuses, l'apparence physique, le nom de famille ou encore le lieu de résidence.

Si cette couverture imparfaite s'explique certainement par la jeunesse de ce droit, certains l'interprètent comme une illustration d'une différence d'exigences entre les critères[461], et qui entre résonance avec celle établie par le droit anglo-saxon entre

---

[454] Les mesures correctrices sont ainsi des actions qui « tout en étant discriminatoires selon leurs apparences, [visent] effectivement à réduire à éliminer et à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale », CJCE, 28 oct. 1988, aff. 312/86, Rec. CJCE, p. 6315 : à propos de l'article 2, paragraphe 4 de la directive n° 76/207/CEE.

[455] J. PORTA, *op.cit.*

[456] Ph. WAQUET, « Le principe d'égalité en droit du travail », *op. cit.*

[457] J. PORTA, *op. cit.* : lequel distingue les mesures matérielles, substantielles et réelles.

[458] Articles L. 5212-1 et s. du Code du travail : quota d'emplois réservés de 6 % de l'effectif total des salariés dans les entreprises d'au moins 20 salariés, dont une partie éventuellement sous forme de sous-traitance auprès d'Ateliers Protégés ou de Centres d'Aide par le Travail, et à défaut versement d'une contribution à l'Agefiph.

[459] Directive 92/85 relative à la santé et à la sécurité des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes ; Article L. 1225-1 et s. du Code du travail ; CJCE, 30 juin 1998, aff. C-394/96.

[460] Critère qui se situe au cœur des débats en matière de mesures compensatoires, faisant l'objet d'approches discordantes entre le droit interne et le droit communautaire.

[461] Une distinction peut ainsi être établie entre les discriminations faisant l'objet d'une prohibition, et dont les mesures correctrices font l'objet d'un encadrement restrictif (tels la race ou le sexe), de celles faisant l'objet d'une suspicion, dont les actions correctives sont plus facilement acceptées (tels l'état de santé ou le handicap) : M. SWEENEY, « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination », *RDT*, 2012, p. 87.

obligation de « conscience » et de « cécité »[462]. Il nous semble toutefois difficile d'envisager une gradation dans le caractère prohibé des critères, l'admettre serait nier qu'ils figurent réglementairement sur un pied d'égalité. Cette conception contribuerait en outre à renforcer des différences d'approches déjà observées[463].

111. – Si la protection de la vie privée peut se trouver renforcée par la mise en œuvre d'actions positives, elle se trouve alors confrontée au même paradoxe : exposer pour mieux protéger. De plus, sa prise en compte ne s'inscrit que dans le cadre des critères discriminatoires qui peuvent intégrer son champ. La jurisprudence semble peu encline à prendre en compte des éléments de la vie privée dans la justification de mesures correctrices. Les tâches effectuées au domicile, et précisément leur répartition, en sont exclues : le principe d'égalité de traitement n'ayant « pas pour objet de régler des questions relatives à l'organisation de la famille, ou de modifier la répartition des responsabilités au sein du couple »[464]. Cette position n'exclue toutefois pas une prise en compte du contexte social dans la lutte contre les discriminations à raison du sexe. En effet la cour fait de l'articulation entre vie familiale et professionnelle un « corollaire naturel de l'égalité de traitement »[465], également présente dans la directive 2006/54 dite « refonte »[466].

A l'inverse, la prise en compte de la maternité, pourtant élément relevant de la vie privée, est très largement acceptée. Il s'agit néanmoins de satisfaire une égalité matérielle reposant sur des différences biologiques entre hommes et femmes[467], justification également applicable aux mesures positives en matière de handicap. Démarche justificative qui légitime tant l'existence de telles actions, que l'atteinte potentielle à des éléments pouvant appartenir à la vie privée de la personne. Cette

---

[462] Par référence à l'opposition dessinée par la doctrine américaine entre « *color-blindness* » et « *color-conscious* » à propos des discriminations raciales.

[463] Les « Affirmative action » américaines se sont développées en vue de lutter contre les inégalités raciales, critère exclue dans le droit d'égalisation français ou européen.

[464] CJCE, 12 juillet 1984, aff. 184/83, *Hofmann* c/ *Barmer Ersatzkasse.*

[465] CJCE, 17 juin 1998, aff. C-243/95, *Hill et Stapleton / The Revenue Commissioners et Department of Finance*, Rec. CJCE, p. I-3739 : *D.*, 1998, IR 176.

[466] Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

[467] La France a ainsi été condamnée pour avoir laisser subsister des dispositions conventionnelles accordant des droits particuliers aux femme qui n'étaient pas justifiées par des conditions biologiques : CJCE, 25 octobre 1988, aff. 312/86, *Commission c/ France*, obs. M.-T. LANQUETIN et H. MASSE-DESSEN, *Dr. Soc.*, 1989, p. 551.

démarche se double parfois d'une condition procédurale, dont son non-respect peut caractériser une discrimination, et qui emporte les mêmes effets[468].

112. – Cet état des lieux des différentes mesures visant à contenir le pouvoir d'investigation de l'employeur amène à la caractérisation d'éléments communs. En effet, s'il s'agit pour chacun de ces dispositifs de protéger la vie privée du salarié, la notion juridique n'est que peu mobilisée. Des dispositions spécifiques, des mécanismes juridiques régulateurs au travers de la pertinence ou de l'obligation d'information, permettent de parvenir à cet objectif, et écartent toute nécessité de recourir à la notion civiliste de vie privée. Il apparaît néanmoins difficile de l'éluder totalement, notamment lorsqu'il s'agit de permettre au salarié un contrôle sur les éléments de sa vie privée, au travers de son droit d'opposition.

SECTION 2 : L'OPPOSITION AU POUVOIR D'INVESTIGATION DE L'EMPLOYEUR

113. – L'encadrement du pouvoir d'investigation présente une limite : celle de ne s'intéresser qu'à l'investigateur. Il repose d'ailleurs sur le postulat selon lequel toutes les données sont accessibles, le seul moyen de les protéger étant d'empêcher ou de dissuader l'intéressé de les collecter et de les utiliser.

Il est néanmoins nécessaire de s'intéresser à l'origine des données et notamment leur détenteur. La protection s'organisera alors autour de la restriction des données disponibles, afin d'en « tarir la source ». Cette idée repose sur la pleine possession et la maîtrise par le salarié des données qui le concernent. Il s'agit en quelque sorte de reconnaître un droit à l'opacité.

Cette maîtrise se manifeste à la fois dans la possibilité de ne pas délivrer l'information, par le silence (§1), mais également dans la faculté d'organiser son indisponibilité, par l'anonymat (§2).

[468] L'employeur ne peut ainsi prendre en compte l'état de santé du salarié que dans le cadre de l'avis médical du médecin du travail.

§1 : Le droit au silence

114. – Le silence constitue par sa nature une force d'opposition. Musical, il ne révèle son existence qu'en confrontation avec les bruits qui l'entourent. Verbal, il se définit alors comme « l'état d'une personne qui s'abstient de parler »[469], en réponse à des sollicitations destinées à obtenir des informations détenues. Cette abstention, manifestation de la volonté de la personne, si elle peut parfois être interprétée comme une acceptation tacite[470], matérialise principalement un refus, celui de dévoiler, de dire. Garder le silence constitue dès lors une liberté individuelle, laquelle s'incarne dans l'exercice du « droit de se taire »[471]. Ce dernier, de nature conflictuelle, constitue « le droit « de ne pas », par excellence, le droit contre les unanimités factices »[472]. Le silence, lorsqu'il est choisi, devient alors un moyen de défense : « si le silence imposé peut être la plus grande des persécutions, le silence apparaît aussi comme une défense de notre personnalité car il protège l'intimité de la pensée »[473]. Il ne peut donc être considéré intrinsèquement comme fautif, quand bien même « le droit de se taire cohabite avec le devoir de parler et le devoir de dire »[474].

115. – Droit de la personnalité, le droit de se taire intègre également le champ du droit social : « c'est un droit essentiel, fondamental, celui qui fait que la relation de travail n'est pas une relation de servage »[475]. Comme le souligne un auteur, le salarié « n'est pas débiteur d'une obligation d'information, il a au contraire le droit de se taire lorsque l'employeur ne prend pas l'initiative de se renseigner »[476]. La limitation du nombre des obligations d'information apparaît alors comme « une façon de contenir la transparence dans des mesures raisonnables »[477].

---

[469] E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, *op. cit.*, « silence ».
[470] Exemple : le silence de l'administration, ou encore en matière civile la reconduction tacite du bail (articles 1738 et s. du Code civil).
[471] L. PECAUT-RIVOLIER, « Donner l'information : les obligations du salarié », *Dr. Soc.*, 2013, p. 103.
[472] Ch. VIGOUROUX, « le droit de se taire », in Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois, Le dialogue des juges, p. 1113.
[473] R. NERSON, « Le silence », *in* Eranion in honorem Georgii S. Maridakis, T. II, Genikē theōria kai philosophia dikaiu, idiōtikon dikaion, politikē dikonomia, p. 399.
[474] Ch. VIGOUROUX, *op. cit.*
[475] *Ibid.*
[476] J. MOULY, « Un salarié n'a pas l'obligation de faire mention d'antécédents judiciaires », *op. cit.*, spéc. n° 4.
[477] Cour de cassation, « Le droit de savoir », *op. cit.*, spéc. p. 73.

A plus forte raison, le candidat à l'emploi, dépourvu de lien de subordination, bénéficie également du droit de conserver le silence, lequel se justifie (A) même si une obligation demeure (B).

A / Un silence justifié

116. – Le droit au silence du candidat à l'embauche se justifie tant par la nécessaire diligence dont doit faire preuve le recruteur (1), que par la nature de certaines informations (2).

1 / Une justification par l'obligation de renseignement de l'employeur

117. – Le droit accordé au candidat à l'embauche de conserver le silence semble se justifier par l'attitude de l'employeur. Le droit des obligations nous enseigne en effet que « l'obligation d'information n'existe qu'au profit de celui qui n'est pas en mesure de se renseigner lui même »[478]. Ainsi, la faculté de l'employeur de pouvoir procéder à des investigations lui ôte tout droit à l'information. La jurisprudence lui impose une obligation de s'informer sur la personne du candidat, et toute légèreté de sa part le conduit à en assumer les risques. D'autant qu'il dispose d'outils d'évaluation et de vérification des données communiquées par le candidat. « Le non-usage de ces pouvoirs par l'employeur le constitue en faute et l'empêche d'invoquer son erreur ou le silence gardé par le salarié »[479].

Certains auteurs considèrent ainsi que « l'erreur de l'employeur n'est pas concevable »[480]. Ce n'est pas pour autant qu'elle n'est pas envisagée par la jurisprudence, même si cette dernière s'avère réticente à accepter l'erreur sur la personne du salarié en tant que cause de nullité du contrat de travail[481]. Cette position, motivée par un souci de protection du salarié, s'étend d'ailleurs à l'invocation par l'employeur d'un tel vice du

---

[478] J. MOULY, op. cit, spéc. n° 9, lequel cite P. MAULORIE ET L. AYNES, *Les obligations*, 1990, spéc. n° 632, p. 345 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Droit civil. Les actes juridiques.*, *Sirey*, spéc. n° 211.
[479] J. MOULY, *op. cit.*, spéc. n° 13.
[480] F. GAUDU, R. VATINET, *Traité des contrats, Les contrats de travail*, LGDJ, 2001, spéc. p. 91.
[481] *Cf supra*, n° 43 et s.

consentement en tant que motif de licenciement[482]. Revêt ainsi un caractère inexcusable, l'erreur sur la qualité de PDG d'un candidat, ex-PDG d'une entreprise qui venait de déposer le bilan, l'employeur ayant pu facilement recueillir cette information[483]. La jurisprudence a pu parfois même mettre à la charge de l'employeur une véritable obligation de vérification des affirmations du candidat à l'embauche[484], solution en conformité avec le droit commun[485]. Il semble donc que sauf à adopter une conception paternaliste du droit du travail, on ne saurait reprocher au salarié son silence lors de l'embauche[486].

118. – Par ailleurs, cette position doit être rapprochée d'une partie de la doctrine civiliste partisane d'une conception stricte de l'acceptation de la réticence dolosive : « il faut remarquer, avec *Beudant*, que le silence, à la différence des manœuvres positives, constitutives de dol, est très difficile à établir »[487]. De même, Planiol souligne : celui qui ne dit rien, ne trompe pas[488]. Rien d'étonnant à ce que la jurisprudence sociale adopte depuis longtemps une telle conception, considérant la réticence dolosive comme : « le silence gardé par le co-contractant sur une circonstance ou un fait que son co-contractant était excusable de ne pas connaître »[489]. Toutefois, la jurisprudence en matière de droit des obligations semble au contraire préférer une conception de la réticence dolosive davantage marquée du sceau de la loyauté contractuelle. La première chambre civile de la Cour de cassation considère ainsi que « la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée »[490]. Rapportée à la problématique de l'erreur provoquée par le salarié silencieux, la solution serait tout autre, permettant à l'employeur de se prévaloir plus facilement d'un tel vice du consentement. Cette

---

[482] V. G. LOISEAU, op. cit., spéc., n° 19 et s.
[483] Cass. soc., 3 juillet 1990, n° 87-40.349, *op. cit.*
[484] CA Poitiers, 4 mars 1986 : *Bull. soc. F. Lefebvre*, 1986, p. 481, n° 1270.
[485] *Cf* not. J. GHESTIN, La formation du contrat, 3ème éd., 1993, n° 523, p. 488, qui souligne que « la négligence de la victime de l'erreur rend celle-ci inexcusable lorsqu'elle pouvait et devait s'informer ».
[486] G.-H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail*, 1982, spéc. n°145.
[487] *Ibid.*
[488] Cité par R. NERSON, *ibid.*
[489] Cass. soc., 1er avril 1954 : *JCP*, 1954, II, 8384, note LACOSTE.
[490] Cass. civ. 3ème, 21 février 2001, n° 98-20.817, *Bull. civ. III,* 2001, n° 20 : *D.*, 2001, p. 2702, note D. MAZEAUD ; *ibid*, p. 3236, obs. L. AYNÈS ; *ibid*, 2002, p. 927, obs. C. CARON et O. TOURNAFOND ; *ibid*, 2003, p. 2023, chron. J. MOULY ; *AJDI*, 2002, p. 70, obs. F. COHET-CORDET ; *RTD civ.*, 2001, p. 353, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Cass. civ. 1re, 4 mai 2011, n° 09-71.144, Inédit ; Cass. com., 13 février 2007, n° 04-16.520, Inédit ; *cf* ég. Cass. civ. 1ère, 23 mai 1977, n° 76-10.716, *Bull. civ. I*, 1977, n° 244.

approche, soutenue par certains auteurs civilistes[491], tend à être réaffirmé par l'évolution récente du droit des obligations[492]. Cela ne signe pas pour autant l' « arrêt de mort »[493] de la position rebelle de la chambre sociale. En effet, cette dernière écarte toute obligation d'information de la part du salarié, et le dol supposant d'abord un droit à l'information de celui qui le réclame est donc dans ce cas inapplicable[494].

D'autant, que le salarié a parfois des raisons légitimes de se taire, désireux de pouvoir mettre à l'écart certains éléments de sa vie privée. La nature des informations peut venir renforcer son droit au silence.

2 / Une justification par la nature des informations

119. – Le silence peut également être justifié en raison de la nature même des informations. Deux modes de protection pourraient *a priori* s'appliquer au salarié soucieux de conserver pour lui certains éléments d'informations : le droit au respect de sa vie privée ou l'interdiction des discriminations. Néanmoins, s'agissant du droit au silence, la jurisprudence n'invoque aucun de ces deux terrains. Il est vrai que la Cour de cassation n'a pas attendu l'entrée de certains critères dans le dispositif légal de lutte contre les discriminations pour les inclure dans le droit au silence. Ainsi, des décisions déjà bien anciennes ont affirmé tant la possibilité au salarié de taire ses convictions religieuses s'agissant d'un salarié prêtre-ouvrier[495], ou encore à une salariée de ne pas révéler son état de grossesse[496], et ce avant toute protection par le législateur[497], que ce soit par des dispositions spécifiques[498] ou dans le cadre du dispositif de lutte contre les

---

[491] J. GHESTIN, « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *JCP G*, 2011, p. 703 ; « "La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée" - Une règle de nature à induire en erreur ? », *JCP G*, 2012, p. 812 ; *contra* J. MOULY, « Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable (l'opinion dissidente d'un « travailliste ») », *D.*, 2003, p. 2023 ; « Une règle de nature à induire en erreur : "la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée" », *D.*, 2012, p. 1346.

[492] Le nouvel article 1139 du code civil dispose désormais que « l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ».

[493] Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », *Dr. soc.*, 2016, p. 727, spéc. n° 8.

[494] J. MOULY, *op. cit.*, spéc. n° 11.

[495] Cass. soc., 17 octobre 1973, n° 72-40.360, *op. cit.*.

[496] Cass. soc., 23 février 1972, n° 71-40.091, *Bull. civ. V*, n° 152.

[497] Le principe étant tout de même inscrit « au fronton de la République » (Y. SAINT-JOURS , op. cit.), au travers du Préambule de la Constitution de 1946, repris par la Constitution de 1958, selon lequel « nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ».

[498] Protection de la femme enceinte : loi n°75-625 du 11 juillet 1975, art. 2, insérant l'article L. 122-25 du Code du travail (devenu L. 1225-1).

discriminations[499]. Par ailleurs, certaines informations autorisées à être mises sous silence ne font pas l'objet de telles protections, notamment le passé pénal[500]. Enfin, quand bien même certains éléments mis sous silence appartiendraient à la liste des critères discriminatoires, tels que l'état de santé ou le handicap, les attendus de la haute Cour ne mentionnent aucunement la discrimination, relevant éventuellement l'absence de caractère fautif du silence[501]. Le droit de se taire semble ainsi se justifier *per se*, sans aucun argument particulier à devoir apporter. Cette tendance se confirme à la lecture de décisions qui pourtant auraient pu davantage débattre de la légitimité d'un tel silence. Ainsi que le souligne un commentateur à propos de la mise sous silence du passé judiciaire d'un candidat à l'emploi : « la Cour de cassation ne mentionne nullement que le passé pénal du salarié était hors du champ d'investigation de l'employeur. Elle ne relève même pas la nature, ni la gravité de l'infraction commise. On est donc en droit de penser que la Cour suprême n'a pas fondé sa solution sur les circonstances à propos desquelles le salarié a gardé le silence, mais qu'au contraire elle prend parti en faveur de la légitimité de ce silence alors même que les éléments dissimulés sont au nombre de ceux qui peuvent justifier un refus d'embauche »[502].

120. – Pour autant, l'étude de la jurisprudence relative au silence du salarié lors de l'embauche, permet de relever deux voies de justification.

D'une part, à l'occasion de l'une de ces premières décisions rendues sur le droit au silence du salarié lors de son embauche, la Cour de cassation s'est interrogée sur la légitimité de l'employeur à réclamer un droit d'être informé. Le défaut de loyauté du salarié alors soulevé par l'employeur avait été balayé par la nécessité de rattachement à l'emploi par un lien « direct et nécessaire ». Position qui n'est pas sans rappeler le principe de pertinence alors adopté bien plus tard par le législateur en matière de recrutement[503]. Ce lien est également demandé en cas de licenciement pour inaptitude résultant de renseignements inexacts transmis par le salarié durant son embauche, comportement qui : « ne constitue une faute susceptible de justifier le licenciement que

[499] Loi du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, insérant l'article L. 122-45 du Code du travail (devenu L. 1132-1).
[500] Cass. soc., 25 avril 1990, n° 86-44.148, *op. cit.*
[501] Cass. soc., 6 mai 2003, n° 01-41.370, Inédit : défaut d'information de son employeur de son handicap, le privant ainsi de la possibilité de le comptabiliser dans le cadre de son obligation d'emploi.
[502] J. MOULY, « Un salarié n'a pas l'obligation de faire mention d'antécédents judiciaires », *op. cit.*
[503] Art. L. 1221-6, al.2 du Code du travail : « Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation de ses aptitudes professionnelles ».

s'il est avéré que le salarié n'avait pas les compétences effectives pour exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté »[504]. Cette position de la chambre sociale s'inscrit ainsi dans la droite ligne de celle adoptée en matière civile considérant que « le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter »[505] . Le caractère déterminant est ainsi garanti par le lien « direct et nécessaire » de l'information mise sous silence par rapport à l'emploi occupé.

D'autre part, toute considération de déloyauté du salarié est également écartée en présence d'un tiers habilité à connaître cette information tenue secrète. Ainsi, l'état de santé ou le handicap, constituent des informations réservées au médecin du travail[506], lequel constitue l'intermédiaire permettant de concilier l'intérêt de l'entreprise et le respect de la confidentialité des informations relatives à la santé du salarié. L'employeur ne peut alors se prévaloir d'un « prétendu dol de la part du salarié (…) que ce dernier n'a pas à lui révéler »[507] pour procéder à un licenciement.

Ces atténuations à la loyauté ne doivent pas éluder la question de la pertinence d'une telle obligation, et notamment s'agissant du candidat à l'emploi.

B / L'absence d'obligation de loyauté

121. – La loyauté est souvent mobilisée par l'employeur en mal de qualification du comportement du salarié. Le défaut de loyauté permet alors de caractériser la réticence dolosive en ce qu'elle « doit avoir été faite délibérément pour tromper le cocontractant » [508] . Cette conception, probablement déduite de la notion de « manœuvres » visée par le Code civil[509], relève plus généralement, d'une conception du dol fondée sur la mauvaise foi, sur la déloyauté[510]. Cette dernière traduit donc une

---

[504] Cass. soc., 30 mars 1999, n° 96-42.912, Inédit ; *JCP G*, 1999, II, 10195, note J. MOULY ; *D. aff.*, somm., p. 13, obs. I. OMARJEE.

[505] V. par exemple, Cass. civ. 3e, 15 janvier 1971, *Bull. civ. III*, 1971, n° 38

[506] Cass. soc., 21 septembre 2005, n° 03-44.855, Bull. civ. V, n° 262, JCP G, 2005, II, n°10163, note J. MOULY, Bulletin d'actualité Lamy social, 2005, n° 176, p. 19, obs. J.-E. TOURREIL, D., 2006, p. 204, note G. LOISEAU ; Cass. soc., 7 nov. 2006, n° 05-41.380, JCP S 2007, 1053, note P.-Y. VERKINDT.

[507] *Ibid.*

[508] J. MESTRE, obs. ss CA Versailles, 21 mai 1986, *RTD civ.*, 1988, p. 338.

[509] Article 1137, al. 1er du Code civil : « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges ».

[510] *Cf* P. BONASSIES, *Le dol dans la conclusion des contrats*, thèse, Lille, 1955.

intention de nuire, par le silence gardé sur des éléments pourtant déterminants. La preuve de l'intention reste toutefois difficile à apporter. Dans la relation de travail, le caractère délibéré du silence semble se manifester dans le refus de répondre à une sollicitation de l'employeur. Un mutisme bien souvent défensif[511], parfois assimilé au mensonge[512]. Ce dernier revêt cependant un caractère intentionnel plus prononcé. « Se taire est souvent le meilleur moyen de ne pas mentir »[513]. Il ne s'agit pas d'omettre, mais de travestir la réalité. Tel est le cas du salarié apposant délibérément de fausses informations sur son *curriculum vitae*. L'intention étant ici caractérisée, la jurisprudence ne semble pour autant pas lui conférer une importance significative[514]. De même, le manquement à l'obligation de loyauté n'est pas retenue la chambre sociale de la Cour de cassation malgré la caractérisation du mensonge du salarié lors de l'embauche[515].

En matière de *curriculum vitae* mensonger, les juges vont se concentrer sur le caractère déterminant du mensonge, tant au niveau de son contenu : une mention « imprécise et susceptible d'une interprétation erronée » n'étant pas « constitutive d'une manœuvre frauduleuse »[516], qu'au niveau de ses effets : par l'apport de la preuve de l'incompétence du salarié[517]. Si le caractère volontaire du silence permet de faire basculer la rétention dans la réticence, l'intention ne semble pas constituer un facteur déterminant : « le salarié ne saurait, même intentionnellement, méconnaître une obligation d'information qu'il n'avait pas »[518]. D'autant que l'assimilation de la réticence au dol repose davantage sur la violation d'une obligation d'information plutôt que sur une abstention délibérément fautive[519].

---

[511] « Le silence du salarié ne correspond pas seulement à une tolérance, mais constitue un véritable droit quand il s'agit de faire échec à une discrimination illicite de l'employeur », CAMERLYNCK, op. cit., n° 145.

[512] Les omissions des salariés lors de l'embauche portant sur des éléments déterminants de la conclusion du contrat sont constitutives du dol au même titre que les mensonges proprement dits : JOAN, Q, 16 mars 1987, p. 1486.

[513] Ch. VIGOUROUX, « Le droit de se taire », *op. cit.* ; certains auteurs dénoncent la reconnaissance d'un véritable « droit au mensonge » du salarié : A.-M. LAFLAMME, S. FANTONI QUINTON, « Garder le silence ou mentir sur son état de santé : quelles conséquences juridiques pour le candidat à l'embauche ? Une approche comparée France/Québec », *Dr. soc.*, 2016, p. 19.

[514] CA Versailles, 19 septembre 1990 : *RJS*, 1991, 9.

[515] Le juge d'appel n'étant pas hermétique à cette notion : CA Paris, 13 février 1996, toutefois cassé par Cass. soc., 30 mars 1999, *op. cit.*

[516] Cass. soc., 16 février 1999, n° 96-45.565, *Bull. civ. V*, 1999, n° 74.

[517] Cass. soc., 30 mars 1999, *op.cit.* ; *contra cf* Cass. soc. 17 octobre 1995, n° 94-41.239, Inédit : le dol a pu être admis s'agissant d'un candidat à un emploi de professeur, s'étant prévalu de diplômes, qu'il n'avait pas, ce manque étant de nature à affecter substantiellement l'exécution de la prestation pour laquelle l'employeur l'avait recruté.

[518] J. MOULY, « Un salarié n'a pas l'obligation de faire mention d'antécédents judiciaires », *op. cit.*

[519] *Cf* J. GHESTIN, *La formation du* contrat, *op. cit.*, n° 571, p. 545.

122. – La position favorable de la Cour de cassation à l'égard du candidat « menteur » semble alors entrer en contradiction avec l'obligation de bonne foi mentionnée dans le Code du travail : « Le candidat est tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'informations »[520]. La doctrine civiliste rappelle que « tous les contrats doivent être exécutés de bonne foi et, *a fortiori*, ils doivent avoir été conclus de bonne foi »[521]. Malgré cela, la jurisprudence ne semble pas avoir encore intégré la dimension comportementale du candidat à l'embauche dans la motivation de ses décisions. Certains auteurs trouveraient cela souhaitable, permettant ainsi d'exclure toute forme d'impunité du candidat, et s'écarter d'un risque d'« infantilisme juridique »[522]. D'autant que cette dimension est d'ores et déjà invoquée en matière de droit au silence du salarié lors de l'exécution du contrat de travail.

123. – Le salarié, astreint à une obligation de loyauté, a parfois le « devoir de dire »[523]. Tel est le cas lorsque de certaines informations personnelles[524] se révèlent déterminantes sur l'exécution du contrat de travail[525]. Il en est de même concernant des informations appartenant à la sphère professionnelle[526]. Il demeure toutefois des situations soumises à une appréciation des intérêts en présence. Est-ce pour autant au salarié qu'il appartient de mesurer les effets de sa vie personnelle sur les intérêts de son employeur ? D'autant que l'atteinte à ces derniers demeure parfois hypothétique. Ainsi, s'agissant des éventuels conflits d'intérêts qu'un salarié pourrait avoir en raison de ses fréquentations personnelles, la Cour de cassation préfère adopter une position stricte en retenant que « le seul risque d'un conflit d'intérêts ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement »[527]. Certains auteurs estiment toutefois que la loyauté

---

[520] Article L. 1221-6 du Code du travail.
[521] R. NERSON, *op. cit.*
[522] D. POHÉ-TOKPA, « La bonne foi du salarié dans la conclusion du contrat de travail », *Études à la mémoire de Ch. LAPOYAGE-DESCHAMPS*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 493
[523] L. PECAUT-RIVOLIER, *op. cit.*
[524] Le devoir de loyauté s'efface s'agissant de certaines informations telles que la santé du salarié : « Le devoir de loyauté cède devant la protection du secret de la santé » : Cass. soc., 7 nov. 2006 : *JCP S*, 2007, 1053, note P.-Y. VERKINDT.
[525] Soc., 18 novembre 2009, n° 08-41.243, *Bull. civ. V*, 2009, n° 257 : un salarié, agent de sécurité, ayant dissimulé pendant plusieurs mois à son employeur une condamnation pénale.
[526] Il doit ainsi donner malgré son absence les informations nécessaires à l'utilisation de son ordinateur : Cass. soc., 18 mars 2003, n° 01-41.343 ; le défaut de loyauté a été retenu à l'encontre d'un chef de service qui n'ayant pas immédiatement averti l'employeur d'un accident médical survenu dans son service : Cass. soc., 20 avril 2005, n° 03-40.734.
[527] Cass. soc., 18 nov. 2009, n° 08-41.243, *Bull. civ. V*, 2009, n° 257.

permettrait d'inciter le salarié à davantage de transparence[528]. La Cour de cassation a d'ailleurs récemment retenu le comportement du salarié, s'agissant de conflits d'intérêts avérés, que celui-ci soit déloyal[529] ou contraire aux obligations déontologiques[530]. La loyauté semble ainsi occuper une place croissante dans l'appréciation du silence du salarié, durant l'exécution de son contrat de travail. Convient-il pour autant d'appliquer une lecture semblable en matière de recrutement ? Phase précontractuelle, en cas de doute, la liberté de ne pas contracter demeure encore la meilleure arme.
« Sans doute convient-il de moraliser le contrat, mais chaque contractant est libre de se renseigner lui-même sur le contrat qu'il va signer : s'il se heurte au silence de celui avec lequel il traite, libre à lui soit de compléter le son information soit de renoncer au contrat »[531].

124. – Si le silence constitue une manifestation de la volonté, celle de ne pas lever le voile sur des éléments personnels, il a néanmoins « toujours un prix »[532]. Son caractère suspect peut parfois desservir celui qui s'en prévaut. Aussi, est-il parfois préférable de restreindre la disponibilité des informations, évitant ainsi de devoir les passer sous silence.

§2 : Un droit à l'anonymat

125. – Entendu de manière stricte, l'anonymat consiste en une ignorance, celui d'un nom[533]. Le nom étant le principal mode d'identification d'une personne[534], son absence permet de dissimuler l'identité de la personne elle-même. Toutefois, d'autres éléments participent à l'identification d'un individu, l'identité étant entendu comme un « ensemble des données de fait et de droit »[535], permettant d'individualiser quelqu'un.
Le processus d'identification prend en compte de multiples critères. Ainsi, s'agissant d'un candidat à l'embauche, le patronyme, le sexe, la date de naissance, la nationalité,

[528] L. PECAUT-RIVOLIER, *op. cit.*
[529] Cass. soc., 17 mars 2010, n° 08-43.275, Inédit.
[530] Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-43.507, Inédit.
[531] R. NERSON, *op. cit.*
[532] Ch. VIGOUROUX, « le droit de se taire », *op. cit.*
[533] « Dont le nom est inconnu », Dictionnaire Le Larousse.
[534] « Clef de l'individualisation », J. CARBONNIER, *Droit civil, Les personnes*, PUF, 20e éd. 1996, n° 28.
[535] Dictionnaire Le Larousse.

l'image, la situation de famille, ou encore l'adresse, y compris électronique, constituent des éléments[536] permettant de caractériser un individu.

126. – L'identification de la personne constituant une condition d'application des droits de la personnalité, la révélation de l'identité s'avère parfois nécessaire, et notamment dans la mise en œuvre du droit au respect de la vie privée[537]. Ainsi, le désir d'anonymat peut sembler en contradiction avec le souci de protéger sa vie privée. Il s'agit cependant de se passer d'une protection juridique, engendrant des mesures correctives *a posteriori*, que l'individu peut librement choisir d'écarter au profit d'une démarche préventive. L'anonymat permet ainsi d'éviter en amont toute atteinte à la vie privée, faute d'identification de la personne. L'anonymat apparaît alors comme un droit[538]. « Chacun dispose ainsi d'une liberté de l'anonymat se traduisant par celle de ne pas apposer son nom sur une boîte aux lettres, de figurer sur la liste rouge, de refuser de révéler son patronyme hors les cas prévus par la loi »[539]. Ce dernier peut s'exprimer de différentes manières : liberté de ne pas s'identifier dans des actes de la vie courante[540], mais également en s'opposant à l'investigation et la divulgation de son identité.

127. – L'anonymat n'est pourtant pas une nécessité. En effet, une partie des éléments permettant l'identification bénéficient d'une double protection : d'une part, par leur appartenance à la catégorie des droits de la personnalité et au champ d'application de l'article 9 du Code civil et, d'autre part, par le biais dispositif de lutte contre les discriminations.

---

536 Principales mentions supprimées dans les tests d'expérimentations du CV anonyme.
537 Le respect de la vie privée suppose l'identification de la victime : Cass. civ. 1ère, 21 mars 2006, n° 05-16.817, *Bull. civ. I*, 2006, n° 170 : *JCP G*, 2006, IV, 1886 ; *RDT civ.*, 2006, p. 535, obs. J. HAUSER.
538 J. POUSSON-PETIT, « Le droit à l'anonymat », *Mélanges L. BOYER* : PUT 1996, p. 596 *;* J.-Ch. SAINT-PAU, *L'anonymat et le droit*, Thèse Bordeaux IV, 1998, spécialement t. 2.
539 J.-Ch. SAINT-PAU, *Jouissance des droits civils*, *JCl. Civil Code*, Article 9, Fasc. 10.
540 Liberté consacrée sous certains aspects par la loi à l'instar de la liberté d'accoucher sous X (article 326 du Code civil, article L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles) ou encore de la liberté de ne pas signer une œuvre littéraire et artistique (article L. 113-6 du Code de propriété intellectuelle).

A / Un anonymat garanti par la protection des éléments d'identification de la personne

128. – Le nom bénéficie lui-même d'une protection au titre du droit au respect de la vie privée. Néanmoins, la jurisprudence a pu rejeter l'appartenance du nom au champ de la vie privée : « le nom patronymique, destiné à identifier une personne dans les actes de la vie civile, échappe par sa nature à la sphère de la vie privée »[541]. Institution de police, Marcel Planiol considérait en effet qu'il ne pouvait engendrer aucun droit au profit de son titulaire[542]. La CEDH adopte une position opposée en considérant que c'est justement en considérant sa fonction d'identification personnelle et de rattachement à une famille[543], que le nom d'une personne concerne la vie privée de l'individu, et a d'ailleurs étendu cette interprétation au prénom[544].

Pour autant, amenée à se prononcer sur la révélation d'un changement de nom, la Cour de cassation rattache clairement le nom à la protection par l'article 9 du Code civil[545]. Il en est de même s'agissant du pseudonyme : « nom de fantaisie librement choisi par une personne pour masquer au public sa véritable personnalité dans l'exercice d'une activité particulière »[546]. Technique de « camouflage, qu'il n'appartient pas aux tiers de soulever »[547], la révélation d'un pseudonyme peut porter atteinte à l'anonymat garanti par le droit au respect de la vie privée et ouvre droit à réparation[548], excepté en raison de circonstances particulières nécessitant l'information du public[549].

---

[541] CA Paris, 30 octobre 1998 : *D.*, 1998, IR p. 259 ; *RTD civ.*, 1999, p. 61, obs. J. HAUSER ; TGI Nanterre, 27 avril 2006 : *Légipresse*, 2006, I, p. 125.

[542] M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil,* t. 1, LGDJ, 9e éd., n° 398, p. 150.

[543] CEDH, 25 novembre 1994, Req. n° 18131/91, *Stjerna c/ Finlande* : *RTD civ.*, 1995, p. 324, obs. J. HAUSER.

[544] CEDH, 24 octobre 1996, Req. n°s 15773/89 et 15774/89, *Guillot c/ France* : *RTD civ.*, 1997, p. 551, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *contra* pour les titres nobiliaires : CEDH, 28 octobre 1999, Req. n° 45726/99, *Pilar de la Cierva et a. c/ Espagne* : *Dr. fam.*, 2001, comm. n° 90, B. de LAMY.

[545] Cass. civ. 1ère, 7 mai 2008, n° 07-12.126, *Bull. civ. I*, 2008, n° 126 : *Comm. Com. élec.*, 2008. Comm. 94, A. LEPAGE.

[546] CA Paris, 25 octobre 1961 : *JCP G*, 1961, II, 12377 ; *RTD civ.*, 1962, p. 302, obs. DESBOIS.

[547] A. LEPAGE, « Droits de la personnalité », *Rép. Droit civ.*, Dalloz, spéc. n° 77.

[548] En l'occurrence, l'atteinte à la vie privée avait déjà été constituée par la révélation de l'adresse de ce dernier : CA Paris, 15 mai 1970 : *D.*, 1970, p. 466, concl. Avocat général CABANNES, *RTD civ.,* 1971, p. 114, obs. R. NERSON.

[549] L'intérêt à l'information d'un électeur sur la personnalité d'un candidat *:* CA Paris, 1ère ch., sect. B, 20 septembre 2001, n° 2000/14309 : *D.*, 2002, p. 2300, obs. A. LEPAGE ; crédibilité d'un témoignage apporté à un journaliste : CA Paris, 26 novembre 1990 : *Gaz. Pal.*, 1991, 1, somm. p. 221, infirmant TGI Paris, 25 octobre 1989 : *Gaz. Pal.*, 1990, 1, jurispr. p. 152.

129. – Le pseudonyme, autrefois de l'apanage des artistes ou des écrivains, connaît une popularisation par l'utilisation d'Internet. Alors employé par tout type de services numériques[550], le maquillage du nom peut certes répondre à des désirs de construction d'une véritable identité virtuelle, mais il s'agit principalement d'une volonté de soustraire son identité réelle du monde numérique. Le salarié, présent ou futur, ainsi doté d'un avatar, se sentira libre dans sa navigation sans crainte de conséquences délétères. Toutefois, le nom n'étant pas le seul critère d'identification, l'internaute désireux de conserver le mystère sur sa véritable identité se doit d'éviter l'existence d'autres indices permettant son identification. Ainsi, la moindre trace numérique d'un fragment de sa vie réelle constituera un élément qui viendra alimenter la représentation de sa personne sur la toile. Astreint à une certaine discipline comportementale, le risque de fuite reste néanmoins présent, ne serait-ce qu'en raison des divulgations non maîtrisées d'éléments de sa personne, réalisées par autrui : une photographie publiée, un message laissé, un site Internet l'identifiant. Absence de sécurité parfois désarmante, poussant certains à s'exclure totalement du paysage virtuel.

130. – D'autres éléments d'identification sont protégés *per se* contre l'investigation de tiers. La jurisprudence a ainsi admis dans le champ de protection de la vie privée : la date et le lieu de naissance[551], l'adresse de son domicile personnel[552], le numéro de téléphone[553] ou de sécurité sociale[554]. S'agissant des numéros, la question est toutefois sujette à débat, certains semblant les exclure de manière des droits de la personnalité : « si le nom était remplacé par un numéro matricule, concevrait-on que l'individu ait un droit sur lui ? »[555]. La question s'est posée au sujet des adresses « IP »[556]. La jurisprudence, se basant sur la définition des données personnelles issue de la loi « Informatique et libertés » de 1978, a choisi de l'écarter du champ de protection, la

---

550 Messageries, sites Internet, Réseaux sociaux, etc.

551 CA Paris, 4 novembre 1983 : *Gaz. Pal.*, 1984, 1, Somm. p. 201.

552 Cass. civ. 1ère, 19 mars 1991, n° 89-19.960, *Bull. civ. I*, 1991, n° 96 : *D.*, 1991, p. 568, note G. VELARDOCCHIO ; *RTD civ.*, 1991, p. 499, obs. J. HAUSER ; de telle sorte qu'un individu ne peut procéder à des investigations sur les conditions d'occupation d'un logement : Cass. civ. 1ère, 6 mars 1996, n° 94-11.273, *Bull. civ. I*, 1996, n° 124 : *D.*, 1997, p. 7, note J. RAVANAS.

553 Notamment quand l'individu a choisi de se placer sur liste rouge : CA Paris, 11 janvier 1990 : *D.*, 1990, inf. rap. p. 56 ; comp. T. corr. Briey, 15 sept. 1992 : *D.*, 1994, somm. p. 289, obs. H. MAISL – TGI Paris, 1ère ch., 1ère sect., 22 février 1995.

554 Cass. civ. 1ère, 9 décembre 2003, n° 01-11.587, *Bull. civ. I*, 2003, n° 254 : *Gaz. Pal.*, 2005, somm. p. 1399, obs. P. GUERDER ; *RTD civ.*, 2004, p. 264, obs. J. HAUSER.

555 F. LAROCHE-GISSEROT, « Nom – Prénom », *Rép. Droit civil*, Dalloz, spéc. n° 366.

556 Pour « Internet Protocol » : numéro d'identification qui est attribué de façon permanente ou provisoire à chaque appareil connecté à un réseau informatique utilisant l' « Internet Protocol ».

considérant comme une donnée « indirectement » personnelle[557]. Il est vrai que le numéro d'adresse IP semble moins évocateur que celui de sécurité sociale, ce dernier par sa composition comprenant intrinsèquement des éléments sensibles : sexe, date et lieu de naissance. Pourtant, la proposition de loi visant à garantir le droit à la vie privée à l'heure numérique, adoptée par le Sénat le 23 mars 2010, devait venir compléter la loi de 1978 et notamment la définition des données à caractère personnel en y ajoutant « tout numéro identifiant le titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne »[558]. Le but de cette disposition, tel que mentionné dans le rapport préparatoire, était de « clarifier le statut de l'adresse IP », cette dernière constituant « un moyen indiscutable d'identification, fût-elle indirecte, d'un internaute, au même titre qu'une adresse postale ou un numéro de téléphone »[559]. Cette proposition n'a pourtant jamais dépassé le stade de la première lecture par l'assemblée nationale. Toutefois, la jurisprudence européenne nous éclaire, un arrêt récent de la CJUE attribuant explicitement à l'« adresse de protocole internet dynamique » d'un visiteur d'un site Internet, la qualité de donnée à caractère personnel[560].

Néanmoins, la protection juridique ainsi accordée aux données d'identification n'élude pas le cadre restreint dans lequel est mis en œuvre l'anonymat.

B / Un anonymat restreint en pratique

131. – D'une part limité à la phase de recrutement, l'anonymat se heurte, d'autre part, à un problème d'effectivité et d'efficacité.

Difficilement dissimulables[561], les données d'identification du candidat à l'embauche sont habituellement délivrées volontairement et ce dès le début de la procédure, par le biais notamment du *curriculum vitae* adressé par le candidat ou des champs complétés sur les sites de recrutement en ligne. A ce titre, la pratique recommande davantage

---

[557] Question posée Dans une affaire de téléchargement illégal : CA Rennes, 3ème ch., 22 mai 2008, la Cour de cassation avait cassé l'arrêt sans pour autant se prononcer sur la question de savoir si l'adresse IP constituait une donnée indirectement nominative, Cass. crim., 13 janvier 2009, n° 08-84.088, *Bull. crim.*, 2009, n° 13 : *DA*, 12 février 2009, obs. J. DALEAU.

[558] Article 2 de la proposition de loi visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique, présentée par A.-M. ESCOFFIER et Y. DÉTRAIGNE.

[559] Rapport n° 330 (2009-2010), Ch. COINTAT, fait au nom de la commission des lois, déposé le 24 février 2010.

[560] CJUE, 19 octobre 2016, aff. C-582/14, *Patrick Breyer/Bundesrepublik Deutschland*.

[561] L'âge et le sexe constituent des critères visibles.

l'exhaustivité que la pudeur. L'omission de la date de naissance ou bien de la situation familiale sur un *curriculum vitae* n'est guère appréciée. Exception à la norme, cet écart conduira au rejet de la candidature, ou incitera le recruteur à tenter d'obtenir ces informations lors de l'entretien de sélection. L'absence de patronyme constitue alors une hérésie et ce malgré son potentiel discriminant[562]. Situation paradoxale, car ces critères ne doivent pas être pris en compte dans l'évaluation du candidat, sauf à constituer une discrimination.

132. – Ce paradoxe alimente les défenseurs du CV anonyme, qui y voient un moyen de limiter, ou à tout le moins de retarder la discrimination à l'embauche. Il est vrai que cette pratique ne prive guère l'employeur dans son évaluation et sa liberté de choix, puisque, d'une part, les données d'identification ainsi effacées n'ont *a priori* pas à être prises en compte dans l'évaluation de l'aptitude du candidat à l'emploi, et, d'autre part, la sélection sur CV constitue bien souvent qu'une première étape de la procédure de recrutement, les entretiens de sélection permettant de préciser le choix. Le législateur est donc intervenu[563], consacrant le droit à l'anonymat du candidat à un emploi. L'article L. 1227-1 du Code du travail prévoit que : « Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, les informations mentionnées à l'article L. 1221-6 et communiquées par écrit par le candidat à un emploi ne peuvent être examinées que dans des conditions préservant son anonymat »[564]. Consécration en demi-teinte car ne s'imposant qu'aux entreprises d'une certaine taille[565], et suspendu, dans son second alinéa, à la parution d'un décret en Conseil d'Etat, non paru à ce jour. Il est vrai que les premiers résultats des tests expérimentaux ne semblent guère concluants : « le CV anonyme n'améliore pas, en moyenne, les chances d'accéder à un entretien d'embauche pour les publics susceptibles d'être discriminés »[566]. Comptant jusqu'à présent sur la bonne volonté de certaines entreprises[567] ou sites de e-recrutement[568], le Conseil d'Etat a annulé le refus implicite du premier ministre de prendre le décret d'application de la loi sur le CV anonyme et l'a

[562] Cass. soc., 15 décembre 2011, n° 10-15.873, Inédit : comm. J. BOUTON, *RDT*, 2012, p. 291.
[563] Article 24 de la loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances.
[564] Modifié par la loi n°2012-387 du 22 mars 2012, article 43 : substitution de l'expression « doivent être examinées » par « ne peuvent être examinées que ».
[565] Il est difficile de mesurer en quoi une entreprise de taille plus modeste ne pourrait assurer une obligation similaire, par ailleurs non génératrice de coût supplémentaire.
[566] « Evaluation de l'expérimentation du CV anonyme », Pôle emploi, *Repères et analyses*, n° 28, juillet 2011.
[567] A l'instar des entreprises SSII Norsys ou bien encore AXA.
[568] TalJob, PileJob ou encore MyJobCompany.

enjoint de s'exécuter dans un délai de six mois[569]. Faute de décret, le législateur a simplement décidé d'abroger cette obligation[570], laissant néanmoins de manière symbolique la faculté aux entreprises[571]. La France a donc décidé de se couper d'un dispositif déjà présent dans d'autres pays européens[572].

[569] CE, 9 juillet 2014, n° 345253, 352987 et 373610.
[570] Article 48 de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.
[571] « Les informations mentionnées à l'article L. 1221-6 et communiquées par écrit par le candidat à un emploi peuvent être examinées dans des conditions préservant son anonymat ».
[572] Expérimentation en Allemagne depuis novembre 2010, et déjà en œuvre dans l'Administration fédérale en Belgique depuis 2005 pour le recrutement du personnel contractuel et la mobilité interne des fonctionnaires.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

133. – Le droit à la rétention d'informations personnelles constitue un premier rempart contre l'investigation de l'employeur dans la vie privée du salarié. Même si le droit au silence s'applique d'abord au candidat à l'embauche, cette prérogative concerne également le salarié. C'est en effet du droit de conserver le silence du premier que dépend en partie la protection de la vie privée du second, les informations révélées dès l'embauche pouvant produire des conséquences à retardement.

Conscient de cet enjeu, le « droit spécial » du recrutement permet d'encadrer le pouvoir d'investigation de l'employeur tant par le respect d'une obligation de transparence que par l'adoption d'une démarche pertinente. Cet encadrement spécifique ne saurait pour autant éluder le droit d'opposer le secret de sa vie privée, lequel demeure le principe et renforce le dispositif de protection de la vie privée du salarié.

CONCLUSION DU TITRE 1

134. – L'idée de l'existence d'un droit au secret de la vie privée dans la relation de travail, se matérialise par la faculté de rétention accordée au salarié sur ses informations personnelles. La mise en œuvre du pouvoir d'investigation de l'employeur implique son contrôle, lequel se manifeste principalement par l'adoption de dispositions dédiées à la phase de recrutement. Le candidat à l'embauche apparaît dès lors protégé contre le risque d'abus, ce qui garantit la sauvegarde de la vie privée du futur salarié. Toutefois, dans le cadre de la relation de travail, cette prérogative se heurte au pouvoir d'investigation de l'employeur. Si la reconnaissance de ce pouvoir se justifie par un objectif de protection des intérêts de l'entreprise, la volonté de protéger ceux des salariés peut également constituer un argument en faveur du droit au silence.
Au final, le droit au secret qui demeure le principe, se traduit par l'affirmation, pour le travailleur, d'un droit de se taire ou encore de conserver l'anonymat.

Ces éléments de protection s'avèrent toutefois partiels car ils ne s'intéressent qu'à la source première dont peuvent émerger les informations personnelles du salarié, à savoir l'individu lui-même. De plus, la protection se concentre sur le candidat à l'embauche, et le salarié astreint à une obligation de loyauté en raison de sa relation contractuelle apparaît démuni. En outre, la protection du secret ne saurait se reposer uniquement sur cette faculté de contrôle de l'individu, au risque d'occulter la responsabilité des personnes amenées à prendre connaissance de telles informations. Aussi, il convient de renforcer le droit du contrôle du salarié, par celui de maîtriser la divulgation des éléments appartenant à sa vie privée.

TITRE 2 : LE DROIT A LA NON DIVULGATION DES INFORMATIONS PERSONNELLES

135. – Composante du droit au respect de la vie privée, au même titre que le droit à la non-immixtion, « le droit de s'opposer à la divulgation de la vie privée, [est celui] qui a été reconnu le premier, parce qu'il est la généralisation de plusieurs droits particuliers, consacrés par la jurisprudence »[573]. En effet, « si la divulgation a d'abord attiré l'attention, c'est parce qu'elle est apparente et les investigations sont souvent occultées, et, comme telles, difficiles à appréhender par le droit »[574]. Ainsi, le droit au secret des correspondances, ou encore le droit de la personne sur son image[575], ont permis d'installer cette notion au cœur de la jurisprudence. Depuis, la multiplication des outils de divulgation a favorisé l'intégration d'autres droits particuliers.

136. – La divulgation recouvre alors plusieurs situations. L'action de divulguer, autrement dit de « rendre public »[576], peut être appréhendée de différentes façons selon l'auteur de cette révélation. En matière de droit au respect de la vie privée, l'étude de la divulgation amène naturellement à cibler l'hypothèse de la révélation d'une personne à une autre, d'une donnée concernant une tierce personne. Cette information ainsi diffusée pouvant résulter tant d'une investigation de la part du divulgateur[577] que faire suite à une première divulgation[578] émanant d'un tiers ou bien de la personne elle-même. Cette dernière faculté de divulgation « personnelle » renvoie alors au contrôle que l'individu détient sur ses éléments d'information. Elle peut toutefois être sujette à controverse, la frontière entre libération volontaire et provoquée de données personnelles étant parfois difficile à tracer. L'origine de la divulgation n'élude donc pas

[573] P. KAYSER, « Les droits de la personnalité, Aspects théoriques et pratiques », *op. cit*.
[574] P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée.*, *op. cit.*, spéc. p. 15, n°3 et note n° 12.
[575] Ce qui est considéré comme la première décision protectrice de la vie privée a ainsi reconnu le droit à la sœur d'une défunte, d'interdire à un peintre de reproduire l'image de cette dernière sur son lit de mort – Tribunal civil de la Seine du 16 juin 1858 *: D.*, 1858, 3, p. 62.
[576] Du latin *divulgare* : de *di* (préfixe), et *vulgus* (le public).
[577] Et pouvant dès lors caractériser une immixtion dans la vie privée de la personne.
[578] La doctrine utilise alors le néologisme « redivulgation », mais qui s'analyse juridiquement en une situation de divulgation.

le risque d'atteinte au droit au respect de la vie privée et nécessite une protection, laquelle découle de la mobilisation de différentes branches du droit.

137. – Ainsi, si la règle générale du droit au respect de la vie privée, prévue par l'article 9 du Code civil, trouve inévitablement à s'appliquer en matière de protection contre la divulgation, il convient également de puiser dans le droit spécial de la protection des données personnelles. D'ailleurs, comme le souligne certains auteurs, « en vertu de l'adage *specialia generalibus derogant*, le constat d'une atteinte aux données personnelles devrait imposer de recourir exclusivement aux textes protecteurs de ces données particulières, en excluant l'application de l'article 9 du Code civil »[579]. Néanmoins, « ces deux dispositifs n'étant pas exclusifs l'un de l'autre, le demandeur peut librement fonder sa demande sur le texte de son choix »[580]. Il convient en effet de souligner la complémentarité entre ces deux branches du droit, le droit de l'informatique ne trouvant à s'appliquer qu'en matière de traitements de données à caractère personnel[581], le droit civil s'intéressera à des litiges n'impliquant pas de tels procédés. De plus, l'objectif de prévention du risque de divulgation omniprésent dans les dispositions relatives à la protection des données personnelles, s'écarte de celui du droit civil, attaché à la réparation. Par ailleurs, le droit pénal trouve également à s'appliquer en matière de divulgation, et se trouve parfois sollicité par le législateur dans le domaine spécifique du droit de l'informatique et des libertés. Sa vocation répressive participe ainsi à compléter le dispositif de protection de la vie privée contre la divulgation.

Ces différentes branches ayant vocation à s'appliquer à toute relation interpersonnelle en matière de divulgation d'informations ou de données personnelles[582], investissent également le champ du droit social. Cette idée tend à se renforcer par le constat de la

---

[579] L. GRYNBAUM, C. LE GOFFIC, L. MORLET-HAÏDARA, *Droit des activités numériques*, Dalloz, Précis, 1ère éd., n° 1164.

[580] *Ibid.*

[581] Article 2 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (modifiée) : « Constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction ».

[582] Il n'a pas lieu de faire de distinction entre les notions d' « information » et de « donnée », même si on peut attribuer à cette dernière une certaine forme d'action, celle d'informer, et peut comporter davantage de sens qu'une simple donnée brute ; toutefois, le législateur tend à ne pas opérer de telle distinction, *cf* par exemple l'article 2 de la loi du 6 janvier 1978, *op. cit.* : « « Constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée… ».

présence réduite de dispositions spécifiques, tant en droit du travail, qu'en droit de la sécurité sociale[583]. La jurisprudence en matière de divulgation, même celle intéressant l'entreprise et le salarié, tend donc à dépasser l'unique compétence des juridictions spécialisées en matière sociale, et confirme ainsi l'hypothèse d'une protection générale du droit au respect de la vie privée du salarié.

138. – La conjonction de ces sources permettent dès lors d'assurer une protection de la vie privée par le biais de l'encadrement de la divulgation, en assurant à la personne un droit de contrôle de ses informations personnelles (chapitre 1), mais également en imposant une obligation de discrétion aux détenteurs de l'information (chapitre 2).

[583] Le droit de la santé venant apporter son soutien en matière de données de santé du salarié.

CHAPITRE 1 – UN DROIT DE CONTROLE DE L'INFORMATION PERSONNELLE

139. – Les informations ou données personnelles sujettes à la divulgation sont multiples. Elles divergent tant par leur origine[584], que par les personnes concernées[585], ou encore par leur nature[586]. La diversité est importante et appelle à étudier les mécanismes de protection, lesquels peuvent reposer en partie sur ces critères de différenciation. La notion de vie privée tend alors à donner de l'importance au périmètre de divulgation, public ou privé, mais également à s'intéresser aux conditions de cette divulgation. A ce titre, la place du consentement de la personne concernée constitue un élément décisif tant dans l'examen des responsabilités sous l'angle du droit civil ou pénal, que dans celui du degré de contrôle par l'individu de ses données personnelles. La protection conférée par le droit de l'informatique tend ainsi à se concentrer sur ce pouvoir de contrôle de l'information personnelle.

La notion de contrôle est duale, en ce qu'elle sous-entend à la fois, pour celui qui en dispose, une faculté d'évaluation, mais également un certain degré de maîtrise. La première dimension conditionne bien souvent, par la connaissance qu'elle confère, la mise en œuvre de la seconde. C'est ainsi que par la mesure opérée sur le périmètre de divulgation des informations personnelles, l'individu est susceptible de pouvoir juguler leurs flux. Il apparaît ainsi indispensable que la personne puisse d'abord évaluer (§1) puis maîtriser (§2) l'ensemble des informations en circulation qui la concerne.

[584] Elles peuvent ainsi provenir des personnes concernées mais également de tiers, eux-mêmes très divers.
[585] En droit du travail, il s'agira principalement des salariés, de l'entreprise ainsi que les organisations liées à la vie de l'entreprise.
[586] Sont ainsi visées tant les informations appartenant à l'intime que celles issues de la vie professionnelle, que celles considérées comme sensibles, ou encore celles de nature publiques.

SECTION 1 : LA CONSCIENCE DES ELEMENTS DIVULGUES

140. – La conscience de l'individu de l'information divulguée, par ses propres soins ou par autrui, passe nécessairement par l'expression de son consentement préalable (§1). Ce dernier ne lui ôte pour autant pas la possibilité de conserver un droit d'accès aux éléments ainsi divulgués (§2).

§1 : Le consentement préalable

141. – En tant que force d'opposition à la divulgation, le droit au respect de la vie privée implique, en cas de diffusion d'informations personnelles, la nécessité d'un consentement préalable du titulaire de ce droit. Si la référence à cette notion est récurrente dans la protection par le droit civil de la vie privée dans tous ses aspects, elle fait toutefois l'objet d'une attention particulière dans le droit de la protection des données personnelles, lequel apporte des éléments permettant de mieux cerner cette notion. L'information en constitue la garantie en ce qu'elle contribue à cette prise de conscience indispensable pour pouvoir exercer son droit à la non divulgation. Il apparaît donc nécessaire de s'assurer de l'existence d'un consentement (A), lequel repose notamment sur une information relative à la divulgation (B)

A/ L'assurance d'un consentement

142. – Le consentement est au cœur de la réglementation relative à la protection des données personnelles, en ce qu'il constitue une condition générale de licéité de tout traitement de données personnelles, que ce soit en droit interne[587] ou dans le droit de l'Union européenne[588]. Le qualificatif « indubitablement » choisi par le législateur européen renforce dès lors cette obligation, le moindre doute n'étant pas permis[589].

---

[587] Article 7 de la loi du 6 janvier 1978, *op. cit.*, modifié par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, article 2 : « un traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée »

[588] « Les États membres prévoient que le traitement de données à caractère personnel ne peut être effectué que si : a) la personne concernée a indubitablement donné son consentement » : Article 7 de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des

Preuve de l'importance du consentement, celui-ci semble particulièrement réclamé en matière de données considérées comme sensibles, c'est-à-dire des « données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci »[590], le droit européen prévoyant un « consentement explicite »[591], la loi quant à elle indiquant un « consentement exprès »[592].

Le consentement est également mobilisé tant par le droit civil que par le droit pénal, puisque son absence matérialise l'atteinte la vie privée [593]. A l'opposé, sa présence constitue un élément de justification : « en acceptant une atteinte matérielle à sa vie privée, le titulaire du droit la justifie : l'atteinte est légitime »[594].

143. – La notion de consentement laisse néanmoins subsister certains doutes quant à la validité de celui-ci. Ainsi, certains réclament une clarification des règles qui l'entourent, « afin de garantir qu'il est toujours accordé en connaissance de cause, et de s'assurer que

---

personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données.

[589] Cette formulation a toutefois disparu du nouveau règlement européen : « Le traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplie: a) la personne concernée a consenti au traitement de ses données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques » (Article 6 du règlement 2016/679/UE du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

[590] Article 8 §1 de la directive 95/46/CE ; Article 9 §1 du règlement 2016/679/UE ; Article 8 de la loi du 6 janvier 1978.

[591] Article 8 paragraphe 2 point a) de la directive 95/46/CE ; Article 9 paragraphe 2° point a) du règlement 2016/679/UE.

[592] Article 8, II, 1° de la loi du 6 janvier 1978.

[593] *Cf* not. Code pénal, Art. 226-1, art. 226-2 et art. 226-22 ; Loi du 29 juillet 1881, art. 39 bis, quinquies ; *cf* ég. en matière de droit à l'image : T. com. Seine, 26 février 1963 : *JCP G*, 1963, II, 13364 : "attendu que par un principe de droit établi par une jurisprudence constante, le photographié possède sur son image et sur l'usage qui en fait, un droit de propriété absolu, dont nul ne peut disposer sans son consentement" ; TGI Grasse, réf., 27 février 1971 : *JCP G*, 1971, II, 16734 : "attendu que toute personne possède sur son image et sur l'usage qui en est fait, un droit de propriété absolu dont nul ne peut disposer sans son consentement" ; TGI Paris, 31 octobre 1996 : *Légipresse*, 1997, I, p. 52 et III, p. 68 : "s'il est de principe que chacun possède, sur son image, et sur l'usage qui en est fait, un droit de propriété absolu dont nul ne peut disposer sans son consentement..." ; CA Paris, 1re ch., 6 octobre 1999 : *D.*, 2000, somm. p. 268, obs. A. Lepage : "La publication d'une vidéo, filmant un couple à l'issue de la cérémonie de leur mariage, sans leur consentement, constitue une atteinte au droit que les époux ont sur leur image et, même si la séquence a été tournée dans un lieu public, une atteinte ‡ leur vie privée par la révélation des circonstances intimes de leur union" (Il s'agissait, en l'espèce, de l'insertion d'un bout de la vidéo relative à la sortie des mariés de l'Église dans un film faisant la promotion de Guadeloupe) ; en matière de droit à l'anonymat : « La révélation, sans son consentement, du nom patronymique d'un artiste exerçant son activité sous le voile du pseudonyme porte alors atteinte à l'anonymat garanti par le droit au respect de la vie privée et ouvre droit à réparation » : CA Paris, 15 mai 1970, Jean Ferrat, *op. cit.*

[594] J.-Ch. SAINT-PAU, - « Jouissance des droits civils. – Droit au respect de la vie privée. – Régime. Atteinte légitime à la vie privée », Fasc. n° 15, *Jurisclasseur Civil Code, art. 9*, spéc. n°4.

l'intéressé est pleinement conscient qu'il donne son autorisation et sait de quel traitement il s'agit, conformément à l'article 8 de la Chartes des droit fondamentaux de l'Union européenne »[595]. Le droit de l'informatique apporte alors quelques éclairages, tant dans la définition que dans le mode de recueil de celui-ci. Le droit interne n'explicitant pas cette notion, la directive le définit comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement »[596]. Le règlement européen est venu compléter cette définition, le considérant comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement »[597]. Pris en connaissance de cause, le consentement doit également être libre, c'est-à-dire être accordé dans des conditions dépourvues de contraintes, mais également pouvoir être retiré à tout moment.

144. – S'agissant du contrat de travail, la question se pose de la liberté du consentement du salarié lors de la mise en place d'un traitement de données personnelles. Le rapport de subordination peut parfois fausser cette liberté, et l'absence d'accord du salarié au moment de l'embauche peut paraître délicate. Une protection peut être assurée par l'évaluation de la nécessité du traitement dans le cadre de l'exécution du contrat de travail. En effet, si le traitement devient licite dès lors qu'il s'avère être « nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci »[598], écartant ainsi tout besoin de recueillir un consentement préalable de la personne concernée, l'absence d'un telle qualité réclame à l'inverse, impérativement son accord préalable[599]. Cette question n'est pour le moment pas étudiée par la jurisprudence ou par la CNIL car le contrôle de finalité et de proportionnalité opéré sur les différents traitements mis en place dans

[595] Commission européenne, « Une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne », Rapport, 2010.
[596] Art. 2, h) de la directive 95/46/CE.
[597] Article 4 du règlement 2016/679/UE.
[598] Article 6, 1° b) du règlement 2016/679/UE.
[599] Article 7, 4° du règlement 2016/679/UE : « Au moment de déterminer si le consentement est donné librement, il y a lieu de tenir le plus grand compte de la question de savoir, entre autres, si l'exécution d'un contrat, y compris la fourniture d'un service, est subordonnée au consentement au traitement de données à caractère personnel qui n'est pas nécessaire à l'exécution dudit contrat ».

l'entreprise, évalue d'une certaine façon le degré de nécessité de ceux-ci. La question s'est notamment posée s'agissant des systèmes de géolocalisation découlant des services proposés à l'employeur par des opérateurs de communications électroniques, et notamment par le biais des téléphones ou ordinateurs mis à la disposition des salariés. La loi du 9 juillet 2004 a alors établi une distinction entre l'abonné, qu'est l'employeur, et l'utilisateur, en la personne du salarié : « L'abonné peut retirer à tout moment et gratuitement, hormis les coûts liés à la transmission du retrait, son consentement. L'utilisateur peut suspendre le consentement donné, par un moyen simple et gratuit, hormis les coûts liés à la transmission de cette suspension »[600]. Même si le consentement ne semble pas réclamé au préalable, il doit être permis au salarié de pouvoir déconnecter temporairement ce système lorsqu'il ne se situe pas dans le cadre de ses fonctions ou durant son temps de travail. Cette faculté est d'ailleurs préconisée par la CNIL en matière de géolocalisation des véhicules[601]. Néanmoins, le doute demeure en ce que « le salarié, utilisateur du portable, pourrait cependant "suspendre un consentement"... qu'il n'aurait *pas donné ? »*[602].

145. – Si la place du consentement du salarié peut parfois paraître limitée en matière de traitement de données, elle demeure néanmoins un prérequis nécessaire en matière de divulgation. Une information spécifique semble donc nécessaire.

B / Une information relative à la divulgation

146. – La recherche d'un consentement éclairé nécessite une information pertinente de la personne faisant l'objet d'une divulgation de ses informations personnelles, et particulièrement des éléments participant plus ou moins à déterminer le périmètre de

---

[600] Article 10 de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle.

[601] « Les employés doivent avoir la possibilité de désactiver la fonction de géolocalisation des véhicules, en particulier à l'issue de leur temps de travail ou pendant leurs temps de pause, le responsable de traitement pouvant, le cas échéant, demander des explications en cas de désactivations trop fréquentes ou trop longues du dispositif » : article 6, délibération n° 2015-165 du 4 juin 2015 portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics ou privés destinés à géolocaliser les véhicules utilisés par leurs employés (norme simplifiée n° 51)

[602] J.-E. RAY, « Géolocalisation, données personnelles et droit du travail », *Dr. soc.*, 2004, p. 1077.

divulgation. Le droit de la protection des données en fait ainsi une obligation incontournable incombant au responsable de traitement.

Il s'agit en premier lieu pour ce dernier d'informer le titulaire des données personnelles sur les personnes amenées à en prendre connaissance, ou susceptibles d'y avoir accès : le responsable du traitement lui-même et son éventuel représentant, mais également les destinataires ou les catégories de destinataires des données[603].

De plus, les informations délivrées par le responsable de traitement doivent également permettre à la personne concernée de pouvoir juger de la portée des données qu'elle aura consenties à délivrer. Ainsi, la connaissance de la finalité poursuivie par le responsable de traitement participe à l'appréciation du traitement lui-même, tant dans sa mise en œuvre que dans les éventuels effets de celui-ci, et permet donc d'identifier indirectement ceux qui pourraient en avoir l'utilité.

147. – En second lieu, sans pour autant mobiliser expressément la notion de divulgation, certaines dispositions traitent de telles situations. La communication auprès de tiers est ainsi expressément visée par le législateur[604]. Ainsi, en matière de collecte indirecte de données[605], le responsable de traitement est astreint à communiquer les mêmes informations qu'en matière de collecte directe, mais « dès l'enregistrement des données ou, si une communication de données à un tiers est envisagée, au plus tard lors de la première communication de données ». Par ailleurs, la divulgation est également présente en matière de transfert de données entre États situés hors de l'Union européenne. Dans ce cas, le consentement de la personne, qu'il soit indubitable[606] ou exprès[607], s'avère nécessaire.

La question du transfert des données, et donc des personnes pouvant y avoir accès, intéresse également les situations de sous-traitance. La possibilité étant prévue par la loi[608], cette dernière impose que le sous-traitant présente « des garanties suffisantes

---

[603] Article 10 de la directive 95/46/CE ; Article 32 de la loi du 6 janvier 1978 ; Article 13 du règlement 2016/679/UE.

[604] Article 11 de la directive 95/46/CE ; Article 32, III de la loi du 6 janvier 1978.

[605] Lorsque celles-ci « n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée », dispositions *op. cit.*

[606] Article 26, paragraphe 1, de la directive 95/46/CE : « a) la personne concernée ait indubitablement donné son consentement au transfert envisagé ».

[607] Article 69 de la loi du 6 janvier 1978 : « si la personne à laquelle se rapportent les données a consenti expressément à leur transfert ».

[608] Article 35 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée : « Les données à caractère personnel ne peuvent faire l'objet d'une opération de traitement de la part d'un sous-traitant, d'une personne agissant sous l'autorité

pour assurer la mise en œuvre des mesures de sécurité et de confidentialité mentionnées à l'article 34 », en soulignant que le responsable de traitement en demeure le garant. Si la relation contractuelle prévoit nécessairement un lien d'autorité et donc de direction entre le donneur d'ordre et le sous-traitant[609], la qualification de ce rapport contractuel ne lie pas le juge. Ainsi, ne peut écarter sa qualité de responsable de traitement, la holding ayant délégué à ses filiales le traitement de données alors qu'elle agissait en tant que donneur d'ordre en déterminant les finalités et les moyens du traitement[610].

148. – L'information constitue ainsi le facteur déterminant de l'appréhension du périmètre de divulgation. Point central du consentement éclairé, son non-respect, sanctionné pénalement[611], constitue en outre un critère de validité du traitement de données. A défaut d'informations suffisantes permettant de garantir un consentement éclairé, le caractère déloyal[612] du traitement ne saurait le rendre opposable à la personne. Il est donc compréhensible que l'obligation d'informer s'étende aux prérogatives permettant une évaluation des éléments d'information déjà en circulation.

§2 : L'accessibilité aux données

149. – Le droit d'accès constitue une garantie de transparence imposée par le législateur (A). Ce dernier l'a néanmoins limité, dans un souci de proportionnalité entre les droits et obligations des différents acteurs en présence (B).

---

du responsable du traitement ou de celle du sous-traitant, que sur instruction du responsable du traitement ».

[609] « Le sous-traitant ne peut agir que sur instruction du responsable du traitement » : article 35, *op. cit.*

[610] CE, 10ème et 9ème réunies, 12 mars 2014, n° 354629 : *AJDA*, 2014, p. 1589.

[611] L'article R. 625-10 du Code pénal prévoit une contravention de 5ème classe.

[612] Article 10 de la directive 95/46/CE : « (…) dans la mesure où, compte tenu des circonstances particulières dans lesquelles les données sont collectées, ces informations supplémentaires sont nécessaires pour assurer à l'égard de la personne concernée un traitement loyal des données. »

A / Une accessibilité garantie

150. – Le droit d'accès permet à l'individu de pouvoir prendre connaissance des informations sur sa personne, détenues par d'autres que lui. Il ne se limite pas pour autant à une simple interrogation du contenu, le législateur ayant prévu un large spectre d'informations accessibles, conférant ainsi à la personne une pleine conscience des éléments d'information divulgués, ainsi que de leur potentiel de divulgation[613]. Ainsi, au-delà du contenu, il s'agit d'abord de pouvoir remonter aux sources d'informations venant l'alimenter, par l'accès aux « origines des données »[614]. Par ailleurs, l'information disponible s'étend nécessairement à l'utilisation qui peut en être faite. Les textes prévoient ainsi une information relative à l'existence d'un traitement ou non s'appliquant aux données conservées, ainsi que, le cas échéant, sa finalité. La mesure de l'utilisation implique également de mettre à disposition les informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé en cas de décision prise sur le fondement de celui-ci et produisant des effets juridiques à l'égard de l'intéressé. Il s'agit en outre de permettre d'évaluer le périmètre de divulgation, et partant de vérifier les destinataires ou les catégories de destinataires auxquels les données sont communiquées, ainsi que, le cas échéant, les transferts de données à caractère personnel envisagés à destination d'un Etat non membre de la Communauté européenne.

151. – Ce droit d'« interroger » tout responsable de traitement est par ailleurs facilité. Tout d'abord, sa mise en œuvre étant conditionnée à sa connaissance effective, une obligation d'information de ce droit est dévolue au responsable de traitement[615]. Le Conseil d'Etat a ainsi rappelé l'importance de la qualité de l'information, suffisamment complète pour permettre au salarié une plein conscience de ses droits[616]. Il en est de

---

[613] Article 12 de la directive 95/46/CE ; Article 39 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée.

[614] Modification apportée par loi n° 2004-801 du 6 août 2004 - art. 5 JORF 7 août 2004 ; auparavant l'accès aux sources était exclue par la jurisprudence et la doctrine : CE, 16 janv. 1985, n° 46591 : *Gaz. Pal.*, 1985, 2, Panor. 413, obs. Ph. GRAVELEAU ; *a contrario*, s'agissant des dispositifs d'alerte professionnelle, la CNIL considère que le droit d'accès des personnes ne peut porter sur l'identité de l'émetteur de l'alerte : Délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle, JORF, 4 janvier 2006, Annexe, 11°.

[615] Articles 10 et 11 de la directive 95/46/CE ; Article 32 de la loi n° 78-17 modifiée.

[616] CE, 20 octobre 2010, n° 327016 : *JCP E*, Chr. Droit de l'informatique, 2011, n° 1859, ont été jugées insuffisantes des informations contenues dans une charte informatique ne comportant aucune mention

même en matière d'alerte professionnelle, les personnes faisant l'objet d'une alerte devant disposer d'une information « claire et complète » sur leurs droits d'accéder aux données les concernant et d'en demander la rectification ou la suppression[617].
Si cette obligation doit normalement intervenir préalablement à tout traitement, le droit d'accès constitue dès lors « une sorte de rattrapage du non-respect de cette obligation initiale »[618]. En effet, la personne pourra en user à tout moment, lui assurant ainsi une vigilance constante, précisément en cas d'évolution du contenu ou de l'utilisation de ses données. Néanmoins, une asymétrie d'information peut être caractérisée, car seul le responsable du traitement dispose d'une réelle connaissance du système d'information et de son évolution. La demande s'exerçant sans « contrainte »[619], la CNIL a rappelé à juste titre que la personne n'a pas « à justifier d'un intérêt pour motiver sa demande »[620][621].

152. – Le droit d'accès nécessite alors la formulation d'une demande, laquelle doit obtenir une réponse dans un délai maximal de deux mois, à condition toutefois que les données soient disponibles[622]. La demande peut être formulée par écrit ou sur place. Dans ce dernier cas, la personne doit pouvoir être en mesure de consulter en direct les informations, à l'écran ou aux moyens d'éditions papier, le temps nécessaire devant lui être donné pour la consultation ou le recopiage des données. Une copie des informations doit également être possible, le coût pouvant lui être réclamé ne devant pas excéder celui de la reprographie.
En parallèle, les fichiers intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique[623], pouvant être consultés lors du recrutement, de l'agrément ou de

---

aux dispositions relatives au droit d'accès et de rectification, et d'autre part une contrat de travail ne faisant qu'indiquer sur le salarié « dispose d'un droit d'accès et de rectification sur les informations nominatives le concernant en écrivant à la Direction des ressources humaines ».
[617] Ni le règlement intérieur qui se limite à rappeler l'existence de ces droits, ni le courrier adressé aux salariés pour les informer de l'existence « d'une ligne d'assistance téléphonique » n'apportent sur ces points essentiels de réelles informations : CA Caen, 23 sept. 2011 : sur legalis.net [consulté le 10.10.2016], sur appel de TGI Caen, 5 novembre 2009 : *JCP E*, 2010, n° 1470, § 8.
[618] L. GRYNBAUM, C. LE GOFFIC, L. MORLET-HAÏDARA, *op. cit.*, spéc. n° 1122.
[619] Article 10 de la directive 95/46/CE.
[620] Délibération n° 80-10 du 1er avril 1980 portant Recommandation relative à la mise en œuvre du droit individuel d'accès aux fichiers automatisés, JORF, 29 mai 1980, p. 1319.
[621] A la différence du droit d'opposition : *cf infra*, n° 133 et s.
[622] Eu égard à leur durée de conservation parfois réduite : *cf infra* n° 215.
[623] Tels que fichiers de police et de gendarmerie, fichiers de renseignement, Système d'Information Schengen, etc.

l'habilitation pour l'exercice de certains emplois publics ou privés[624], ou bien encore pour la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour, font l'objet d'un régime particulier[625]. Le fichier des comptes bancaires (FICOBA) de l'administration fiscale relève également de cette procédure pour ce qui concerne les données relatives à l'identification des comptes bancaires.
Si un droit d'évaluer est également reconnu pour ce type de données, l'intermédiation réalisée par un magistrat de la Commission d'accès contribue à le qualifier de droit d'accès « indirect ».

153. – Malgré des efforts de transparence émanant des entreprises, des réticences subsistent parfois à répondre aux demandes d'accès émanant de salariés. Initialement la CNIL estimait que la personne pouvait « à titre exceptionnel »[626] la saisir, « en particulier en l'absence de localisation du fichier ou de refus opposé »[627]. La Commission a également eu l'occasion d'user de son pouvoir de sanction en condamnant un employeur ayant refusé d'accéder à la demande d'un salarié de lui transmettre la copie des données de géolocalisation du véhicule qu'il utilisait à des fins professionnelles[628].
Ce qui pouvait paraître restrictif, puisque conditionné, semble désormais plus accessible si l'on en croit les communications plus récentes de la CNIL relatives au droit d'accès. Ainsi, la personne est en droit de la saisir dans les cas suivants : le défaut de réponse à la demande d'accès à l'expiration du délai de deux mois, le refus de consultation sur place ou de remise de copie, ou encore en cas de réponse incomplète[629]. L'obligation d'information s'étend également à son caractère intelligible. S'appuyant sur l'article R. 625-11, 4° du Code pénal[630], la Cour de cassation a ainsi sanctionné des informations transmises ne se présentant pas « sous forme directement intelligible »[631].

---

[624] Ex : agent de sécurité privée, transporteurs de fonds, personnel intervenant en zones aéroportuaires ou en centrales nucléaires, militaires, fonctionnaires de police, agents de police municipale...
[625] Articles 41 et 42 de la loi n° 78-17 modifiée.
[626] Délibération de la CNIL, *op. cit.*
[627] *Ibid.*
[628] CNIL, décision n° 2012-213, 22 juin 2012.
[629] Guide CNIL, « Droit d'accès », 2015, p. 7 ; disponible sur le site de la CNIL : www.cnil.fr [consulté le 10.10.2016].
[630] Lequel retient de manière plus laconique « sous une forme accessible ».
[631] Cass. crim., 6 mai 2008, n° 07-82.000, *Bull. crim.*, 2008, n° 102 ; *Comm. com. électr.*, 2008, comm. 117, A. LEPAGE ; *D.*, 2008, p. 1555, note C. GIRAULT ; *JCP G*, 2008, IV, 2105.

154. – Au-delà des données détenues par son employeur, le salarié peut également vouloir accéder à celles conservées par les organismes sociaux. Les caisses de sécurité sociale ont été très tôt astreintes de satisfaire de la même manière aux demandes d'accès émanant des assurés sociaux[632]. Cette obligation a été étendue à l'ensemble des organismes[633] ayant accès au Répertoire national commun de protection sociale[634], mais également spécifiquement à ceux en charge de l'assurance vieillesse[635].

S'agissant de la médecine du travail, et notamment des demandes d'accès du salarié à son dossier médical de santé au travail, des règles spécifiques s'appliquent, liées au caractère sensible des informations de santé, mais également en raison de la coexistence de plusieurs sources de dispositions en la matière. En effet, d'abord, le droit de la santé garantie la connaissance au patient de son état de santé par l'accès aux informations qui y ont trait[636], ainsi qu'une obligation de communication de la part des établissements de santé[637]. Ensuite, les dispositions spécifiques en matière de dossier médical de santé au travail (DMST) permettent également au travailleur d'en demander la communication[638]. Enfin, l'article 43 de la loi « Informatique et libertés » réglemente

---

[632] Circulaire CNAMTS, n° 388/80 du 28 juillet 1980 relative aux « modalités d'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ».

[633] Article L. 114-12-1 du Code la sécurité sociale, parmi lesquels figurent notamment : les organismes chargés de la gestion d'un régime obligatoire de sécurité sociale, les caisses assurant le service des congés payés, les organismes chargés de la gestion d'un régime de retraite complémentaire ou additionnel obligatoire ou bien encore Pôle emploi.

[634] Article R. 114-32 du Code de la sécurité sociale, créé par le décret n° 2009-1577 du 16 décembre 2009 relatif au Répertoire national commun de la protection sociale : « Les organismes contributeurs (…) donnent à leurs ressortissants une information sur les données accessibles dans le cadre du RNCPS. Cette information précise : 1° Que le droit d'accès prévu à l'article 39 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée s'exerce auprès de la Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés ».

[635] Article R. 161-15 du Code de la sécurité sociale.

[636] Article L. 1111-7 du Code de la santé publique : « Toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé détenues, à quelque titre que ce soit, par des professionnels et établissements de santé, qui sont formalisées ou ont fait l'objet d'échanges écrits entre professionnels de santé, notamment des résultats d'examen, comptes rendus de consultation, d'intervention, d'exploration ou d'hospitalisation, des protocoles et prescriptions thérapeutiques mis en œuvre, feuilles de surveillance, correspondances entre professionnels de santé, à l'exception des informations mentionnant qu'elles ont été recueillies auprès de tiers n'intervenant pas dans la prise en charge thérapeutique ou concernant un tel tiers ».

[637] Article L. 1112-1 du Code de la santé publique : « Les établissements de santé, publics ou privés, sont tenus de communiquer aux personnes recevant ou ayant reçu des soins, sur leur demande, les informations médicales définies à l'article L. 1111-7. Les praticiens qui ont prescrit l'hospitalisation ont accès, sur leur demande, à ces informations. Cette communication est effectuée, au choix de la personne concernée, directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle désigne ».
Les établissements de santé proposent un accompagnement médical aux personnes qui le souhaitent lorsqu'elles demandent l'accès aux informations les concernant.
Le refus de cet accompagnement ne fait pas obstacle à la consultation de ces informations. (…) ».

[638] Article L. 4624-2 du code du travail.

spécifiquement la situation des données de santé[639]. Cette disposition n'apparaît que complémentaire, le droit au patient de connaître son état de santé primant alors sur le droit d'accès aux informations le concernant : « Même si le droit à l'accès aux informations concernant sa santé permet effectivement à une personne d'être informée, le plus souvent *a posteriori*, il ne saurait se substituer au droit de la personne à l'information sur son état de santé, que la loi du 4 mars 2002 réaffirme solennellement »[640]. Quelque soit le fondement retenu, la personne a accès personnellement, de manière directe ou par un l'intermédiaire de son choix[641], aux « informations auxquelles est donné un support (écrit, photographie, enregistrement, etc.) avec l'intention de les conserver et sans lequel elles seraient objectivement inaccessibles »[642]. Les informations de santé bénéficient d'un délai de réponse réduit : de 48h à 8 jours, 2 mois en cas d'informations anciennes de plus de 5 ans[643].

155. – Le droit d'accès apparaît ainsi comme un outil indispensable à l'évaluation par le salarié des informations en circulation qui le concernent. Néanmoins, cette faculté n'est pas absolue, les intérêts du responsable de traitement ayant été également pris en compte par le législateur.

B / Une accessibilité atténuée

156. – Si toute personne physique peut user de son droit d'accès sans avoir à motiver sa demande, le responsable de traitement peut « s'opposer aux demandes manifestement abusives, notamment par leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique »[644]. Le caractère répétitif peut d'abord prendre en compte les délais de réponse accordés au

---

[639] « Lorsque l'exercice du droit d'accès s'applique à des données de santé à caractère personnel, celles-ci peuvent être communiquées à la personne concernée, selon son choix, directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle désigne à cet effet, dans le respect des dispositions de l'article L. 1111-7 du code de la santé publique ».

[640] Arrêté du 5 mars 2004 portant homologation des recommandations de bonnes pratiques relatives à l'accès aux informations concernant la santé d'une personne, et notamment l'accompagnement de cet accès, JORF, 17 mars, p. 5206, Préambule.

[641] Autrefois le médecin intermédiaire était obligatoire : art. 40 dans sa version d'origine, modifié par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 - art. 14 JORF 5 mars 2002, devenu art. 43 par la loi n°2004-801 du 6 août 2004 - art. 5 JORF 7 août 2004.

[642] Arrêté op. cit.

[643] *Ibid.*

[644] Art. 39, II, *op. cit.*

responsable de traitement : deux mois, étendu à trois mois en cas de procédé de mise à jour des données à date fixe. De même, une réponse différée est admise « lorsque les informations sont l'objet d'une communication systématique à chaque personne concernée au moins une fois l'an »[645]. Ainsi semble revêtir un caractère abusif, une « demande d'une copie intégrale d'un enregistrement tous les 3 mois »[646]. *A contrario*, une entreprise ne peut refuser une communication au salarié, au motif d'avoir déjà honoré une première demande à l'endroit de l'avocat de celui-ci, le droit d'accès étant distinct de la procédure de communication de pièces liée au contentieux prudhommal[647].

La CNIL tente d'éviter des contraintes excessives au responsable de traitement, éludant le caractère automatique du droit d'accès. Elle estime ainsi « qu'il n'est pas souhaitable d'inciter les responsables des fichiers à prévoir systématiquement des interrogations à partir du nom patronymique ou du numéro national d'identité en vue de faciliter l'exercice du droit d'accès »[648].

Les modalités d'interrogation des bases de données ont toutefois évolué. Si le traitement d'une demande d'accès pouvait au début des années 1980 nécessiter l'emploi de moyens humains et matériels parfois importants, ces derniers sont de nos jours réduits à leur portion congrue. L'instantanéité et le coût nul de la recherche ont alors conduit les organisations à proposer à leurs salariés ou à leurs usagers un accès automatisé après identification, à leurs données personnelles.

157. – D'autres exceptions prévues par l'article 39 de la loi « Informatique et libertés » viennent également limiter le droit d'accès. Ainsi, d'une part, le responsable de traitement est autorisé à refuser le droit d'accès « lorsque les données à caractère personnel sont conservées sous une forme excluant manifestement tout risque d'atteinte à la vie privée des personnes concernées et pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux seules finalités d'établissement de statistiques ou de recherche scientifique ou historique ». Cette dernière disposition doit sans doute être appréciée de manière restrictive, notamment par la présence de l'adverbe « manifestement », et qui peut expliquer en partie son absence de mobilisation.

---

[645] Délib CNIL, *op. cit.*
[646] Guide CNIL « Droit d'accès », *op. cit.*, spéc. p. 6.
[647] CE, 20 oct. 2010, *op. cit.*
[648] Délib. CNIL, *op. cit.*

D'autre part, le refus sera également justifié en raison de la protection du droit d'auteur, notamment lorsque des données détenues proviennent de sources protégées par le droit, en particulier celui de la presse.

158. – Par ailleurs, la CNIL impose d'autres limites à l'exercice du droit d'accès. Ainsi, « sauf demande spéciale motivée, soumise le cas échéant, à l'appréciation de la Commission, le responsable du traitement n'est pas tenu de donner suite aux demandes concernant les catégories d'informations suivantes : informations archivées qui ne sont plus habituellement l'objet de traitements ; informations estimatives ou prévisionnelles tant que celles-ci ne sont pas opposées à la personne concernée »[649].
S'agissant de la première exception, cette position de la CNIL[650] semble ne plus correspondre aux dispositions de la loi de 1978, l'article 39, 1° prévoyant « une information relative à l'existence d'un traitement ou non s'appliquant aux données ainsi conservées ». Il apparaît ainsi contradictoire d'admettre la possibilité de pas communiquer le contenu non traité alors que la personne est en droit de pouvoir savoir si les données en font l'objet.

159. – Concernant la seconde exception, les informations qualifiées d'« estimatives » peuvent reposer sur des éléments d'informations obtenus par des résultats de traitements. Ainsi, par exemple, la combinaison du sexe, de l'âge, de la situation familiale pourra alimenter les probabilités de départ en congé maternité d'une salariée, dans le cadre de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, générant dès lors de nouvelles données et soulevant la question de leur accès. La CNIL rappelle à juste titre que le droit d'accès s'applique également aux informations sur lesquelles le responsable du fichier s'est fondé pour prendre une décision concernant la personne. Ainsi, les valeurs de classement annuel, parfois appelées *ranking*, ou de potentiel de carrière sont communicables aux salariés si elles ont servi à prendre une décision à leur égard, comme par exemple, une promotion, une augmentation, un changement d'affectation[651]. Néanmoins, en matière de ressources humaines, les salariés ne peuvent accéder aux données prévisionnelles de carrière (potentiel de carrière, classement)[652]. Toutefois, les

[649] *Ibid.*
[650] Antérieure à la modification de l'article 39 opérée en 2004.
[651] CNIL, 11 mai 2011, communiqué.
[652] *Ibid*.

informations de nature comportementale concernant le salarié sont soumises à des conditions particulières que la CNIL a pu rappeler à propos d'une segmentation comportementale de la clientèle d'une banque [653]. Ainsi, « aucune décision administrative ou privée impliquant une appréciation sur un comportement humain ne peut avoir pour seul fondement un traitement automatisé d'informations donnant une définition du profil ou de la personnalité de l'intéressé » [654]. En effet, la Commission considère que « la définition ou la description des segments ne doit pas être formulée de telle façon qu'il en résulterait des décisions inéluctables à l'égard des personnes concernées ou des instructions tendant à l'exclusion systématique de tous les membres d'un même segment ». Par ailleurs, elle a également précisé que si « une décision est opposée au client sur le fondement de la segmentation comportementale, celui-ci doit pouvoir connaître et éventuellement contester les informations et les raisonnements utilisés dans le traitement ».

160. – Enfin, certaines restrictions au droit d'accès existent concernant les données du dossier médical de santé au travail (DMST), lesquelles ne sont pas consultables par le travailleur. En effet, à la différence par exemple du dossier médical personnel (DMP)[655], véritable carnet de santé informatisé dont le patient à l'entière maîtrise, le DMST est alimenté par le médecin du travail sous son contrôle et sa responsabilité. Si le travailleur peut choisir de ne pas lui révéler certains éléments de sa santé et donc conserver une certaine maîtrise du contenu, le médecin du travail va parfois compléter le dossier d'éléments autres que ceux délivrés par le patient, et notamment certaines notes personnelles : « c'est dans la mesure où certaines des notes des professionnels de santé ne sont pas destinées à être conservées, réutilisées ou le cas échéant échangées, parce qu'elles ne peuvent contribuer à l'élaboration et au suivi du diagnostic et du traitement ou à une action de prévention, qu'elles peuvent être considérées comme « personnelles » et ne pas être communiquées : elles sont alors intransmissibles et inaccessibles à la personne concernée comme aux tiers, professionnels ou non »[656].

---

[653] CNIL, délibération n°93-032 relative au contrôle effectué le 2 octobre 1992 à la Caisse Régionale de Crédit Agricole de la Dordogne.
[654] Article 2, alinéa 2 de la loi du 6 janvier 1978.
[655] Créé par la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, le DMP a pour but de mettre à disposition des professionnels de santé, avec l'accord préalable du patient, des informations médicales en provenance d'autres professionnels de santé définissant un profil médical de chaque patient.
[656] Arrêté du 5 mars 2004, *op. cit.*

161. – Malgré ces tempéraments, le droit d'accès reste largement ouvert aux salariés et leur permet, en plus de la garantie d'un consentement préalable, de pouvoir disposer d'une pleine conscience des informations personnelles en circulation. Un premier degré de contrôle leur est donc accordé, celui-ci leur permettant de tendre vers un certain niveau de maîtrise.

SECTION 2 : LA MAITRISE DES ELEMENTS DIVULGUES

162. – Conscient des informations personnelles en circulation, l'individu doit pouvoir disposer des moyens d'action suffisants lui permettant d'opérer les ajustements qu'il jugera nécessaires. Encore une fois, le cadre législatif en matière de protection des données personnelles fournit certains éléments, accordant à la personne certaines prérogatives comme celle de s'opposer, de rectifier, voir d'effacer. Bien entendu, ces mesures d'ordre général ont également vocation à s'appliquer à la personne du salarié, moyennant la prise en compte de la spécificité de la relation de travail. Il convient alors que le salarié puisse être en mesure de contrôler l'utilisation (§1) mais également le contenu (§2) des données personnelles détenues par autrui.

§1 : Le contrôle de l'utilisation des données personnelles

163. – Le contrôle s'exprime par la faculté de s'opposer, c'est à dire d'exprimer un refus au traitement de données personnelles (A). Il s'applique donc également en matière de divulgation (B).

A / Une opposition au traitement

164. – Expression négative d'un consentement, le droit d'opposition vise à priver *a priori* le responsable de traitement de toute utilisation non consentie des données personnelles ainsi transmises. Le droit d'opposition doit en principe pouvoir s'exprimer

dès la collecte des informations, le responsable de traitement étant astreint à s'assurer que « l'intéressé est en mesure d'exprimer son choix avant la validation définitive de ses réponses »[657]. Il en va de même lorsque la collecte des données s'effectue par voie orale, l'intéressé devant être « mis en mesure d'exercer son droit d'opposition avant la fin de la collecte des données le concernant »[658]. Spécifiquement prévu en matière commerciale[659], cette obligation semble néanmoins amenée à s'étendre à tout type de traitement. Ainsi, l'article 19 du règlement européen prévoit une obligation générale d'information « au plus tard au moment de la première communication avec la personne concernée », explicitement porté à son attention et « présenté clairement et séparément de toute autre information »[660].

S'exerçant « à tout moment »[661], le refus peut également s'exprimer ultérieurement. N'offre ainsi plus cette garantie une société qui supprime aux personnes qu'elle prospecte la possibilité de s'opposer au traitement par le biais d'une case à cocher et la remplace par une simple mention d'information[662]. Le droit d'opposition ne peut néanmoins être cantonné à un droit exercé *a posteriori* : « l'importance du fait que le consentement soit un acte positif exclut *de facto* tout système par lequel la personne concernée n'aurait le droit de s'opposer au transfert qu'après qu'il a eu lieu »[663]. Ainsi, le droit d'opposition « ne doit pas être confondu avec le consentement »[664].

165. – Le terme d'opposition a été expressément retenu par le législateur, l'article 38 de la loi « Informatique et libertés » prévoyant que « toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ». De même, l'article 14 de la Directive de 1995 accorde à la personne concernée le droit : « de s'opposer à tout moment, pour des

---

[657] Article 96 du décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés modifié par le décret n° 2007-451 du 25 mars 2007.
[658] *Ibid.*
[659] L'article 96 ne s'appliquant qu'au second alinéa de l'article 38, en matière de données utilisées à des fins de prospection.
[660] Article 19 du règlement 2016/679/UE.
[661] Article 14 de la directive 95/46/CE ; Article 21 du règlement 2016/679/UE.
[662] CNIL, délibération n° 97-012, 18 février 1997, confirmée par CE, 30 juillet 1997, n° 182400, *Sté Consodata c/ CNIL* ; *JCP G*, 1997, II, 22950, note J. FRAYSSINET.
[663] WP 114 – Document de travail du groupe de travail « Article 29 » relatif à une interprétation commune des dispositions de l'article 26, paragraphe 1, de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995.
[664] Groupe de travail « article 29 » sur la protection des données, Avis n° 15/2011 sur la définition du consentement, 13 juillet 2011, spéc. p. 11.

raisons prépondérantes et légitimes tenant à sa situation particulière, à ce que des données la concernant fassent l'objet d'un traitement ».

L'élément justificatif de l'exercice de ce droit apparaît immédiatement dans les textes, le soumettant à une légitimité des motifs poussant à sa mise en œuvre, et le distinguant du droit d'accès alors dénué d'une telle exigence. Le caractère « prépondérant » qui apparaît en plus en droit communautaire semble renforcer le degré d'exigence. A l'inverse, le règlement européen tend à adoucir les conditions en retenant « des raisons tenant à sa situation particulière »[665]. Ce dernier adopte par ailleurs une conception élargie du traitement en prévoyant expressément le « profilage »[666] pouvant en découler[667].

166. – Parmi les motifs justifiant l'exercice du droit d'opposition, la loi du 6 août 2004 est venue modifier l'article 38 de la loi de 1978[668], en transposant l'exception prévue par l'article 14 de la directive en matière de prospection, notamment commerciale. La démarche d'opposition visant à restreindre les traitements de données à usage commercial semble donc se justifier par son objet. Hors de ce champ, la jurisprudence a admis dans un premier temps, certains motifs au cas par cas[669], relevant de la vie privée du demandeur, avant d'intégrer de manière plus globale le risque d'atteinte à la vie privée en tant que justification[670]. Cette position s'est par la suite élargie, probablement sous l'influence de l'évolution législative. La Cour de cassation considère aujourd'hui que l'existence de motifs légitimes « est remplie par le seul exercice de la faculté, pour la personne concernée, de s'opposer au traitement de données nominatives »[671]. Cette position protectrice a pu faire l'objet de certaines critiques, la qualifiant alors de

---

[665] Article 21 du règlement 2016/679/UE.

[666] Le dictionnaire Le Larousse en donne une définition plutôt accusatrice : « En criminologie, établissement du profil psychologique d'un individu recherché (tueur en série, notamment), en fonction des indices recueillis par les services d'enquête ».

[667] *Ibid.*

[668] Article 38, al. 2 : La personne objet du traitement « a le droit de s'opposer, sans frais, à ce que les données la concernant soient utilisées à des fins de prospection, notamment commerciale, par le responsable actuel du traitement ou celui d'un traitement ultérieur ».

[669] Est légitime, la demande d'un dirigeant de société, dont les coordonnées personnelles avaient été rendues publiques par *Infogreffe*, de s'opposer à cette publication, pour des raisons de sécurité liées à son ancien emploi à la Défense nationale : CA Paris, 1ère ch., sect. A, 22 juin 1993, X c/ Y : *JCP E*, 1994, n° 359, chron. M. VIVANT et C. LE STANC.

[670] Cass. crim., 29 juin 1999, n° 97-84.166, *Bull. crim.*, 1999, n° 158 : *D.*, 1999, inf. rap. p. 244 ; *JCP E*, 1999, n° 1705 ; *Gaz. Pal.*, 15 févr. 2000, n° 46, p. 17, note J.-P. DOUCET.

[671] Cass. crim., 28 septembre 2004, n° 03-86.604*, Bull. crim*, 2004, n° 224 : *D.*, 2004, p. 3038 ; *JCP G*, 2004, IV, 3265 ; *Dr. pén.*, 2005, comm. 18, obs. M. VÉRON ; *Comm. com. électr.*, 2005, alerte 60, obs. M.-A. LEDIEU.

« libérale »[672] voire de « laxiste »[673]. Toutefois, la transposition de cette faculté à la relation de travail demeure incertaine, l'opposition à un traitement ayant passé l'examen de finalité et de proportionnalité se révélant délicate, et appelant nécessairement une certaine exigence de justification de la part du salarié qui souhaiterait s'y opposer. Ainsi, s'agissant des dispositifs de géolocalisation des véhicules utilisés par les salariés, la CNIL a pu préciser la nécessité d'une information obligatoire du salarié d'un « droit d'opposition pour motif légitime »[674]. Le motif de protection de la vie privée serait alors soumis à l'appréciation du juge, par la mise en balance des intérêts entre ce besoin exprimé par le salarié et la nécessité du traitement pour l'entreprise.

167. – L'opposition à la collecte et au traitement constituent un premier niveau de contrôle du salarié sur ses données personnelles. Agissant sur la quantité d'informations collectées ou traitées, l'individu restreint *de facto* une potentielle divulgation. Le droit de contrôle ne saurait se cantonner à cette prérogative, la divulgation faisant l'objet en elle-même d'une faculté d'opposition.

B / Une opposition à la divulgation

168. – Si le terme de divulgation n'est pas expressément mobilisé par le législateur en matière de protection des données personnelles, certaines dispositions impliquent la présence d'une telle dimension.

D'une part, elle se retrouve parmi les actions constitutives de traitements de données, et notamment « la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion »[675]. Chacune de ces opérations

---

[672] R. PERRAY, « Données à caractère personnel », *J.-Cl. Communication*, Fasc. n° 4720.

[673] L. GRYNBAUM, C. LE GOFFIC, L. MORLET-HAÏDARA, *op. cit.*, spéc. n° 1122.

[674] Article 6 de la Délibération n° 2015-165 du 4 juin 2015 portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics ou privés destinés à géolocaliser les véhicules utilisés par leurs employés (norme simplifiée n° 51)

[675] Article 2 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée : « Constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction. »

conduisant ainsi à la transmission de données à des tiers, le refus du salarié exprimé à leur encontre induit dès lors une opposition à la divulgation des données en faisant l'objet.

D'autre part, la divulgation se rencontre dans un autre droit, celui à l'effacement ou à l'oubli[676]. La distinction de ce dernier avec le droit d'opposition est plus franche en droit européen[677], la loi française faisant figurer cette faculté de demander l'effacement des données parmi d'autres prérogatives, réunies sous un droit de rectification des données personnelles : « Toute personne physique justifiant de son identité peut exiger du responsable d'un traitement que soient, selon les cas, rectifiées, complétées, mises à jour, verrouillées ou effacées les données à caractère personnel la concernant, qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées, ou dont la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite »[678]. Pourtant, la jurisprudence semble préférer se référer au droit d'opposition, en cas de demande de désindexation ou de déréférencement d'un site Internet[679]. De même concernant un moteur de recherche, le tribunal de commerce de Paris a ainsi ordonné, au titre de l'article 38 de la loi modifiée du 6 janvier 1978[680], de supprimer l'association du nom d'une personne à des condamnations pénales[681], induisant alors un problème de fondement textuel[682]. Néanmoins, en matière de demande de déréférencement, la mobilisation du droit d'opposition à un traitement constitue un préalable nécessaire, en ce que, d'une part, la mise en œuvre du droit de rectification nécessite au préalable l'existence d'un traitement, et, d'autre part, en ce que le référencement est assimilé à un traitement[683]. Ainsi, il n'apparaît pas choquant que la jurisprudence puisse invoquer simultanément ces deux dispositions[684]. A l'opposé, la CNIL, militant pour la reconnaissance d'un droit

---

[676] *cf* l'intitulé de l'article 17 du règlement 2016/679/UE: « Droit l'effacement ("droit à l'oubli") ».
[677] Article 17, *op. cit.*
[678] Article 40 de la loi du 6 janvier 1978.
[679] TGI Montpellier, ord. réf., 28 octobre 2010 : *Comm. com. électr.*, 2011, comm. 47, note A. LEPAGE ; *RLDI*, avr. 2011, chron. 2317, p. 67
[680] Lequel prévoit justement le droit de s'opposer….
[681] T. com. Paris, 1ère ch., 28 janvier 2014, *X c/ Google Inc. et Google France* : www.legalis.net [consulté le 10.10.2016] ; *RLDI*, avr. 2014, n° 3438, p. 57, obs. L. COSTES ; *RLDI*, juin 2014, n° 3494, p. 36, note M. COMBE.
[682] Dans ce sens, *cf Comm. com. électr.*, 2011, comm. n° 47, A. Lepage.
[683] *Cf* not. CJCE, 6 novembre 2003, aff. C-101/2001, *Lindqvist c/ Suède* : l'opération consistant à faire référence, sur une page Internet, à diverses personnes et à les identifier soit par leur nom, soit par d'autres moyens, par exemple leur numéro de téléphone ou des informations relatives à leurs conditions de travail et à leurs passe-temps, constitue un "traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie" au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 95/46 /CE.
[684] CJUE, 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, pt 82 – CNIL, Décision de la Cour de justice de l'Union

au déréférencement, y voit pourtant plus un simple corollaire du droit d'effacement[685]. L'adoption d'un droit à l'oubli[686] permettrait alors de constituer un fondement, autonome du droit d'opposition et du droit de rectification[687], ce que semble avoir choisi le législateur européen[688].

169. – Indépendamment de la question du fondement juridique, la jurisprudence a progressivement mis en exergue des éléments permettant de justifier l'opposition à la divulgation. Ainsi a-t-elle pu retenir le risque d'atteinte à la vie privée[689], le caractère outrageant de la publication[690], le risque de sanction disciplinaire émanant d'instances administratives[691], ou encore le risque d'atteinte à la réputation ou à la notoriété[692].
Cette dernière justification semble impliquer de manière plus systématique une mise en équilibre[693] des intérêts en présence, par la prise en compte du droit de communiquer des informations, ou encore la liberté de recevoir et de rechercher l'information. Cet équilibre s'examine alors « dans des cas particuliers, [au regard] de la nature de l'information en question et de sa sensibilité pour la vie privée de la personne concernée ainsi que de l'intérêt du public à disposer de cette information, lequel peut varier,

européenne, 16 mai 2014 : les moteurs de recherche doivent respecter le "droit à l'oubli" : www.cnil.fr. – CNIL, Décision de la Cour de justice européenne : des lignes directrices du G29 pour une approche commune du droit à l'oubli, 6 juin 2014 : www.cnil.fr ; *JCP E*, 2014, act. 374 ; *JCP G*, 2014, 629, obs. F. PICOD ; *AJDA*, 2014, p. 1147, M. AUBERT, E. BROUSSY et H. CASSAGNABÈRE ; *JCP E*, 2014, 1326, note M. GRIGUER ; *JCP E*, 2014, 1327, note G. BUSSEUIL ; *Gaz. Pal.*, 19 juin 2014, n° 170, p. 3, obs. C. KLEITZ ; *RLDI*, juin 2014, n° 3500, p. 51, obs. L. COSTES ; *D.*, 10 juill. 2014, p. 1477, note V.-L. BÉNABOU et J. ROCHFELD ; *D.*, 10 juillet 2014, p. 1481, note N. MARTIAL-BRAZ et J. ROCHFELD ; *JCP G*, 2014, n° 26, 768, note L. MARINO ; *RLDI*, juillet 2014, n° 3535, p. 68, note C. CASTETS-RENARD ; *RLDI*, juill. 2014, n° 3536, p. 76, note D. FOREST ; *RLDI*, juillet 2014, n° 3537, p. 87, note A. CASANOVA ; *Comm. com. électr.*, 2014, étude 13, A. DEBET.

[685] CNIL, conférence de presse, 23 avril 2013, Présentation du 33ème rapport d'activité 2012, disponible sur http://www.cnil.fr [consulté le 10.10.2016].

[686] En droit interne : *cf* Proposition de loi, Sénat, n° 93, 6 nov. 2009 ; O. PROUST, État des lieux sur la proposition de loi du Sénat visant à modifier la loi « Informatique et libertés », *RLDI*, 2009/55, n° 1823, p. 39 ; Projet de loi pour une République numérique [actuellement en voie d'adoption], l'article 19 prévoyant un droit à l'oubli pour les mineurs.

[687] Sur une comparaison de ces dispositions avec les récentes modifications du droit californien en la matière , C. CASTETS-RENARD, G. VOSS, « Le "droit à l'oubli numérique" en Europe et en Californie », *RLDI*, 2014/100, n° 3323.

[688] Article 17 du Règlement 2016/679/UE.

[689] A propos d'une demande de désindexation : CA Montpellier, 5ème ch., sect. A, 15 décembre 2011, n° 11/02945, Jean-Marc D c/ JFG Networks ; *RLDI*, janvier 2012, n° 2644, p. 59, note L. COSTES ; *Comm. com. électr.*, 2012, comm. 41, A. DEBET.

[690] CA Besançon, 31 janvier 2007 : *D.*, 2007, p. 2771, obs. A. LEPAGE.

[691] En l'occurrence des Conseils de l'ordre des professions libérales concernées par l'affaire : CNIL, délibération n° 2014-041, 29 janvier 2014 – CNIL, Sanction contre l'association Juricom et associés, 10 mars 2014 : disponible dur http://www.cnil.fr [consulté le 10.10.2016].

[692] T. com. Paris, 1ère ch., 28 janvier 2014, *op. cit.*

[693] R. HARDOUIN, « La recherche d'un équilibre entre les libertés publiques sur internet : l'effet sur les moteurs de recherche en matière de déréférencement », *RLDI*, 2013/96, n° 2309.

notamment, en fonction du rôle joué par cette personne dans la vie publique »[694]. Une attention est alors accordée aux conséquences de la divulgation, à l'instar des effets délétères en matière de recherche d'emploi, motif qui semble obtenir l'assentiment de la jurisprudence[695].

Cette volonté conciliatrice semble également guider le juge en matière de protection de données sensibles.

170. – Les données de santé font l'objet de dispositions spécifiques en matière de droit d'opposition. L'article L. 1110-4 du Code de la santé publique prévoit ainsi que « la personne, dûment informée, peut refuser à tout moment que soient communiquées des informations la concernant à un ou plusieurs professionnels de santé ». Ce droit s'applique alors à toutes les données médicales, y compris celles figurant dans le dossier médical de santé au travail. En cas de refus émanant de la personne, quant à une communication de telles données, il appartient au juge de mettre en balance les intérêts en présence. Ainsi, les assureurs estimant légitime leur requête, et essuyant une opposition de la part de l'assuré, doivent saisir le juge afin qu'il ordonne une expertise judiciaire et autorise l'expert à accéder au dossier médical[696]. Même si le juge ne peut contraindre un médecin à lui transmettre des informations couvertes par le secret lorsque la personne concernée ou ses ayants droit s'y sont opposés, il lui appartient cependant, lorsqu'il est saisi sur le fond, d'apprécier si cette opposition tend à faire respecter un intérêt légitime ou à faire écarter un élément de preuve et d'en tirer toute conséquence[697].

Par ailleurs, il doit également être mentionné l'exception prévue par l'article R. 315-1-1 du Code de la sécurité sociale permettant au service du contrôle médical de la sécurité sociale, dans le cadre de leurs missions d'analyses, de consulter les dossiers médicaux des patients ayant fait l'objet de soins dispensés par le professionnel concerné au cours de la période couverte par l'analyse. Rien ne leur interdit de pouvoir procéder à de tels

---

[694] CJCE, *op. cit.*

[695] TGI Paris, 19 décembre 2014, *Marie-France M. c/ Google France Google Inc.*

[696] Cass. civ. 1ère, 14 mars 2000, n° 97-21.581, *Bull. civ. I*, 2000, n° 87.

[697] Cass. civ. 1ère, 15 juin 2004, n° 01-02.328, *Bull. civ. I*, 2004, n° 171, p. 142 : arrêt rendu en matière d'assurance couvrant les risques invalidité et décès : ainsi, s'agissant d'un médecin conseil d'une caisse de mutualité sociale agricole ayant refusé à l'expert la communication de son rapport médical, le juge a pu décider qu'en l'absence de toute justification qui ait pu être contradictoirement débattue, la décision de la caisse de mutualité sociale agricole sur le taux d'incapacité permanente de la victime d'un accident du travail est inopposable à l'employeur : Cass. civ. 2ème, 22 novembre 2007, n° 06-18.250, *Bull. civ. II*, 2007, n° 261 : *D.*, 2008, 506, obs. J. PENNEAU ; *Dr. Soc.*, 2008, p. 260, comm. J. SAVATIER.

contrôles auprès de la médecine du travail, et donc de disposer d'informations médicales sur les salariés.

171. – Hors des intérêts légitimes précités, il paraît difficile de passer outre le droit d'opposition à la divulgation de données personnelles qui serait exprimé par un salarié. Par ailleurs astreint à une obligation de discrétion[698], l'employeur doit se montrer vigilent dans la communication des données concernant le salarié, que ce soit vers l'extérieur de l'entreprise ou en interne[699].

L'employeur saisi d'une demande d'opposition sera alors tenu d'informer, sans délai, tout autre responsable de traitement qu'il aurait rendu destinataire des données personnelles qu'une personne concernée a fait jouer son droit d'opposition[700]. Bien évidemment, lorsque ce droit d'opposition a été exercé, le responsable du traitement initial ne peut plus continuer à transmettre à des tiers les données personnelles qu'il viendrait à collecter[701].

Néanmoins, le plus souvent le refus s'exprimera à travers l'absence de consentement préalable. Par exemple, s'agissant des images du salarié, constituant également un élément identifiant soumis aux règles de protection des données, l'employeur devra ainsi demander l'autorisation au salarié d'utiliser son image et ne pas méconnaître la portée de cette autorisation[702].

172. – L'opposition légitime ainsi exprimée par le salarié lui confère un droit de s'opposer à la divulgation ou à l'utilisation de ses données personnelles. La maîtrise de celles-ci ne saurait être complète sans la faculté d'en contrôler le contenu.

---

[698] *Cf infra*, n° 187 et s.

[699] Diffusion sur l'Intranet de l'entreprise, courriels ou notes internes, etc.

[700] Article 97 du décret du 20 octobre 2005, *op. cit.*

[701] Par exemple sur les abonnés à la liste orange : CA Rennes, 3ème ch., 6 février 1996, *France Télécom c/ Bargain* : *LPA*, 2 juin 1997, n° 66, p. 11, note M.-G. CHOISSY ; *cf* ég. Cass. com., 6 mai 1996, n° 94-13.347, *France Télécom c/ Sté Communication Media Services (CMS)*, *Bull. civ. IV*, 1996, n° 125 ; CA Versailles, 2 juillet 1997, *Filetech* : *LPA*, 1997, n° 138, p. 7, note M.-G. CHOISSY ; Cass. crim., 29 juin 1999, n° 97-84.166 *op. cit.*

[702] CA Toulouse, ch. 4ème, sect. 2, 17 juin 2005 : protection de l'image du salarié sur le fondement de l'article 9 du Code civil, le salarié ayant été photographié lors de l'exécution de son contrat de travail dans les locaux professionnels de l'employeur, pour illustrer un article relatif à son assemblée générale ; TGI Paris, 22ème ch., sect. B, 15 mai 2001 : *Comm. com. élec.*, 2001, comm. n° 118, A. LEPAGE : un salarié a obtenu 250 000 F (38 112 €) à titre de dommages-intérêts, après avoir constaté que son ancien employeur qui l'avait licencié pour faute grave continuait d'utiliser sa photographie, à des fins publicitaires, sur le site internet de l'entreprise ainsi que sur des plaquettes. Les juges ont considéré qu'en raison de la rupture du contrat de travail, la continuation de l'exploitation des photographies sur l'un ou l'autre de ces supports imposait de s'enquérir de l'accord du salarié.

§2 : Le contrôle du contenu des données personnelles

173. – L'accès à l'information permet d'en connaître précisément le contenu. L'individu est alors en mesure d'« exiger » d'y apporter les modifications qu'il souhaite. Réunies sous la notion de droit de rectification[703], l'article 40 de la loi « Informatique et libertés » prévoit un ensemble d'actions, les données personnelles pouvant être « selon les cas, rectifiées, complétées, mises à jour, verrouillées ou effacées »[704]. Ainsi, l'action de « rendre droit »[705] coexiste avec d'autres prérogatives, lesquelles intègrent de manière plus globale un droit à la modification.

Cette confusion semble s'expliquer par l'étude des objectifs liés aux demandes de modification, permettant de contrôler tantôt la fiabilité du contenu (A), tantôt la pertinence de celui-ci (B). Ces deux motivations se réunissent en ce qu'elles tendent alors à rétablir à sa juste place[706], autrement dit « rectifier », l'information personnelle détenue par autrui.

A / Un contrôle de fiabilité

174. – De la fiabilité des données dépend la validité du traitement. En effet, l'article 6, 4° de la loi de 1978 rappelle qu'un traitement ne peut reposer que sur des données qui « sont exactes, complètes et, si nécessaire, mises à jour ». Il appartient au responsable de traitement de s'en assurer : « les mesures appropriées doivent être prises pour que les données inexactes ou incomplètes au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou traitées soient effacées ou rectifiées ». Le responsable de traitement a donc tout intérêt à permettre le contrôle par la personne du contenu de ses données personnelles. En ce sens, la loi rappelle les caractères de l'information, susceptibles à l'inverse d'atténuer cette fiabilité : les informations peuvent s'avérer être

[703] Le regroupement des prérogatives accordées par l'article 40 sous la notion de « droit de rectification » est largement présente : tant dans la plume du législateur (cf not. art. R. 114-32 du Code de la sécurité sociale : « le droit de rectification prévu à l'article 40 »), que dans la doctrine (cf not.) ou bien encore la jurisprudence (cf not.) ; *cf* ég. Article 16 du règlement 2016/679/UE.
[704] Art. 40 de la loi du 6 janvier 1978, créé par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, art. 5, JORF 7 août 2004.
[705] E. Littré, *Dictionnaire de la langue française, op. cit.* « rectifier » : du latin : *rectus* (droit) et *facere* (faire).
[706] Considérée comme telle par l'individu.

« inexactes, incomplètes, équivoques, périmées »[707]. De ces caractères découle alors la faculté pour l'individu d'exercer des modifications sur ses données personnelles.

175. – Ne nécessitant pourtant pas de justification préalable dans sa mise en œuvre, excepté celle de l'identité du demandeur, le droit de modifier le contenu semble néanmoins dépendre de l'existence d'au moins un des défauts mentionnés. Le Conseil d'Etat a ainsi pu rejeter le motif d'incomplétude avancé par un instituteur spécialisé, lequel souhaitait l'ajout de la mention « psychologue » sur son bulletin de paie, eu égard notamment à la nature et à la finalité du fichier à partir duquel sont édités les bulletins de paie des agents de l'éducation nationale[708]. Le défaut n'étant pas retenu, le responsable de traitement a pu opposer un refus à cette demande.

Par ailleurs, un deuxième contrôle est opéré au niveau de la modification demandée. En effet, cette dernière doit être appropriée en vue, d'une part, de parvenir à gommer le défaut constaté, mais également, d'autre part, d'éviter toute action disproportionnée. Ainsi, le caractère inexact et équivoque des informations ne peut être invoqué pour exiger leur retrait mais seulement leur rectification ou clarification[709]. Chaque défaut semble donc appeler son action corrective : une information inexacte doit être rectifiée, une information équivoque doit être clarifiée, une information incomplète doit être complétée, et une donnée périmée doit en principe être effacée.

L'article 40 de la loi rappelle qu' « en cas de contestation, la charge de la preuve incombe au responsable auprès duquel est exercé le droit d'accès ». Il lui est donc conseillé de constituer de manière préalable, des éléments justifiant son refus d'accéder à une demande de modification de données personnelles, ceci même dans le cas où il serait établi « que les données contestées ont été communiquées par l'intéressé ou avec son accord »[710]. Si ce tempérament permet de pouvoir renverser la charge de la preuve, encore faut-il pouvoir établir la preuve de l'origine des données et donc du défaut de fiabilité[711].

---

[707] Article 40, *op. cit.*
[708] CE, 17 avril 1991, n° 89872.
[709] CE, 30 novembre 1994, n° 143107 : *AJDA*, 1995, p. 567, obs. J. FRAYSSINET.
[710] Art. 40, *op. cit.*
[711] La signature des formulaires de collecte de données, ainsi que leur conservation, paraissent ainsi indispensables.

176. – A défaut d'opposition justifiée, le responsable de traitement se doit d'apporter les modifications demandées, et ce qu'elle que soit l'impact réel du changement. Ainsi, le fait qu'il ait été donné satisfaction aux vœux d'affectation de l'intéressé n'exempt pas le responsable de traitement d'opérer la modification du code postal demandée par un agent de l'éducation nationale[712]. Il doit par ailleurs s'assurer de la diffusion du changement opéré à l'ensemble des tiers auxquels l'information avait pu être initialement communiquée[713], ces derniers devant également procéder « sans délai à la rectification »[714].

Il n'appartient cependant pas au responsable de traitement[715] de communiquer au demandeur le fichier rectifié[716]. L'intéressé pourra alors user de son droit d'accès à des fins de vérification. Il est toutefois nécessaire que ce dernier soit assuré de la prise en compte de sa demande. Aussi, « le responsable du traitement doit justifier, sans frais pour le demandeur, qu'il a procédé aux opérations exigées en vertu de l'alinéa précédent »[717].

177. – La fiabilité permet ainsi d'écarter certains risques d'inexactitude ou d'incomplétude de l'information. Elle évite en outre un défaut de pertinence[718]. Cette dernière fait toutefois l'objet d'un examen autonome.

---

[712] CE, 20 octobre 1999, n° 196702, *Rec. Lebon*, 1999.

[713] Art. 40, *op. cit.* : « Si une donnée a été transmise à un tiers, le responsable du traitement doit accomplir les diligences utiles afin de lui notifier les opérations qu'il a effectuées conformément au premier alinéa ».

[714] Article 99 du décret du 20 octobre 2005 modifié, *op. cit.*

[715] Sauf dispositions particulières concernant notamment les organismes de protection sociale. Par exemple en matière d'assurance vieillesse : article R. 161-15 du Code de la sécurité sociale : « En cas de rectification par un organisme ou un service en charge de la gestion d'un régime visé par la demande des données afférentes à la carrière du bénéficiaire, cet organisme ou ce service informe le bénéficiaire de la rectification ainsi que, s'il y a lieu, l'organisme ou le service ayant envoyé ou remis l'information générale, les simulations, le relevé ou l'estimation ou ayant réalisé l'entretien. Ce dernier organisme ou service adresse au bénéficiaire les documents rectifiés, au plus tard à la date d'envoi du relevé ou de l'estimation prévus au septième ou au huitième alinéa de l'article L. 161-17 de l'année suivant celle au cours de laquelle il a été informé de la rectification ».

[716] Il n'appartient non plus pas au juge d'enjoindre le responsable de produire le fichier rectifié à l'intéressé : CE, 20 oct. 1999, *op. cit.*

[717] Art. 40, *op. cit.*

[718] L'inexactitude entraînant *de facto* le défaut de pertinence.

B / Un contrôle de pertinence

178. – L'examen de la pertinence se réalise de manière constante[719] et ne se limite pas à la prise de connaissance des données personnelles[720]. A l'instar de l'évaluation de la prise de connaissance, la pertinence concerne tant les données elles-mêmes, que leur traitement.

179. – S'agissant en premier lieu des données, il convient de distinguer celles présentant un défaut de pertinence du fait de leur nature même, de celles pouvant se révéler inappropriées.
L'article 40 de la loi de 1978 rappelle la possibilité d'opérer un contrôle sur les données dont « la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite ». Il convient alors de se référer à l'exclusion de principe de certaines données : « il est interdit de collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci »[721]. Les données « ethno-raciales » en constituent une illustration. La CNIL a notamment exprimé son refus quant à la création d'un référent national "ethno racial" et à l'intégration dans les fichiers des entreprises de données sur l'ascendance des personnes[722]. Le Conseil constitutionnel, amené à se prononcer sur un projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile[723], a alors adopté une position similaire, en censurant les dispositions de l'article 63 du projet, lequel aurait permis aux entreprises de pouvoir mettre en place des outils statistiques se basant sur de tels critères, notamment dans l'objectif de lutte contre les discriminations[724]. Il a par ailleurs profité de l'occasion pour accroître les difficultés d'utilisation de telles données, ajoutant aux conditions posées par l'article 8 de la loi de

---

[719] En raison notamment du droit d'accès et de modification accordés au titulaire des données.
[720] *Cf supra*, n° 96 et s.
[721] Article 8 de la loi du 6 janvier 1978.
[722] CNIL, délibération n° 2007-233, 24 septembre 2007 : *cf* C. TORRÈS, « La mesure de la diversité sociale au sein des entreprises et la protection des données personnelles : une question sensible », *Gaz. Pal.*, 24-25 octobre 2008, p. 26.
[723] Adoptée par la suite : loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.
[724] Cons. Const., 15 novembre 2007, n° 2007-557 DC : Ch. WILLMANN, « Statistiques ethniques en entreprise : le Conseil constitutionnel pose de nouvelles conditions », *Dr soc.,* 2008, p. 166.

1978[725], le caractère d'objectivité des données sur lesquelles reposent les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration.

Les entreprises doivent donc faire preuve de précautions face à de telles données, d'autant que leur responsabilité pénale peut parfois être retenue sur le fondement de la discrimination, la preuve même en matière pénale pouvant parfois être relativement aisée. Ainsi, l'apposition de mentions « BBR » (« Bleu-Blanc-Rouge »[726]) ou « NBBR » (« Non BBR ») sur les dossiers de candidatures ont pu constituer un élément probant permettant de caractériser une offre d'emploi discriminatoire[727].

Si le défaut de pertinence résulte dans ce cas d'un défaut de légalité, il peut également trouver sa source dans l'écoulement du temps.

180. – Les données « périmées » font partie de celles pouvant faire l'objet d'une demande de modification par leur titulaire, laquelle consistera nécessairement en un effacement. Il convient en effet de distinguer les informations souffrant d'inexactitude, en raison d'un défaut de mise à jour, appelant une simple rectification, de celles dont la simple présence n'est plus appropriée, et nécessitant ainsi leur suppression. Cette action semble alors se justifier puisque bien qu'obsolètes, ces informations sont encore susceptibles d'être utilisées ou tout simplement connues. La CNIL a ainsi condamné une société prétendant développer une activité économique basée sur le traitement des données personnelles, en ce qu'elle « a permis la diffusion de données périmées, provoquant des préjudices d'image et de réputation aux personnes concernées, susceptibles d'être d'autant plus grands que les informations et images figurant sur des réseaux sociaux ou des blogs, par nature, évoluent très rapidement »[728].

L'actualisation des données doit donc pouvoir être facilitée, que ce soit par le titulaire, ou des tiers, tels que les ayants-droit. Ainsi, « les héritiers d'une personne décédée

---

[725] Notamment l'interdiction de la collecte des données ethniques sauf consentement exprès, ainsi que le procédé d'anonymisation.

[726] En l'occurrence dont l'apparence physique laissait supposer une nationalité française…

[727] Cass. crim. 23 juin 2009, n° 07-85.109, *Bull. crim*, 2009, n° 126 : *JCP S*, 2009, n° 1502, comm. Y. PAGNERRE ; *RDT*, 2009, p. 722, obs. J.-B. THIERRY ; rappr. CA Nîmes, 22 novembre 2002, n° 1239/02, pour un critère excluant les « autochtones », *D.*, 2003, p. 2920, obs. L. GAMET.

[728] CNIL, délibération n° 2012-156 du 1er juin 2012 portant avertissement à l'encontre de la société YATEDO France.

justifiant de leur identité[729] peuvent, si des éléments portés à leur connaissance leur laissent présumer que les données à caractère personnel la concernant faisant l'objet d'un traitement n'ont pas été actualisées, exiger du responsable de ce traitement qu'il prenne en considération le décès et procède aux mises à jour qui doivent en être la conséquence »[730]. Cette faculté peut trouver une application croissante, notamment en matière de réseaux sociaux. La CNIL a récemment soulevé la question de l'identité numérique *post-mortem*[731], le profil du défunt continuant d'exister, à défaut de fin programmée. Ne pouvant exercer les droits du titulaire des données, et en l'absence d'expression de la volonté du défunt, les héritiers peuvent uniquement demander une mise à jour des données auprès du responsable de traitement[732]. La CNIL rappelle toutefois qu'elle veille au respect des durées de conservation des données, ces dernières devant être non excessives eu égard à la finalité du traitement[733], et « s'intéresse à l'effacement, la suppression, le déréférencement ou la désindexation des personnes décédées »[734], ces dernières actions constituant les manifestations concrètes du droit à l'oubli.

181. – En second lieu, la pertinence s'évalue également au regard du traitement dont font l'objet les informations en cause. L'article 6, 3° de la loi de 1978 rappelle ce lien, les données devant être : « adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs ». La donnée ne révèle son défaut de pertinence qu'en raison du traitement opéré sur elle. Le constat du non respect cette condition ne peut donc se réaliser qu'une fois que le traitement a été effectué. Tel est le cas en matière de divulgation, les demandes d'effacement de données étant formulées dès lors que ces dernières ont été révélées ou rendues à nouveau publiques. Le droit à l'oubli pose ainsi la question de la pertinence de ces communications, les confrontant à d'autres intérêts tels que le droit à l'information. La

[729] « Outre la justification de l'identité, la preuve de sa qualité par la production d'un acte de notoriété ou d'un livret de famille » : Article 14 du décret du 25 mars 2007 modifiant l'article 100 du décret du 20 octobre 2005, *op. cit.* ; le Conseil d'Etat a d'ailleurs étendu leurs prérogatives au droit d'accès : CE, 29 juin 2011, n° 339147.
[730] Article 40 de la loi du 6 janvier 1978, *op. cit.*
[731] CNIL, Rapport d'activité 2014, p. 73.
[732] Les sites Internet permettant la constitution de profils, notamment les réseaux sociaux, ont mis en place pour la plupart d'entre eux des procédures spécifiques permettant la notification d'un décès.
[733] Art. 6, 5° « Elles sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées ».
[734] CNIL, Rapport d'activité 2014, *op. cit.*

CJUE s'est ainsi basé sur le défaut de pertinence pour donner droit à une demande de désindexation sur un moteur de recherche, relevant que « même un traitement initialement licite de données exactes peut devenir, avec le temps, incompatible avec cette directive [95/46/CE] lorsque, eu égard à l'ensemble des circonstances caractérisant le cas d'espèce, ces données apparaissent inadéquates, pas ou plus pertinentes ou excessives au regard des finalités pour lesquelles elles ont été traitées et du temps qui s'est écoulé »[735].

182. – Le droit à l'oubli, à l'instar des autres prérogatives déjà prévues par la loi de 1978, participe ainsi à la protection par la personne de l'information qu'elle a pu délivrer à un moment donné. Néanmoins la mise en œuvre de ces outils suppose leur connaissance mais également la liberté de pouvoir y recourir. Le lien de subordination inhérent à la relation de travail peut parfois constituer un frein à de telles actions. Aussi, est-il nécessaire de rappeler qu'en matière de protection de données personnelles et de vie privée, une obligation s'impose au détenteur de l'information : la discrétion.

[735] CJUE, 13 mai 2014, *op. cit.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

183. – Le droit de contrôle de l'individu, et du salarié en particulier, sur ses données personnelles lui confère une certaine maîtrise de celles-ci, tant au niveau de leur collecte que de leur utilisation.
L'information s'avère indispensable afin de lui permettre une certaine conscience de la divulgation des données qui le concerne. À ce titre, si le consentement constitue une première garantie, l'accès aux données qui sont déjà en circulation vient renforcer la connaissance du salarié sur ce que l'on peut savoir de lui.
Grâce à cette connaissance, le salarié est en mesure de pouvoir vérifier l'utilisation de ces données, mais également de s'opposer à leur usage. Tant le contrôle de pertinence du traitement qu'un impératif de fiabilité, permettent d'assurer une préservation de ses intérêts.

Si elle apparaît indispensable, cette maîtrise peut parfois se révéler insuffisante en raison des contraintes inhérentes à l'exercice des prérogatives qui y sont associées. De plus, le salarié peut se trouver dans une position délicate car il ne peut pas toujours exercer son droit de retrait ou encore d'opposition. D'ailleurs, l'employeur dispose de certaines marges de manœuvre concernant les données de ses salariés[736], ce qui permet de préserver l'intérêt de l'entreprise. Le droit contrôle du salarié apparaît donc insuffisant en lui-même à pouvoir réguler l'utilisation des données dans l'entreprise et appelle à un encadrement axé sur la divulgation des informations personnelles.

[736] Le salarié ne semble donc pas propriétaire de ses données ; *cf* not. N. OCHOA, « Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition », *RFDA*, 2015, p. 1157.

CHAPITRE 2 – UNE OBLIGATION DE DISCRETION

184. – La conservation d'informations personnelles pour soi-même, qu'elles soient siennes ou qu'elles appartiennent à autrui, constitue encore le meilleur moyen de protéger la vie privée. « La discrétion est une vertu silencieuse »[737]. C'est néanmoins faire fi de la nature de l'Homme, enclin à l'indiscrétion, à commencer sur lui-même. Cette inéluctable exposition de l'être a constitué le point d'ancrage historique du droit au respect de la vie privée, bien avant sa consécration législative, par la question de l'encadrement de la divulgation. La volonté de l'individu, ou de ses ayants droit, a longtemps constitué la clef de voûte de la protection du secret de la vie privée. Ainsi, à défaut de consentement, la divulgation d'une information par autrui se révélait fautive. Ce sentiment s'est alors renforcé plus tard, par le droit de contrôle conféré à l'individu sur ses données personnelles.

Cependant, deux éléments sont venus enrichir cette protection. D'une part, le détachement de la divulgation de l'investigation, lequel s'est traduit par la constitution d'un régime autonome destiné non pas à condamner une curiosité malsaine, mais une indiscrétion inopportune. D'autre part, le mouvement d'exposition de la personne, volontaire ou non, accentué par le développement des technologies de l'information, a nécessité d'atténuer la place de la volonté de l'individu dans l'analyse de la divulgation pour se concentrer sur l'intérêt du divulgateur.

185. – Ces tendances trouvent application en droit du travail, le salarié étant naturellement sujet à l'exposition de sa personne. Par nature publique, la vie professionnelle appelle pourtant certaines indiscrétions, et qui concernent autant le salarié que l'entreprise qui l'emploie, manifestant dès lors l'existence d'une vie privée dans la relation de travail. L'obligation de discrétion se traduit alors par le principe de prohibition de la divulgation (Section 1) lequel peut connaître certaines atténuations obéissant toutefois à une nécessaire justification (Section 2).

[737] Louis DENISET, *L'équilibre instable*, Éditions du jour, Montréal, 1977.

SECTION 1 : LA PROHIBITION DE LA DIVULGATION

186. – La non-divulgation des données personnelles repose sur une multitude de dispositions, spéciales ou de portée plus générale, civiles ou pénales. La multiplicité des situations et des fondements mobilisés devant les tribunaux complexifie l'étude de ce principe dans le champ du droit social. Pour autant, une distinction peut être opérée entre ce qui relève de l'activité professionnelle (§1) de ce qui s'en détache (§2).

§1 : La confidentialité attachée à la vie professionnelle

187. – La vie professionnelle est emplie de secrets : secret professionnel[738], secret des affaires, ou encore secret de fabrique[739]. La notion de confidentialité est également mobilisée, désignant l'obligation de la personne détenteur d'un secret, de ne pas le divulguer. Secret et confidentialité sont bien parfois employés côte à côte[740], mais faut-il les considérer comme complémentaires ou synonymes ? Les définitions des dictionnaires suffisent à indiquer que « les deux (...) se recoupent »[741]. Pourtant, certains perçoivent une différence de contenu entre ces deux qualificatifs : ce qui est secret est d'abord ce qui est caché, puis, « par extension »[742], ce qui est protégé par ce même secret. Ainsi, les termes « confidentiel » et « secret », peuvent désigner respectivement « le caractère et la protection d'une même information »[743]. « En cela, " secret" et "confidentiel" apparaissent distincts : le caractère confidentiel est la cause du secret. C'est parce qu'une information est confidentielle qu'elle doit être protégée par le secret »[744].

---

[738] Article 226-13 du Code pénal.
[739] Article L. 1227-1 du Code du travail.
[740] L'article 226-1 du Code pénal incrimine la violation de l'intimité de la vie privée, notamment « en captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ».
[741] P. WACHSMANN, « Le droit au secret de la vie privée », i*n Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Bruylant, 2005, p. 120.
[742] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, *cf* « secret », adj. : « qui ne doit pas être dévoilé » ; n. m. : « chose cachée, par extension, protection qui couvre cette chose et peut consister soit, pour celui qui connaît la chose, dans l'interdiction de la révéler à d'autres (...), soit, pour celui qui ne la connaît pas, dans l'interdiction d'entrer dans le secret ».
[743] F. MOULIÈRE, « Secret des affaires et vie privée », *D.*, 2012, p. 571.
[744] *Ibid.*

D'autres considèrent au contraire la confidentialité comme un moyen de préserver un secret, en ce qu'elle se substitue à celui-ci, dès lors que l'information conservée un temps secrète devient partagée. La confidentialité intervient alors « en tant que solution pour contenir et limiter les effets d'une révélation »[745]. « La confidentialité est ainsi la qualité d'une information divulguée sélectivement »[746]. Cette distinction permet ainsi de différencier entre ce qui peut être tu, rester secret, et ce qui doit être nécessairement partagé, mais de manière ciblée.

188. – La vie professionnelle recouvre alors une multitude d'informations partagées mais destinées à ne pas être diffusées plus largement, et concernant tant les personnes amenées à délivrer des données personnelles, dans le cadre d'un rapport professionnel, que les professionnels eux-mêmes, personnes physiques ou morales. Ce partage d'informations en ce qu'il s'avère indispensable pour l'activité professionnelle se doit donc d'être encadré, en empêchant le bénéficiaire d'une confidence d'en révéler le contenu.
De nature professionnelle, l'information peut être protégée par le biais du secret professionnel (A). Toutefois, le champ d'application restreint de ce dernier amène à envisager une protection plus large de l'information par le biais de l'obligation de confidentialité du salarié (B).

A / Un secret professionnel limité

189. – L'article 226-13 du Code pénal incrimine la violation du secret professionnel « par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ». Les différentes hypothèses énoncées témoignent d'une appréciation délibérément large de la part du législateur, y incluant non seulement les professionnels dépositaires à titre exprès d'un secret, mais également ceux amenés à revêtir la position de « confident nécessaire », par le biais d'une prise de connaissance indirecte d'une information à caractère confidentiel. Ces confidents

[745] A. LATREILLE, « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (1ère partie) », *LPA*, 7 août 2006, n° 156, p. 4.
[746] *Ibid.*

nécessaires sont alors « soumis à l'incrimination, indépendamment de tout accord préalable, même s'ils n'ont jamais eu de lien avec la personne »[747].

Pourtant, la notion est appréciée strictement par la jurisprudence, la Cour de cassation ayant rejeté cette qualité d'un chef de service d'une compagnie d'assurance, auquel il était reproché d'avoir divulgué des renseignements concernant la santé d'une salariée[748]. Cette solution a pu soulever certaines critiques en raison de l'exclusion par les hauts magistrats de l'application du secret professionnel à une personne qui n'y était pas astreinte de son état ou par la loi, mais pouvait l'être compte tenu de ses fonctions. Comme le soulignent des auteurs, « la lettre de l'article 226-13 du Code pénal ne saurait être ignorée. L'état et la profession ne sont que deux des quatre hypothèses dans lesquelles une personne peut se trouver dépositaire d'une information à caractère secret, dont la révélation est sanctionnée pénalement. La réception de l'information peut également intervenir "en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire". Ces questions ne sont pas souvent posées. Elles mériteraient sans doute un peu plus d'attention »[749].

190. – Cette conception stricte du secret professionnel soulève la question de la responsabilité pénale des collaborateurs amenés à connaître de telles informations, la Cour la réservant aux personnes qui, « dans un intérêt général ou d'ordre public », ont la qualité de « confident nécessaire »[750], utilisant ainsi comme condition d'application ce qui nous semble être uniquement un objectif d'une telle disposition[751].

Par ailleurs, la prise en compte de la fonction exercée dans la qualification de la violation du secret professionnel nous semble correspondre à l'esprit du texte, lequel prévoit

---

[747] C. GHICA-LEMARCHAND, « La responsabilité pénale de la violation du secret professionnel », *RDSS*, 2015, p. 419.

[748] Cass. crim., 19 novembre 1985, n° 83-92.813, *Bull. crim.*, 1985, n° 364 : « si celui qui a reçu la confidence d'un secret a toujours le devoir de le garder, la révélation de cette confidence ne le rend punissable que s'il s'agit d'une confidence liée à l'exercice de certaines professions ». Les professions sont celles dont le législateur a voulu expressément leur imposer une telle obligation : Cass. crim., 9 mars 1957, *Bull. crim.*, 1957, n° 241 ; Cass. crim. 5 février 1970, n° 69-90.040, *Bull. crim.*, 1970, n° 56 : *D.*, 1970, p. 249 ; *JCP*, 1970, II, 16311 ; *RSC*, 1970, p. 652, obs. LEVASSEUR ; Cass. crim. 9 octobre 1978, n° 76-92.075, *Bull. crim.*, 1978, n° 263 : *D.*, 1979. 185, note P. CHAMBON ; *Gaz. Pal.*, 1979. 1. 245 ; *RSC*, 1979. 560, note CHAMBON.

[749] B. DONDERO et Ch. HAUSMANN, « Les *data rooms* : une pratique vue sous un angle théorique », *Droit et patrimoine*, 2008, p. 175.

[750] Cass. crim., 19 nov. 1985, n° 83-92.813, *op. cit.* : l'arrêt précise ensuite cette conception restrictive du champ d'application du secret professionnel en énonçant que « ce que la loi a voulu garantir, c'est la sécurité des confidences qu'un particulier est dans la nécessité de faire à une personne dont l'état ou la profession dans un intérêt général et d'ordre public fait d'elle un confident nécessaire ».

[751] Objectif de protection inhérent à toute disposition pénale.

expressément « la fonction » ou « la mission temporaire » en tant que critères inclusifs. Certains estiment alors que le « secret "professionnel" semble se doubler d'un secret "fonctionnel" »[752]. Cette nuance ne doit pour autant pas à notre sens opérer une distinction, emportant le risque d'une dualité de régimes de responsabilité.

191. – Afin d'éviter de limiter la responsabilité pénale pour violation du secret professionnel aux salariés eux-mêmes titulaires d'un statut leur conférant une telle obligation[753], certains salariés ou agents sont expressément visés par le législateur.

En effet, l'article L. 1110-4, al. 1er du Code de la santé publique dispose que le secret professionnel couvre l'ensemble des informations concernant la personne prise en charge, venues à la connaissance du professionnel de santé, de tout membre du personnel de ces établissements ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ses établissements ou organismes. Le médecin du travail est particulièrement concerné, en lien permanent avec l'entreprise et les salariés[754].

De même, en matière sociale, l'article L. 2112-9 du Code de la santé publique prévoit expressément l'application des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal à toute personne appelée à collaborer au service départemental de protection maternelle et infantile. L'article L. 226-16, al. 3 du Code de l'action sociale et des familles prévoit la même obligation pour le personnel de l'agence française de l'adoption.

L'entreprise bénéficie également du secret professionnel, notamment en matière fiscale[755], ou encore s'agissant de secteurs amenés à disposer d'informations confidentielles, tels que les établissements de crédits ou les sociétés de financement[756].

---

[752] C. GHICA-LEMARCHAND, *op. cit.*

[753] A l'instar des avocats : article 4 du décret du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat ; *cf* ég. Cass. crim., 28 juin 2012, n° 11-14.486, *Bull. civ. I*, 2012, n° 145 ; Cass. civ. 1ère, 5 février 2009, n° 07-17.525, *Bull. civ. I*, 2009, n° 22 ; Cass. crim., 28 octobre 2008, n° 08-81.432, *Bull. crim.*, 2008, n° 215.

[754] Ainsi, le dossier médical d'un salarié ne peut en aucun cas être communiqué à l'employeur ; ce dernier ne saurait, dès lors, se voir reprocher une absence de transmission d'informations tirées de ce document : Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-40.209, *Bull. civ. V*, n° 251 : *RJS*, 2002, p. 851, n° 1138 ; *D.*, 2002, IR, p. 2515 ; *CSBP*, 2002, 455, A. 58.

[755] Article L. 103, al 1er du livre des procédures fiscales : « L'obligation du secret professionnel, telle qu'elle est définie aux articles 226-13 et 226-14 du code pénal, s'applique à toutes les personnes appelées à l'occasion de leurs fonctions ou attributions à intervenir dans l'assiette, le contrôle, le recouvrement ou le contentieux des impôts, droits, taxes et redevances prévus au code général des impôts ».

[756] Article L. 511-33, al. 1er du Code monétaire et financier : « Tout membre d'un conseil d'administration et, selon le cas, d'un conseil de surveillance et toute personne qui à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit, d'une société de financement ou d'un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 ou qui est employée par l'un de ceux-ci est tenu au secret professionnel ».

Confidents nécessaires au bon déroulement de la vie des affaires, leur obligation de confidentialité s'appliquera de la même manière aux entreprises qu'aux particuliers.
Le salarié, comme l'entreprise, se trouvent ainsi partiellement protégés par le secret professionnel contre la divulgation de données nécessairement partagées. Toutefois, son champ d'application pourrait considérablement s'étendre en s'attachant davantage à l'étude de la cause professionnelle, indépendamment du statut de la personne. Ainsi, différentes informations sont nécessairement divulguées par le salarié auprès de son employeur, dans le cadre de l'exécution du contrat de travail, sans que pour autant ce dernier soit astreint à une obligation de secret professionnel. Si celles-ci relèvent bien souvent de la vie privée du salarié, certains éléments relevant de la vie professionnelle peuvent également être concernées[757].

192. – Par ailleurs, le risque d'exposition à la divulgation s'accroît en raison de l'existence d'informations pouvant échapper à tout contrôle de la part de la personne concernée. Cette éventualité n'est toutefois prévue qu'en matière de données de santé, le médecin étant astreint au secret professionnel pour tout ce qui serait venu à sa connaissance, à savoir « non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris » [758]. Ainsi les déductions que ce dernier peut effectuer appartiennent au secret professionnel. Cette protection étendue du patient peut se justifier tant en raison du caractère sensible des données de santé, que du caractère déterminant de la position dans laquelle se situe le dépositaire du secret[759], sans laquelle il n'aurait pu opérer la constatation ou la déduction ayant conduit à produire l'information en question. Il semble néanmoins que cette appréciation étendue de l'information ne puisse être appliquée à d'autres domaines, eu égard notamment à l'absence de telles mentions dans les dispositions spécifiques en matière de secret professionnel. Pourtant, une telle extension participerait à une responsabilisation des acteurs amenés à manipuler de l'information. Le chef de service côtoyant le salarié au

[757] *Cf* la notion de « vie privée professionnelle », not. J. MOULY, « La confidentialité de l'affiliation syndicale ou l'avènement, en droit interne, de la "vie privée professionnelle" », *D.*, 2010, p. 282 ; *cf* not. CEDH, 16 décembre 1992 *Niemetz c/ Allemagne*, *op. cit.*
[758] Article R. 4127-4 du Code de la santé publique, *op. cit.*
[759] « Il n'y a pas de soins sans confidences, de confidences sans confiance, de confiance sans secret » : B. HOERNI, *Ethique et déontologie médicale*, Masson, 2ème éd., 2000 citant Louis PORTES, Président du conseil de l'ordre, 1950 ; le caractère absolu de l'obligation de secret médical a été affirmé très tôt par la jurisprudence : Cour de cassation, 9 décembre 1885, *Arrêt Watelet* : obligation générale et absolue, devoir s'imposant aux médecins du fait de leur état.

quotidien, et parfois à recueillir certaines confidences, notamment au cours d'entretiens professionnels, pourrait être astreint à une telle obligation de non divulgation, en lien avec son activité professionnelle. Par ailleurs, les données concernant le salarié, bien souvent recueillies de manière éparse, mais agrégées dans de conséquentes bases de données, permettent parfois de se livrer à la constitution de profils des salariés sans pour autant qu'ils en aient conscience. Certes l'obligation d'information du responsable de traitement, ainsi que le droit d'opposition à ce type de traitement permettent d'assurer une certaine protection, mais la relative clémence vis-à-vis des données issues des instruments d'évaluation professionnelle permet parfois de passer outre.

193. – La responsabilité pénale liée au secret professionnel demeure restreinte et n'incite guère les entreprises à adopter des organisations permettant d'assurer la confidentialité des données personnelles de leurs salariés. A l'opposé, l'incertitude relative à ce fondement les conduit à réclamer de la part de ces derniers, la confidentialité des données concernant l'entreprise, sur des fondements relevant de la relation contractuelle de travail.

B / Une obligation de confidentialité étendue

194. – La confidentialité incombant au salarié peut découler du contrat (1) mais également de dispositions légales (2).

1 / Une obligation contractuelle

195. – Si le secret professionnel implique le respect d'une obligation de confidentialité, cette dernière s'inscrit également dans la relation contractuelle de travail. En effet, l'insertion dans le contrat de travail d'une clause de confidentialité, de discrétion ou de réserve, permet ainsi d'imposer au salarié de conserver pour lui certaines informations dont il pourrait avoir la connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. L'intérêt d'une telle clause apparaît immédiatement, d'une part, en ce qu'elle vient effacer les incertitudes liées à la qualification du secret professionnel, notamment par le rattachement exprès de l'obligation de discrétion à l'exercice de fonctions, et, d'autre

part, en visant l'acquisition de connaissances, qu'elles soient transmises, constatées ou déduites. A cette souplesse, la présence éventuelle d'une clause pénale pourra rendre encore plus effective le respect de cette obligation. Il convient par ailleurs de souligner l'aspect pédagogique d'une telle clause, le salarié étant alors sensibilisé au risque de divulgation.

Protégeant les intérêts de l'entreprise, en pratique elle est exclusivement mise en œuvre en matière de données économiques et commerciales, dont la divulgation entraîne un préjudice financier. Elle pourrait concerner d'autres types de données, sociales notamment, d'autant que l'entreprise pourrait engager sa responsabilité, notamment en matière de défaut de sécurité des données[760]. La clause nécessitant de circonscrire les informations concernées par cette obligation [761], l'exhaustivité s'avère donc indispensable. En effet, « le secret des affaires est un fait et ne peut être protégé contre la divulgation que si celui qui le détient a conscience, ou en fonction des circonstances peut être présumé avoir conscience, du fait qu'il détient une information couverte par le secret »[762]. À ce titre, la Cour de cassation a pu considérer qu'un salarié délégué syndical membre élu du comité d'entreprise n'avait pas violé son obligation de confidentialité alors qu'il avait, à l'occasion d'une réunion d'information du personnel à la suite de la réunion du comité d'entreprise, divulgué des informations qualifiées de confidentielles *a posteriori* par l'employeur[763].

196. – Conformément à l'article L. 1121-1 du Code du travail, une telle clause doit être « justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché ». A ce titre, l'importance des fonctions peut constituer un critère d'appréciation par le juge de la justification d'une telle obligation[764], pouvant conduire à caractériser différents

---

[760] *Cf infra*, n° 213 et s.

[761] « Il est permis de douter d'une clause de confidentialité qui s'étendrait à l'ensemble des informations recueillies, sur l'entreprise, par un salarié, à l'occasion de son activité professionnelle, et qui ne viserait pas spécifiquement des informations de nature confidentielle » : O. LECLERC, « Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail », *Dr. Soc.*, 2005, p. 173.

[762] D. PORACCHIA, « Secret et confidentialité dans les rapports de travail », *SSL*, 2008, n° 1352, p. 27.

[763] Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 04-47.558, *Bull. civ. V*, n° 256 : *Bull. Joly*, 2006, p. 1429, § 293, note G. AUZERO. En réalité, cette mention au procès verbal n'est qu'un moyen de preuve de la remise de documents confidentiels, *cf* en ce sens Rapport de la Cour de cassation, 2006.

[764] « Le respect d'une clause de confidentialité devrait logiquement faire l'objet d'une appréciation plus rigoureuse en ce qui concerne un membre du personnel d'encadrement que pour ce qui est d'un salarié appartenant à une catégorie professionnelle moins élevée dans la classification hiérarchique des emplois » : Y. AUBRÉE, « Contrat de travail (clauses particulières) », , *Rép. dr. trav., Dalloz.*, n° 95.

degrés de confidentialité[765]. A noter toutefois qu'elle ne nécessite pas de contrepartie financière, à l'opposé de la clause de non-concurrence[766]. Par ailleurs, la clause reste soumise au pouvoir d'appréciation du juge tant au niveau du degré confidentialité des informations divulguées, qu'en matière de justification de la divulgation[767]. Enfin, elle ne s'applique pas aux tiers, quand bien même les informations litigieuses émaneraient de salariés de l'entreprise[768].

Si la technique contractuelle constitue un élément de protection de l'entreprise contre la divulgation, elle vient toutefois en complément à l'obligation de confidentialité inhérente à l'exécution du contrat de travail.

2 / Une obligation légale

197. – Le législateur, soucieux de protéger les intérêts des entreprises, a expressément prévu une obligation de confidentialité, punissant d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros, « le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication »[769]. La présence d'un délit spécifique de violation du secret de fabrique permet ainsi d'éluder la question de l'application du délit de violation du secret professionnel, et reconnaît implicitement l'exclusion de la première infraction du domaine de la seconde. Néanmoins la jurisprudence reste rare sur ce fondement[770], les entreprises préférant procéder à un licenciement. Le salarié n'est pas le seul détenteur d'une telle obligation, le Code du travail l'imposant également pour certaines catégories de salariés amenés à prendre connaissance d'informations

---

[765] Ainsi, la caractérisation d'une clause de confidentialité « renforcée » : TGI Béthune, 14 décembre 2010, *Sté Acces Form Everywhere c/ Éric N.*, www.legalis.net [consulté le 10.10.2016] : *RLDI*, 2011, n°67, p. 42, obs. L. COSTES.

[766] Cass. soc., 15 octobre 2014, n° 13-11.524, *Bull. civ. V*, 2014, n° 240 ; *D.*, Actu. 2118 ; *Dr. Soc.,* 2015, p .206, chron. S. TOURNAUX ; *RDT*, 2015, p. 39, obs. L. GRATTON.

[767] Cass. soc., 19 mars 2008, n° 06-45.434, Inédit : licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, la clause ne pouvant priver la salariée du droit de se procurer des documents en vue de sa défense lors d'une procédure pour licenciement économique, v. ég. Cass. crim., 11 mai 2004, n° 03-85.521, *Bull. crim.*, 2004, n° 117 : *D.*, 2004, jur., p. 2326, note H. K. GABA ; Cass. soc., 30 juin 2004, n°s 02-41.720 et 02-41.771, *Bull. civ. V*, 2004, n° 187.

[768] CA Paris, 15 juin 2006 : la révélation par un syndicat sur son site internet de secrets relatifs à une entreprise dont certains de ses membres étaient les représentant syndicaux ne pouvait être sanctionné ; obs. critique J.-E. RAY, « Droit du travail et TIC (III) », *Dr. soc.*, 2007, p. 423, spéc. p. 433 (l'auteur note que l'entreprise peut tenter avec des chances réelles de faire fermer le site, *cf* p. 434 et s.).

[769] Article L. 1227-1, al. 1er du Code du travail.

[770] Révélation par un ingénieur d'un secret de fabrique de son ex-employeur : Cass. crim., 20 juin 1973, n° 72-92.270, *Bull. crim.*, 1973, n° 289.

confidentielles[771], ainsi qu'à certaines personnes extérieures à l'entreprise[772]. La mise en œuvre de cette responsabilité nécessite toutefois la preuve de la connaissance du secret de fabrique par le salarié, laquelle résulte de l'ensemble des circonstances de fait[773]. En outre, la divulgation ne serait être reprochée au salarié si celle-ci entre dans le cadre de ses fonctions[774].

198. – Le champ d'application du secret de fabrique reste restreint, pouvant laisser à l'écart des éléments d'information tout aussi stratégiques. Si le secret des affaires n'existe pas en tant que tel[775], la notion révèle le souci prégnant des entreprises, et du législateur[776], d'accorder une protection plus large à l'ensemble des informations qui pourraient intégrer cette catégorie.

Si les entreprises bénéficient d'une protection imparfaite, constituée de dispositions éparses[777], et laissant subsister certaines failles, un désir d'extension de la « vie privée des affaires » se fait sentir, « toute information relevant de la "sphère privée des

---

[771] Tels les délégués syndicaux (article L. 2143-21 du Code du travail), les membres du comité d'entreprise (article L. 2325-5 du Code du travail) ou encore du CHSCT (article L. 4614-9 du Code du travail).

[772] Tels les conseillers du salarié (article L. 1232-13 du Code du travail), les inspecteurs du travail (article L. 8113-10 du Code du travail), les contrôleurs du travail (article L. 8113-11 du Code du travail), les représentants de l'autorité administrative habilitée à contrôler la conformité des équipements de travail et des moyens de protection (article L. 4313-1 du Code du travail), les salariés d'entreprises extérieures siégeant au CHSCT (article L. 4523-16 du Code du travail), ou encore les ingénieurs de prévention des directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (article L. 8123-5 du Code du travail).

[773] *Cf* Cass. crim., 19 septembre 2006, n° 05-85.360, Inédit : *PIBD*, 2007, comm. 15, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI.

[774] CJCE, 22 novembre 2005, Aff. C-384/02, *Knud Grongaard : Rev. Sociétés*, 2006, p. 333, note J-J. DAIGRE ; *Bull. Joly Sociétés*, 2006, p. 608, § 126, note B. SAINTOURENS ; *JCP S*, 2006, p. 1119, note R. VATINET : la communication d'une information privilégiée par une personne ne peut se justifier que s'il existe un lien étroit entre la communication et l'exercice de son travail, de sa profession ou de ses fonctions et que cette communication est strictement nécessaire à l'exercice desdits travail, profession ou fonctions.

[775] « Non, il n'existe pas, en droit, de secret des affaires en tant que tel ! » : Y. PACLOT, « Les diverses facettes du secret des affaires », *Dr. et patr.*, n° 102, 2002, p. 70.

[776] En 2011, deux propositions de lois y sont consacrées, dont l'une a été adoptée en première lecture à l'Assemblée nationale le 23 janvier 2012, mais qui n'ont pas abouti ; pour un regard critique *cf* P. MARTIN, *Gaz. du Pal*, 2012, n° 185, p. 19.

[777] Que ce soit par le biais de dispositions spéciales (article L. 463-4 du Code de commerce ; article L. 465-1 du Code monétaire et financier ; article 622-1 du Règlement général de l'AMF ; art. 6, II, de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, relatif à la procédure devant la commission d'accès aux documents administratifs, etc.), ou par le bais d'une « réification » de l'information permettant de recourir à d'autres incriminations telles que l'abus de confiance (Cass. crim., 14 novembre 2000, *op. cit.* ; dernièrement : Cass crim., 16 novembre 2011, n° 10-87.866, *Bull. crim.*, 2011, n° 233 : *D.*, 2011, p. 2935, obs. M. LÉNA, et 2012, p. 137, note G. BEAUSSONIE : « les informations relatives à la clientèle constituent un bien susceptible d'être détourné », *Lexbase Hebdo*, n° 466, 15 décembre 2011, édition privée, note R. OLLARD (sur la question, *cf* R. OLLARD et F. ROUSSEAU, Droit pénal spécial, Bréal, 2011, p. 271 s.), l'escroquerie ou bien encore le recel (*Cf* Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-86.491, Inédit, avec une nuance : R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 436).

affaires" serait alors couverte par le secret de la vie privée »[778]. Néanmoins, l'emploi de la notion de vie privée risquerait d'importer les difficultés inhérentes à sa mobilisation, et notamment la caractérisation de son champ d'application. En outre, la vie privée des affaires ne semble pas apporter de garantie supplémentaire en matière de respect de l'obligation de confidentialité, les litiges se reposant alors très souvent sur la bonne foi contractuelle.

199. – L'obligation d'exécution de bonne foi par le salarié de son contrat de travail[779] implique nécessairement de ne pas se livrer à une divulgation d'informations confidentielles pouvant porter préjudice à l'entreprise qui l'emploie. En effet, « il faut rappeler que les obligations de secret créées par la loi en vue de renforcer la protection de l'entreprise mais aussi parfois de tiers, n'ont pas pour objet de faire disparaître l'obligation de discrétion du salarié inhérente à sa qualité de cocontractant loyal »[780]. Ainsi, commet une faute contractuelle le salarié qui divulgue au personnel ou à des tiers[781] des difficultés financières de l'entreprise[782], ou qui se sert d'une information dans un but personnel[783]. L'intention de divulguer peut suffire à caractériser un tel manquement[784]. Parfois assimilé à un vol[785], à du recel[786], ou encore à un abus de

---

[778] F. MOULIÈRE, *op. cit.*

[779] Article L. 1221-1 du Code du travail ; P. DURAND et A. VITU, *Traité de droit du travail*, 1950, t. II, nº 318, p. 586 : « Les relations de travail ne consistent pas en un simple échange de prestations d'ordre patrimonial, elles font entrer le salarié dans une communauté de travail et obligent l'employeur à lui témoigner une confiance nécessaire. Elles imposent au travailleur une obligation de bonne foi particulière et on a pu parler d'une obligation de fidélité dont le salarié est tenu à l'égard de l'employeur. Ce devoir de particulière bonne foi impose au salarié l'obligation de s'abstenir de tous actes qui pourraient nuire à l'employeur et d'accomplir ceux qui tendent à la protection des intérêts de ceux-ci » ; sur la notion *cf infra*, n° 395.

[780] D. PORACCHIA, *op. cit.*

[781] Le père du salarié peut constituer un tiers - Cass soc., 2 mars 1960, *Bull. civ.*, n° 235 : *Inf. Chef. Entr.*, 1960, p. 1105, cité par M. DESPAX « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP G*, I, 1776, spéc. n° 9.

[782] Cass. soc., 28 juin 1972, n° 71-40.583, *Bull. civ. V*, 1972, *n*° 472 ; Cass. soc., 30 juin 1982, n° 80-41.114, *Bull. civ. V*, 1982, n° 425 : *D.*, 1982, IR p. 341.

[783] *Cf* not., CA Paris, 5 avril 1993 : *Gaz. Pal.*, 1994, 1, somm. p. 94 : la Cour retient la responsabilité de la société créée par les trois analystes-programmeurs au motif qu'il apparaît au dossier que ces derniers « ont nécessairement accédé, à l'occasion de leurs travaux chez leur ancien employeur, à certains programmes-sources en matière de recherche documentaire, que la connaissance de certains programmes ne s'est pas limitée à une simple analyse nécessitée par leur travail et qu'ils en ont pris copie, ils se sont ainsi épargnés des efforts de conception et de réalisation et se sont emparés du travail d'autrui ».

[784] À été jugé que l'obligation de discrétion avait été violée par un employé supérieur qui avait fait copier un document décrivant une technique de fabrication et comportant une liste de client, Cass. soc., 26 octobre 1964, *Bull. civ.*, nº 700, *cf* égal. Cass. com., 13 février 1990, n° 88-13.828, *Bull. civ. IV*, 1990, n° 38 : *Gaz. Pal.*, 1990, 2, pan., p. 180.

confiance[787] le salarié peut également engager sa responsabilité pénale. L'obligation de confidentialité est parfois interprétée de manière large, le salarié ne devant pas nécessairement divulguer l'information ou avoir l'intention de le faire. Ainsi, il a été jugé que le fait pour une salariée d'avoir amené à son domicile des documents professionnels et de les avoir conservés malgré une lettre de mise en demeure et une plainte pour vol, était suffisant pour caractériser le licenciement pour faute grave, au motif que certains des documents détournés ne l'avaient pas été dans le seul dessein de la salariée de préparer sa défense[788].

200. – La jurisprudence se révèle ainsi abondante en matière de divulgation d'informations confidentielles. Néanmoins, certaines données concernant les salariés ne semblent pas entrer dans le périmètre de protection. Elles peuvent toutefois constituer des éléments stratégiques, et leur divulgation engage parfois la responsabilité de ceux qui doivent en assurer la protection. Elles souffrent par ailleurs d'un problème de positionnement, se situant à la fois dans le champ de la vie privée, mais pouvant également être rattachée à la vie professionnelle, puisque délivrées dans le cadre de l'exécution d'une activité professionnelle, ou encore parce qu'elles peuvent concerner un élément de la vie professionnelle pouvant intégrer la sphère de la vie privée. La non-divulgation des données non-professionnelles doit alors permettre d'assurer au salarié une protection contre la divulgation.

---

[785] *Cf* not. Cass. crim., 8 janvier 1979, n° 77-93.038, *Bull. crim.*, 1979, n° 13 : *D.*, 1979, p. 509, note P. CORLAY ; Cass. crim., 29 avril 1986, n° 84-93.281, *Bull. crim.*, 1986, n° 148 : *JCP G*, 1987, II, n° 20788, note H. CROZE ; M. P. LUCAS DE LEYSSAC, « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », *D.*, 1985, chr., p. 45 et s. ; J. DEVÈZE, « Le vol de « biens informatiques » », *JCP G.*, 1985, I, 3210 ; Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-84.002, Inédit : *D.*, 2008, p. 2213, note S. DETRAZ ; *RSC*, 2009, p. 131, note J. FRANCILLON.

[786] Cass. crim., 20 octobre 2010, n° 09-88.387, Inédit : *JCP G*, 2010, n° 51, 1273, note S. DETRAZ.

[787] *Affaire Michelin*, T. corr., Clermont-Ferrand, 21 juin 2010, ayant retenu la responsabilité pénale du salarié ayant délivré des informations à la concurrence, sur le fondement de l'abus de confiance ; *cf* ég. Cass. crim., 22 septembre 2004, n° 04-80.285, *Bull. crim.*, 2004, n° 218 : *RTD civ.*, 2005, note Th. REVET ; *D.*, 2005, p. 411, note B. DE LAMY ; *RSC*, 2005, p. 852, note R. OTTENHOF ; Cass. crim. 16 novembre 2011, n° 10-87.866.

[788] Cass. soc., 24 octobre 1995, n° 94-42.293, Inédit.

§2 : La protection des données non-professionnelles

201. – Dans le cadre de la relation de travail, la délimitation du champ de la vie privée repose habituellement sur l'exclusion de ce qui à l'inverse relève du domaine professionnel[789]. Intègrent ainsi cette dernière sphère, l'ensemble des éléments d'information nécessaires à l'exécution du contrat de travail. Ce qui en relève semble dès lors permettre de légitimer l'investigation de l'employeur, échappant au cadre contraignant réservé à l'individu candidat à un emploi[790]. La divulgation ne saurait se voir appliquer le même raisonnement, car elle obéit à une logique propre. En effet, cette dernière repose sur le postulat d'une connaissance avérée, laquelle doit être traitée de manière autonome. Il s'agit en effet d'éviter uniquement sa propagation, et repose sur l'idée selon laquelle ce qui est su, à défaut de raison légitime, doit être tu. Cette idée concerne à plus forte raison des éléments pourtant connus mais dépourvus d'effets dans la situation de travail (A). Néanmoins, la protection contre la divulgation ne peut être restreinte à ce type d'informations, car des éléments inhérents à la vie professionnelle peuvent également intégrer son champ (B).

A / Les informations privées utilisées à des fins professionnelles

202. – L'employeur doit tout d'abord prêter attention à ne pas délivrer de façon inopportune des informations personnelles qu'il pourrait détenir sur ses salariés. La divulgation demeure l'exception et doit répondre à une justification. À défaut, l'employeur ne saurait faire droit à des demandes émanant de tiers ne bénéficiant pas d'une autorisation d'accès légale, administrative ou judiciaire[791]. Les entreprises semblent avoir conscience de cette obligation de discrétion, la jurisprudence étant rare sur cette question. La Cour de cassation a tout de même pu prendre position sur ce sujet en condamnant une administration ayant divulgué le domicile de l'un de ses agents sans son accord, laquelle a porté atteinte à la vie privée de ce dernier[792]. Il s'agissait en

[789] Sur la distinction désormais classique entre « vie professionnelle et vie extra-professionnelle », *cf* not. M. DESPAX, *op. cit.* ; *cf infra*, n° 262.
[790] *Cf supra*, n° 88 et s.
[791] *Cf infra*, n° 227 et s.
[792] Cass. civ. 1ère, 6 novembre 1990, n° 89-15.246, *Bull. civ. I*, 1990, n° 238 : *D.*, 1991, p.353, note J. PRÉVAULT.

l'occurrence d'un employé des P&T, à l'époque où cette dernière était encore une entreprise publique, dont l'un de ses créanciers avait pu obtenir son adresse afin de lui rappeler son dû. Cette décision s'inscrit dans la continuité d'une jurisprudence ayant pour habitude de refuser aux débiteurs, l'accès à une telle information, retenant également le caractère fautif de l'auteur de ce type de demande[793]. Toutefois, cela ne confère pas toute impunité au débiteur frauduleux qui espèrerait s'échapper de ses obligations, en se réfugiant derrière la protection de son domicile. La même Cour de cassation, peu de temps après l'arrêt précité, a ainsi pu décider de la compétence du juge des référés afin d'ordonner la communication par l'employeur de l'adresse d'un de ses employés, lorsque cette dissimulation lui est dictée par le seul dessein illégitime de se dérober à l'exécution de ses obligations et de faire échec aux droits de ses créanciers[794]. La divulgation peut également être justifiée par les intérêts de l'entreprise, cette dernière pouvant dès lors communiquer à un médecin, l'adresse d'un salarié, dans le seul but de procéder à une contre-visite imposée par la convention collective[795].

203. – Les éléments d'information relatifs à la santé des salariés peuvent également faire l'objet d'une certaine attention de la part de tiers. Appartenant à la catégorie des données sensibles, les entreprises font preuve d'une certaine prudence, n'hésitant pas à refuser une telle communication, quitte à s'opposer à des dispositions légales prévoyant pourtant cette possibilité. Ainsi, la Cour de cassation a pu donner raison à une entreprise ayant refusé de communiquer à un comité d'établissement les déclarations prévues par l'article L. 323-8-5 (devenu L. 5212-5) du Code du travail relatives aux emplois occupés par des travailleurs handicapés[796]. L'arrêt n'apporte toutefois qu'un éclairage partiel sur la question, déclarant que « les informations divulguées, relatives à l'état de santé des intéressés, relèvent de la vie privée et que le comité d'établissement, chargé d'assister les dirigeants de l'entreprise dans leur décision, n'est pas une autorité publique ». Rendue au double visa prestigieux de l'article 9 du Code civil et de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, elle retient de ce dernier

[793] TI Lyon, 21 octobre 1975 : *Dr. ouvr.*, 1976, p. 337 ; TI Villeurbanne, 29 octobre 1980 : *JCP*, 1981, IV, 396.
[794] Cass. civ. 1ère, 19 mars 1991, n° 89-19.960, *op. cit.*
[795] Cass. soc., 2 juin 1981, n° 80-10.935, *Bull. des arrêts de la ch. soc.,* n° 480.
[796] Cass. civ. 2ème, 10 juin 2004, n° 02-12.926, *Bull. civ. II*, 2004, n° 292 : *D.*, 2005, p. 469, note J. MOULY et J.-P. MARGUÉNAUD.

texte, et précisément de son second paragraphe[797], la possibilité d'une ingérence dans la vie privée limitée aux autorités publiques, au risque d'une application horizontale de cette disposition, alors « conçue pour aménager son effet vertical, c'est-à-dire son effet dans les relations entre l'État et l'individu »[798]. Peut-on reprocher à l'entreprise dans ce cas de pêcher par excès de zèle, ou doit-on y voir une excuse permettant de contourner certaines obligations[799] ?

204. – L'obligation de non-divulgation s'applique également dans le cadre d'une diffusion interne. Ainsi, la Cour de cassation est revenue sur une position longtemps maintenue, en reconnaissant l'exclusion des listes électorales des institutions représentatives du personnel, l'adresse des candidats[800]. L'analyse de pertinence réalisée par la Cour fait ainsi ressortir l'absence de nécessité d'une telle donnée, dans le cadre du contrôle du respect des conditions d'éligibilité. À l'inverse, d'autres informations, telles que l'âge ou l'ancienneté, semblent plus pertinentes. La mention de l'adresse pouvait pour certains auteurs appartenir aux conditions légales de l'électorat ou d'éligibilité[801], d'autres estimant que « le respect de la vie privée n'est pas atteint par une formalité relative à un acte civique et le respect du domicile n'est pas mis en cause par la publication d'une adresse qui, par définition, n'est pas secrète »[802]. En effet, à défaut de dispositions spécifiques, la Cour appliquait jusqu'à présent le droit commun électoral, lequel prévoit cette exigence, précisant également « qu'il n'y a pas atteinte à la vie privée par l'énonciation, légalement prévue, sur la liste électorale du domicile des électeurs, afin de permettre le contrôle indispensable des conditions d'électorat ou d'éligibilité »[803].

---

[797] Article 8, §2 de la CESDH : « 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 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 ».
[798] J. MOULY et J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*
[799] *Ibid.*
[800] Cass. soc., 20 mars 2002, *Bull. civ. V*, 2002, n° 97 : *D.*, 2002, p. 1403.
[801] La liste électorale « mentionne donc les nom et prénom de chaque électeur, ses date et lieu de naissance, son emploi, son ancienneté dans l'entreprise, et son domicile » : J. LAROQUE, *Les élections professionnelles dans l'entreprise*, Dalloz, 2e éd., 1987, p. 82 et s.
[802] M. COHEN, obs. ss Cass. soc., 14 octobre 1997 : *Dr. soc.*, 1997, p. 1108.
[803] *Cf* not. Cass. soc., 21 janvier 1988, n° 87-60.060, *Bull. civ. V*, 1988, n° 66 ; Cass. soc., 16 juillet 1987, nos 86-60.427 et 86-60.428, Inédit ; Cass. soc., 20 mars 1985, n° 84-60.739, *Bull. civ. V*, 1985, n° 195 ; Cass. soc., 1er juillet 1981, n° 80-40.442, *Bull. civ. V*, n° 626 ; Cass. soc., 8 mars 1979, n° 78-60.729, *Bull. civ. V*, n° 223 ; Cass. soc., 6 juillet 1976, n° 76-60.025, *Bull. civ. V*, n° 417.

L'employeur semble donc être responsable des divulgations d'informations opérées au sein de son entreprise et quand bien même il n'en serait par l'auteur. A ce titre, un arrêt rendu par la CEDH accroît sensiblement la portée de son obligation de discrétion[804]. Dans l'affaire exposée aux juges Strasbourgeois, l'employeur avait été contraint de licencier une salariée, dont la séropositivité avait été révélée par trois de ses collègues, car sur pression desdits collègues de travail, trente trois d'entre avaient réclamé le départ du salarié, faisant valoir les risques de dégradation de l'harmonie de l'entreprise s'ils devaient continuer travailler avec un collègue porteur du VIH. Se basant notamment sur l'article 8 de la Convention[805], la Cour a alors retenu le caractère discriminatoire du licenciement en lien avec son état de santé. La question de la divulgation n'ayant pas été portée à l'examen des juges durant la procédure, la faute des salariés reste en suspend. Avaient-ils ainsi le droit de divulguer cette information ? L'employeur aurait-il pu à ce titre retenir leur faute ? Visiblement soucieux du maintien de la paix sociale dans son entreprise, on peut douter qu'il aurait sanctionné les divulgateurs.

205. – Les informations de nature privée dont l'employeur peut avoir connaissance doivent ainsis faire l'objet d'une divulgation précautionneuse, en prenant en compte la pertinence de leur diffusion. Le recours à l'article 9 du Code civil et parfois à l'article 8 de la CESDH rattachent au droit au secret de la vie privée des décisions qui pourraient également tomber sous le contrôle de justification et de proportionnalité applicable de manière générale au pouvoir de direction émanant de l'employeur[806]. Une telle approche permettrait d'harmoniser l'analyse du juge sur ce types d'atteintes, ainsi que lui fournir des instruments d'analyse dans la mise en balance des intérêts réciproques. Pourtant, le fondement civiliste demeure, également en ce qui concerne les informations d'origine professionnelle.

---

[804] CEDH, 3 octobre 2013, Req. n° 552/10, *I.B. c. Grèce* : *RJS*, 2014, 73, note A. GARDIN ; *JSL*, n° 354, p. 14, note V. NIVELLES ; *RDT*, 2014, p. 120, obs. M. MINÉ ; J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit du travail », *Dr. Soc.*, 2014, n° 7/8, spéc. p. 645.

[805] J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, *op. cit.* : « Il apparaît que la Cour de Strasbourg procède à une sorte de démultiplication de l'effet horizontal de l'article 8 puisque, en définitive, elle en arrive à mettre à la charge de l'État l'obligation positive d'imposer à l'employeur l'obligation de faire respecter par tous ses salariés le droit à la vie privée de l'un d'entre eux ».

[806] Article L. 1121-1 du Code du travail.

B / Les informations professionnelles à caractère privé

206. – Parmi les informations individuelles émanant de l'activité professionnelle du salarié, la rémunération véhicule une certaine gêne, que l'on peut attribuer à une exception culturelle française[807]. Cette information, par nature professionnelle, est nécessairement connue de l'employeur. Ne relevant pas du secret professionnel dont le champ est limité, même si l'idée d'une telle intégration nous semble correspondre à sa définition, cette information se trouve protégée par le biais du droit au secret de la vie privée. En effet, intégrant le champ plus vaste de la protection du patrimoine, la rémunération a pu faire l'objet un temps d'une protection absolue. Ainsi, sa divulgation a pu être sanctionnée sur le fondement du droit au respect de la vie privée, notamment en matière de revenus d'un salarié alors diffusés par son ex-employeur[808] ou encore par un tiers[809]. De même, le fait qu'un comité d'entreprise exige que les salariés produisent une photocopie de leur déclaration de revenus pour pouvoir bénéficier de la répartition de la prime de vacances a pu être considéré comme attentatoire à la vie privée[810]. Cette approche très protectrice du patrimoine a fait l'objet d'évolutions tendant d'abord à légitimer les atteintes par le biais de la liberté d'expression. Ainsi ont pu être jeté en pâture au public la rémunération de dirigeants, mêmes salariés, en vertu de leur influence sur la vie économique et la contribution de cette information au débat public[811]. Toutefois, ces décisions se situaient dans un mouvement jurisprudentiel libéral, lequel aboutira selon certains auteurs à l'exclusion du patrimoine du champ de

---

[807] J.-ch. SAINT-PAU, « Jouissance des droits civils » , *J.-Cl. Code civil*, Fasc. n°10, spéc. n° 138.

[808] Divulgation des ressources d'un journaliste par le journal qui l'avait licencié : TGI Paris, 1ère ch., 11 juillet 1984, *B. C/ Les Editions Lieu Commun* : D., 1985, inf. rapp. p. 166, obs. R. LINDON.

[809] Divulgation, dans un ouvrage, de la pension d'invalide de guerre, des indemnités allouées par des organismes sportifs et des salaires d'une personnalité du sport : TGI Paris, 1ère ch. A, 12 janvier 1987, *Sté Presse Alliance c/ Mac Neil* : *D.*, 1987, somm. p. 386, obs. R. LINDON.

[810] Cass. civ. 1ère, 29 mai 1984, n° 82-12.232, *Bull. civ. I*, 1984, n° 176 : *D.*,1985, somm. p. 17, obs. R. LINDON.

[811] Cass. civ. 1ère, 4 octobre 1989, n° 87-19.658, *Bull. civ. I*, 1989, n° 307 : *Gaz. Pal.*, 1990, 1, Pan. Jurispr., p. 13 ; CA Paris, 12 octobre 1988 : *D.*, 1988, inf. rapp. p. 296 ; *D.*, 1990, somm. p. 350, obs. D. AMSON – Comp. TGI Paris (réf.), 28 septembre 1989, *J. Calvet c/ Le Canard Enchainé* : *Gaz. Pal.*, 1989, 2, somm. p. 789 – *Adde* P. BERTIN, « Affaire Calvet, L'argent des autres », *Gaz. Pal.*, 1989, 2, doctr. p. 549 : les journalistes, condamnés en France pour recel de photocopies d'avis d'imposition obtenues en violation du secret professionnel, avaient porté l'affaire devant la Cour de Strasbourg en invoquant une atteinte à leur liberté d'expression protégée par l'article 10 de la Convention EDH. La France fut condamnée pour violation de l'article 10 (CEDH, 21 janvier 1999, aff. 29183/95, *Fressoz et Roire c/ France* : *D.*, 1999, somm., p. 272, obs. N. FRICERO ; J*CP G*, 1999, II, 10120, note E. DERIEUX ; *RTD civ.*, 1999, p. 359, obs. J. HAUSER ; *ibid.*, p. 909, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTDH,* 1999, p. 673, obs. C. BIGOT ; *cf* égal. : F. DEBOISSY et J.-Ch. SAINT-PAU, « La divulgation d'une information patrimoniale (à propos de l'affaire Calvet) », *D.*, 2000, chron., p. 267.

protection de la vie privée[812]. La position française était ainsi résumée par la CEDH : « selon la Cour de cassation les questions patrimoniales concernant une personne menant une vie publique tel un dirigeant d'une grande entreprise, ne relève pas du domaine de la vie privée »[813]. La Cour de cassation prenant en compte la critique majoritaire de la doctrine[814], tempéra cette exclusion de principe, en estimant que « si le salaire de celui qui n'est pas une personne publique et ne jouit d'aucune notoriété particulière [ressort] de sa vie privée, sa publication nominative, au sein d'une liste de gains comparés que reproduit un article de presse consacré aux difficultés financières notoires de l'entreprise, dans le contexte de la polémique ainsi suscitée et relayée par les médias, participe de l'actualité économique et sociale des faits collectifs dans lesquels elle s'insère, et du droit du public à être informé sur ceux-ci »[815]. Si en l'occurrence la Cour a validé la publication des salaires, le juge procède à l'équilibrage des intérêts en présence, la protection de l'information patrimoniale demeurant le principe.

En se basant sur cette approche, la Cour de cassation a pu par la suite admettre la divulgation d'un tableau indiquant les noms des délégués du personnel, qui s'étaient fait rembourser des frais de déplacement par leur employeur, exposés à l'occasion de l'exercice de leur mandat, ainsi que le montant individualisé de ces sommes. La Cour a pu alors considéré que cela ne portait pas atteinte, ni à la considération, ni à l'intimité de la vie privée des représentants du personnel, et ne constituait pas davantage l'entrave aux fonctions de la représentation du personnel[816].

207. – D'autres données, pourtant d'origine professionnelle, peuvent bénéficier d'une protection au titre de la vie privée. Cette extension est illustrée par la notion doctrinale

---

[812] « Nul citoyen ne peut mettre sa richesse (au moins dans son ordre de grandeur) à l'abri du mur de la vie privée. Notre patrimoine est nu. Pignon sur rue. Que de vertu » : G. CORNU, *Droit civil, Les personnes*, n°31, note 73.

[813] CEDH, 21 janvier 1999, *op. cit.* ; *cf* ég. FL. DEBOISSY et J.-Ch. SAINT-PAU, *op. cit.* : soulignant que cela constitue un simple constat de la part de la CEDH et ne témoigne pas de la position de ladite Cour, bien différente.

[814] *Cf* not. J. HAUSER, « La vie privée et l'argent », obs. ss Cass. 1ère civ., 20 octobre 1993, *RTD civ.*, 1994, p. 77, n° 5 ; P. KAYSER, note ss Cass. 1ère civ., 28 mai 1991, *D.*, 1992, jurispr. p. 213 ; J. RAVANAS, note ss CA Versailles, 17 mai 1995, *D.*, 1996, p. 409 ; Y. PICOD, note ss Cass. 1ère civ., 20 octobre 1993, *D.*, 1994, jurispr. p. 594 ; F. RINGEL, note ss Cass. 1ère civ., 28 mai 1991, *JCP G*, 1992, II, 21845.

[815] Cass. civ. 1ère, 15 mai 2007, (huit arrêts), n° 06-18.448, *Bull. civ. I*, n° 191 ; n° 06-18.449 à n° 06-18.456 ; *Comm. com. électr.*, 2007, comm. 127, A. LEPAGE ; *JCP G*, 2007, II, 10155, note J. LASSERE-CAPDEVILLE ; *D.*, 2007, AJ, 1603, obs. C. DELAPORTE-CARRÉ et pan 2773, obs. C. BIGOT ; *RJPF*, 2007-9/14, obs. E. PUTMAN ; *RTD civ*., 2007, p. 546, obs. J. HAUSER.

[816] Cass. crim., 4 janvier 2005, n° 04-80.812, Inédit : D*r. soc.*, 2005, p. 708, obs. F. DUQUESNE.

de « vie privée professionnelle »[817]. Cette dernière a notamment été mobilisée par les commentateurs d'une décision de la Cour de cassation, ayant retenu le caractère confidentiel de l'affiliation syndicale d'un salarié[818]. Au visa de l'article 9 du Code civil, la Cour de cassation a ainsi estimé que : « l'adhésion du salarié à un syndicat relève de sa vie personnelle et ne peut être divulguée sans son accord ; qu'à défaut d'un tel accord, le syndicat qui entend créer ou démontrer l'existence d'une section syndicale dans une entreprise, alors que sa présence y est contestée, ne peut produire ou être contraint de produire une liste nominative de ses adhérents ».

Certains commentateurs ont apprécié positivement la position de la Cour de cassation, ayant ainsi choisi de s'approprier l'interprétation large de la CEDH de la notion de vie privée et familiale, cette dernière ayant déjà tranché en faveur de ce type de vie privée issue du monde professionnel, intégrant alors la notion plus générale de « vie privée sociale »[819]. Initialement, la notion de vie privée professionnelle avait alors fait son apparition sous la plume de certains auteurs[820] lors de la consécration par la Cour européenne du « droit de gagner sa vie par le travail »[821]. En admettant que l'atteinte à la confidentialité de l'affiliation syndicale pourrait entacher le droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables, cette question semble donc se rattacher à la protection de la vie privée professionnelle[822].

208. – Toutefois, la doctrine semble réservée à une telle intégration des données professionnelles dans le champ de la vie privée. Certains auteurs s'y opposent : « c'est

---

[817] J. MOULY, « La confidentialité de l'affiliation syndicale ou l'avènement, en droit interne, de la "vie privée professionnelle" », *op. cit.* ; *cf* not. CEDH, 16 décembre 1992, *Niemetz c/ Allemagne*, *op. cit.*

[818] Cass. soc., 8 juillet 2009, n° 09-60.011, n° 09-60.031, n° 09-60.032, *Sté Okaidi*, *Bull. civ. V*, 2009, n° 180 : *RDT*, 2009, p. 729, obs. M. GRÉVY ; *Dr soc.*, 2009, p. 950, note M.-L. MORIN ; G. BORENFREUND, « Présomption de représentativité et constitution d'une section syndicale, Brèves observations sur l'arrêt Okaidi », *SSL*, n° 1412, p. 6 ; J. MOULY, « La confidentialité de l'affiliation syndicale ou l'avènement, en droit interne, de la vie privée professionnelle », *op. cit.* ; G. LOISEAU, « Focus sur la vie personnelle du salarié », *D.*, 2009, p. 2393 ; B. GAURIAU, « Premières interprétations de la loi « démocratie sociale » par la Cour de cassation (à propos des arrêts du 8 juillet 2009) », *JCP S*, 2009, n° 1416.

[819] J.-P. MARGUÉNAUD, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, F. SUDRE et alii, 5ème éd. PUF, n° 45, spéc. p. 485 ; CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, *op. cit.* ; CEDH, 16 avril 2002, *Sté Colas c/ France*, *op. cit.*

[820] J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « Le droit de gagner sa vie par le travail devant la CEDH », *op. cit.*

[821] Des anciens agents du KGB avaient été dans l'impossibilité de retrouver du travail, induisant une exclusion de la vie sociale par le travail : CEDH, 27 juillet 2004, req. n° 55480/00 et n° 59330/00, *Sidabras et Dziautas c/ Lituanie*.

[822] *Contra* G. LOISEAU, « Focus sur la vie personnelle du salarié », *op. cit.* : « De fait, la perception que l'on a ordinairement de l'appartenance syndicale la situe dans un environnement professionnel avec la perspective de pourvoir à la défense d'intérêts eux-mêmes professionnels. Le caractère personnel de l'engagement ne suffit dès lors pas à le faire ostensiblement ressortir du domaine de la vie personnelle ».

déformer la vie privée que d'y placer des données qui ne touchent pas au plus intime de la personne sous prétexte de les soustraire au regard de l'employeur. Rationnellement, la personnalité de l'individu n'est pas atteinte, à travers sa vie privée, par la divulgation de son appartenance à un syndicat... C'est tout simplement qu'il n'est pas dans la nature de l'article 9 du Code civil de garantir le secret de l'exercice des libertés, fussent-elles fondamentales, comme la liberté politique, religieuse ou encore syndicale »[823]. Il faut toutefois préciser que la Cour a pris le soin de ne pas recourir au concept de vie privée mais à celui de vie personnelle[824]. En effet, la vie privée pouvant apparaître comme un « costume trop petit »[825] lorsqu'il s'agit de protéger des éléments personnels publics du salarié. Néanmoins, le visa de l'article 9 du Code civil par la Cour entretient la confusion et se rapproche de l'idée d'une mobilisation de cette disposition, quand bien même elle ne viserait pas uniquement le secret de la vie privée.

209. – Si la Cour de cassation a par ailleurs confirmé sa position[826], une décision de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence semble introduire une nuance. Cette dernière, tout en estimant que l'adhésion à un syndicat entre dans le domaine de la vie privée professionnelle[827], sa révélation, sans le consentement de l'intéressé, peut se justifier par la protection d'une autre liberté fondamentale : la liberté syndicale. La liberté d'expression syndicale qui en découle a ainsi servi de fondement au juge afin d'écarter la responsabilité d'un syndicat ayant révélé dans un journal interne le nom d'un adhérent à un syndicat concurrent avec lequel ladite organisation était en conflit. « Ce conflit relaté dans divers numéros d'un journal syndical à diffusion interne et uniquement destiné aux salariés (...) relève d'une certaine liberté de ton qui participe de la liberté syndicale, principe constitutionnel reconnu également par plusieurs conventions internationales »[828].

S'il ne peut être reproché à la Cour de cassation d'avoir mis en équilibre les intérêts en présence, il nous semble néanmoins que la justification de l'atteinte, habituellement

---

[823] *Ibid.*
[824] B. BOUDIAS, « La vie personnelle du salarié à nouveau sous l'emprise de sa vie professionnelle », *D.*, 2004, p. 2462.
[825] B. GAURIAU, « Premières interprétations de la loi « démocratie sociale » par la Cour de cassation (à propos des arrêts du 8 juillet 2009) », *op . cit.*
[826] Cass. soc., 31 mars 2010, n° 09-60.241, Inédit.
[827] « Aucune raison de principe ne permet d'exclure les activités professionnelles de la notion de vie privée » : Cass. soc., 31 mars 2010, *op. cit.*
[828] *Ibid.*

examinée en matière de conflits entre vie privée et liberté d'expression, notamment par la prise en compte de l'intérêt du public, même restreint, à disposer de cette information, aurait pu déboucher sur une solution opposée, faute d'arguments suffisants de la part du divulgateur.

210. – Une application large de la liberté d'expression syndicale contribue ainsi à réduire l'effectivité de la vie privée professionnelle, et semble renforcer cette spécificité culturelle française, hostile à une conception étendue de la vie privée, mais en confrontation avec la vision européenne. En effet, la CEDH conçoit largement la vie privée, ayant ainsi affirmé qu' « il serait trop restrictif de limiter (la vie privée) à un "cercle intime" où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. (...) Il paraît n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la vie privée comme excluant les activités professionnelles ou commerciales : après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur »[829] En effet, le militantisme syndical permet assurément un épanouissement personnel, voire professionnel[830], remplissant ainsi un rôle similaire à ce qu'attribue la CEDH au travail. Certaines critiques sont pourtant opposées à cette conception : « De fait, la perception que l'on a ordinairement de l'appartenance syndicale la situe dans un environnement professionnel avec la perspective de pourvoir à la défense d'intérêts eux-mêmes professionnels. Le caractère personnel de l'engagement ne suffit dès lors pas à le faire ostensiblement ressortir du domaine de la vie personnelle »[831]. Pourtant, au-delà de l'origine professionnelle de l'affiliation syndicale, ainsi que de l'évaluation du degré de conviction nécessaire à une telle adhésion, il convient nous semble-t-il de s'attacher davantage à la dimension collective d'une telle activité et à son potentiel relationnel, et qui cadre à l'objectif affiché par la Cour, à savoir protéger la vie privée et donc sa divulgation pour garantir son exercice.

211. – Si la divulgation dans la relation de travail semble toucher tout autant l'entreprise que les salariés, son encadrement diffère selon la nature des informations

[829] CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, *op. cit.*
[830] Ainsi, les compétences acquises peuvent faire l'objet d'une validation d'acquis : article L. 2141-5 du Code du travail.
[831] G. LOISEAU, *op. cit.*

en cause. En effet, la responsabilité de l'entreprise semble légitimer un renforcement des obligations de confidentialité dévolues au salarié, qu'elles soient d'origine légales ou contractuelles. À l'opposé, la protection de la vie privée du salarié semble davantage débattue même si une conception plus large de celle-ci tend à vouloir étendre la protection de celle-ci par le biais de la notion de vie privée professionnelle.
Si la présence d'un cadre répressif est indispensable, il doit toutefois être complété face à un risque d'exposition, lequel d'ailleurs peut parfois être justifié, voir désiré, ou au contraire subi.

SECTION 2 : L'EXPOSITION A LA DIVULGATION

212. – L'exposition de l'individu peut paraître inéluctable dans une société innervée par les technologies d'information et de la communication. En effet, l'indiscrétion n'a jamais été aussi rapide et peu coûteuse, laissant un champ important à la tentation ou à une spontanéité mal avisée. Dans ce contexte, la seule répression peut paraître imparfaite à pouvoir limiter à elle-seule le risque de divulgation d'informations personnelles. Il convient alors de se concentrer sur la manière d'encadrer l'exposition de l'individu, laquelle peut tout d'abord être évitée par la mise en place de moyens de prévention (§1), mais nécessite également d'être encadrée dans le cas où elle pourrait être justifiée (§2).

§1 : La prévention du risque de divulgation

213. – La prévention est avant tout une démarche qui consiste à évaluer les risques potentiels, en vue d'empêcher leur survenance ou à les limiter[832]. Dans ce but, en matière de sécurité informatique, le législateur impose au responsable de traitement une obligation de précaution (A), laquelle tend alors à s'étendre (B).

[832] Démarche pouvant se décliner en de multiples actions ; v. pas ex. en matière d'obligation de sécurité des salariés, article L. 4121-2 du Code du travail.

A / Une obligation de précaution

214. – En matière de conservation et d'utilisation des données, la prudence est de mise. Une obligation générale de précaution est ainsi imposée au responsable du traitement, lequel « est tenu de prendre toutes précautions utiles, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour préserver la sécurité des données »[833]. Cette protection peut d'ailleurs se trouver renforcée par le biais de textes spécifiques en matière d'informations jugées sensibles, précisément en matière de santé[834]. Le principe de précaution est également rappelé par la CNIL, à l'occasion de plusieurs recommandations, énoncées notamment en matière d'utilisation des données dans le milieu professionnel, que ce soit en matière de recrutement[835], de gestion du personnel[836], ou sans recourir particulièrement à ce terme en matière de certains contrôles opérés à l'égard des salariés[837].

---

[833] Article 34 de la loi du 6 janvier 1978, modifié par l'article 5 de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

[834] Article 34, al. 2 prévoyant la possibilité de « prescriptions techniques » supplémentaires, étant toutefois uniquement concernés par ces dispositions, d'une part, les traitements nécessaires à la sauvegarde de la vie humaine pour lesquels la personne concernée ne peut donner son consentement par suite d'une incapacité juridique ou d'une impossibilité matérielle, et, d'autre part, ceux nécessaires aux fins de la médecine préventive, à l'établissement de diagnostics médicaux, à l'administration de soins ou de traitements ou à la gestion de services de santé mis en œuvre par un membre d'une profession de santé ou par une autre personne astreinte au secret professionnel ; à titre d'illustration v. not. R. 1110-3 du Code de la santé publique (utilisation de la carte de professionnel de santé), sur les difficultés de mise en place et réclamant une intervention du législateur pour compléter les règles relatives à la protection des données de santé (L. TILMAN, P. FRIMAT, « TIC et santé au travail : la protection des données de santé », *JCP S*, 2013, 1453), et notamment en matière de services santé travail et du DMST. Ce dernier « n'appartient pas au médecin du travail ; le SST en est dépositaire ». En matière de SST d'entreprise ou de grands groupes, « il est indispensable que le réseau médical soit isolé du dispositif général avec cryptage des données ».

[835] CNIL, délibération n° 81-094, 21 juillet 1981 portant adoption d'une recommandation relative aux mesures générales de sécurité des systèmes informatiques : « Les personnes chargées du recrutement sont tenues de s'engager vis-à-vis des candidats à prendre toutes précautions utiles afin de préserver la sécurité et la confidentialité des informations ».

[836] CNIL, Norme simplifiée n° 46, délibération n° 2005-002 portant adoption d'une norme destinée à simplifier l'obligation de déclaration des traitements mis en œuvre par les organismes publics et privés pour la gestion de leurs personnels – Article 8 : « Le responsable de traitement prend toutes précautions utiles pour préserver la sécurité des données ».

[837] CNIL, Norme simplifiée n° 42, délibération n° 02-001 du 8 janvier 2002 concernant les traitements automatisés d'informations nominatives mis en œuvre sur les lieux de travail pour la gestion des contrôles d'accès aux locaux, des horaires et de la restauration – article 8 : « Des mesure de sécurité physique et logique doivent être prises afin de préserver la sécurité du traitement et des informations ».

215. – La précaution ainsi demandée vis-à-vis des données conservées vise « notamment [à] empêcher qu'elles soient déformées, endommagées, ou que des tiers non autorisés y aient accès »[838]. L'article 17 de la directive 95/46/CE contient des éléments supplémentaires en protégeant également les données « contre la destruction accidentelle ou illicite, la perte accidentelle, l'altération, la diffusion ou l'accès non autorisé notamment lorsque le traitement comporte des transmissions de données dans un réseau, ainsi que contre toutes autres formes de traitement illicite ». Si ces éléments se retrouvent dans les dispositions du Règlement récemment adopté[839], ce dernier prévoit toutefois un certains nombre des mesures techniques permettant d'assurer cette obligation de sécurité , telles que « la pseudonymisation et le chiffrement des données à caractère personnel » ou encore « une procédure visant à tester, à analyser et à évaluer régulièrement l'efficacité des mesures techniques et organisationnelles pour assurer la sécurité du traitement »[840].

Ces précisions légales permettant de pallier aux déficiences du droit interne en la matière[841], les responsables de traitement ayant jusqu'à présent comme seuls repères les recommandations de la CNIL en la matière. D'ailleurs, dès 1981 cette dernière a invité les « détenteurs ou utilisateurs de fichiers nominatifs [à] prendre, sous leur responsabilité, préalablement à toute mise en œuvre d'une application informatique, compte tenu de la finalité du traitement, du volume des informations traitées et de leur degré de sensibilité au regard des risques d'atteinte à la personne humaine, les mesures générales de sécurité nécessaires, quelle que soit la puissance du système intéressé, afin de répondre aux préoccupations essentielles en la matière »[842].

Elle recommande ainsi que « l'évaluation des risques et l'étude générale de la sécurité soient entreprises systématiquement pour tout nouveau traitement informatique, et réexaminées pour les traitements existants ». Elle a par ailleurs ajouté des précisions pratiques à ces considérations générales, au travers de différents outils accessibles en

---

[838] Article 34, *op. cit.*

[839] Article 32 du Règlement, *op. cit.* : « Lors de l'évaluation du niveau de sécurité approprié, il est tenu compte en particulier des risques que présente le traitement, résultant notamment de la destruction, de la perte, de l'altération, de la divulgation non autorisée de données à caractère personnel transmises, conservées ou traitées d'une autre manière, ou de l'accès non autorisé à de telles données, de manière accidentelle ou illicite ».

[840] *Ibid.*

[841] Même si certaines précisions existent dans des cas spécifiques : ainsi en matière de recherche médicale, l'article 55 de la loi de 1978 impose une codification des informations avant leur transmission.

[842] CNIL, délibération n° 81-094, 21 juillet 1981 portant adoption d'une recommandation relative aux mesures générales de sécurité des systèmes informatiques, *op. cit.*

ligne : une liste de conseils[843], ainsi que différents guides relatifs à la sécurité des données personnelles[844] ou encore à la gestion des risques vie privée[845]. Ainsi, peut-on distinguer les mesures techniques de celles relatives à l'organisation du système d'information[846][847]. Néanmoins, ces deux aspects sont interdépendants, comme on peut l'observer en matière de conservation de données.

216. – Les prescriptions légales en matière de conservation des données participent à cette démarche de prévention. L'article 6, 5° de la loi de 1978 prévoit ainsi que les données ne doivent pas être conservées, à de rares exceptions[848], au-delà du temps nécessaire à la finalité du traitement[849]. Toute conservation d'une durée supérieure peut être sanctionnée sur le fondement de l'article 226-20 du Code pénal[850]. La CNIL a également rappelé ces impératifs de durée limitée dans différents aspects liés à la vie professionnelle. La limite est alors fixée, soit en rapport avec les traitements, soit par l'imposition d'une durée fixe.

Ainsi, en matière de gestion du personnel, les données « ne sont pas conservées par les services gestionnaires au-delà de la période d'emploi de la personne concernée »[851]. « Les données relatives aux sujétions particulières ouvrant droit à congés spéciaux ou à crédit d'heures de délégation ne sont pas conservées au-delà de la période de sujétions

---

[843] CNIL, 10 conseils pour la sécurité de votre système d'information, 12 octobre 2009 : www.cnil.fr [consulté le 10.10.2016].

[844] CNIL, Guide relatif à la sécurité des données personnelles, éd. 2010 : www.cnil.fr [consulté le 10.10.2016] : par le biais de fiches thématiques il aborde notamment la question de l'authentification des utilisateurs, de la sécurité des postes de travail, des sauvegardes, de la sécurité des locaux ainsi que de celle du réseau informatique ou encore de la sous-traitance et même des problèmes d'archivage, d'anonymisation ou de chiffrement.

[845] CNIL, *Guide Gestion des risques vie privée,* Partie 1. La méthode, Partie 2. Catalogue de mesures, éd. 2012.

[846] Considérant n° 46 de la directive : « la protection des droits et libertés des personnes concernées à l'égard du traitement de données à caractère personnel exige que des mesures techniques et d'organisation appropriées soient prises tant au moment de la conception qu'à celui de la mise en œuvre du traitement, en vue d'assurer en particulier la sécurité et d'empêcher ainsi tout traitement non autorisé ».

[847] Tel que la méthode EBIOS (Expression des Besoins et Identification des Objectifs de Sécurité) dans le contexte spécifique de la protection de la vie privée.

[848] Article 36 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée : en matière de traitements à des fins historiques, statistiques ou scientifiques ou encore en matière d'archivage tel que prévu dans le cadre du livre II du Code du patrimoine.

[849] Exemple en matière de recherches médicales, l'article 55 de la loi du 6 janvier 1978 prévoit qu' « à l'issue de la période nécessaire à la recherche, les nouvelles dispositions de la loi "Informatique et libertés" imposent que les données personnelles traitées ne peuvent en principe pas être conservées ».

[850] Prévoyant l'application d'une peine de 5 ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

[851] CNIL, délibération n° 2005-002, *op. cit.* – article 6.

de l'employé concerné »[852]. Toutefois, « au-delà, ces données peuvent être archivées sur un support informatique distinct et à accès très limité, conformément aux règles applicables en matière d'archives publiques et d'archives privées »[853].

Des termes chiffrés peuvent également être imposés. Ils oscillent alors entre 3 mois concernant par exemple les déplacements de personnes[854], jusqu'à 5 ans s'agissant des éléments d'identification du salarié, les motifs d'absence, en matière de paiement de la restauration avec retenue sur salaire, ou bien encore les contrôles opérés en terme de durée du travail[855]. De même, en matière de recrutement, « la commission recommande que le candidat ayant fait l'objet d'une procédure de recrutement, que cette dernières ait abouti ou non (…) la durée de conservation de ces informations ne devrait pas excéder deux ans après le dernier contact avec la personne concernée »[856].

Il en va différemment en matière de santé au travail, les affections de longue durée pouvant nécessiter des temps de conservation plus longs : « la tendance est à la conservation jusqu'à une durée de 50 ans, qui correspond au délai de prise en charge de maladies professionnelles dans le cas des [produits] cancérogènes »[857].

Les prescriptions peuvent également concerner l'étendue des données conservées[858] ou bien encore les conditions d'hébergement des données. Ainsi, s'agissant des données sensibles telles que celles concernant la santé, si le recours à des hébergeurs désignés ou agréés permet d'assurer un niveau supérieur de protection, le cadre semble toutefois moins contraignant lorsqu'il s'agit de données de santé au travail, le dossier médical de santé au travail pouvant de son côté être conservé au sein de l'établissement de santé l'ayant constitué. Même constat concernant « la standardisation et l'encadrement des hébergeurs, qui doivent être agréés par l'Etat pour le DMP[859], alors que ceci n'est pas imposé pour le DMST »[860]. Cette différence de contraintes peut souffrir de légitimité,

---

[852] *Ibid*.
[853] *Ibid*.
[854] CNIL, délibération n° 02-001, *op. cit.* – article 4.
[855] Ibid.
[856] CNIL, délibération n° 02-017 du 21 mars 2002 portant adoption d'une recommandation relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives lors d'opérations de recrutement, *op. cit.*
[857] V. MESLI, « Quelles articulations entre le dossier médical personnel et le dossier médical de santé au travail ? », *RDSS*, 2014, 266 ; cf également A. CHAPOUTHIER-GUILLON, « Le dossier médical en santé au travail », *Travail et sécurité*, n° 725, 2012, p. 48.
[858] Volonté de minimiser les données conservées ; v. not. article L. 583-3 du Code de la sécurité sociale : « données strictement nécessaires à l'attribution des prestations familiales ».
[859] Dossier Médical Personnel.
[860] V. MESLI, *op. cit.*

compte tenu du caractère semblable, notamment en terme de degré de sensibilité, des données contenues dans ces deux dossiers.

217. – Afin de cerner au mieux ses obligations en terme de sécurité, le responsable de traitement peut se référer à la jurisprudence rendue sur le fondement du défaut de précaution[861]. Cette dernière a pu tantôt retenir le délit de manquement à la sécurité informatique[862], ou bien encore le défaut de précaution[863], à l'encontre du responsable de traitement ayant agi avec légèreté blâmable, que ce soit en laissant perdurer certains risques, de confusion notamment en raison d'homonymies potentielles[864], ou en procédant à des diffusions de données non maîtrisées, ou insuffisamment encadrées[865]. Ainsi, un syndicat interprofessionnel de médecins du travail a pu être condamné en raison d'un défaut de précautions permettant de préserver les informations et notamment empêcher qu'elles ne soient communiquées à des personnes non autorisées, la note de service qui rappelait la confidentialité des mots de passe ne permettant pas de combler le défaut de formation des utilisateurs dans la connaissance du système[866].
La CNIL a également prononcé à plusieurs reprises des sanctions à l'encontre de responsables de traitement : tant des avertissements, très souvent publics[867], mais également des sanctions pécuniaires[868]. A l'instar des juges judiciaires, la Commission sanctionne également les manquements à la sécurité émanant du responsable de

---

[861] Article 226-17 du Code pénal : « Le fait de procéder ou de faire procéder à un traitement de données à caractère personnel sans mettre en œuvre les mesures prescrites à l'article 34 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende ».
[862] CA Rennes, ch. Corr., 13 janvier 1992 : *DIT*, 1994, n° 94/1, p. 28, note H. MAISL.
[863] CA Paris, 11e ch., sect. A., 15 février 1994, n° 93/03512, Centrale professionnelle d'information sur les impayés et a. - CNIL, 15e rapport d'activité, 1994 : *Doc. fr.*, 1995, p. 462 ; *JCP E*, 1994, act. 699 ; *JCP G*, 1996, I, 3950, obs. M. VÉRON, confirmée par Cass. crim., 19 décembre 1995, n° 94-81.431, *Bull. crim.*, 1995, n° 387 : *JCP G* 1996, IV, 702.
[864] Les insuffisances observées dans les mesures permettant d'éviter les risques d'homonymie, ce manquement ayant eu pour effet le refus – indu – d'un prêt à l'homonyme qui en avait été victime : CA Paris, 11e ch., sect. A., 15 février 1994, n° 93/03512, *op. cit.* - *Contra* lorsque la preuve des insuffisances n'est pas rapportée, CA Pau, 1ère ch., 28 mai 1997, *Mertz c/ Centrale professionnelle d'information sur les impayés* : *JCP E*, 1997, 1298 ; *JCP G*, 1997, IV, 2423.
[865] *Cf* not. CA Rennes, ch. Corr., 13 janvier 1992, *op. cit.* : le délit de manquement à la sécurité informatique est constitué en diffusant une liste informatique de 900 personnes contenant des renseignements relatifs à d'autres personnes que celles intéressées par un prêt en n'attirant pas l'attention des commerçants sur la confidentialité des informations diffusées notamment à l'égard de leurs préposés et leur employés.
[866] Cass. crim., 30 octobre 2001, n° 99-82.136, Inédit : *Gaz. pal.,* 2002, n° 297, p. 40, note A. MOLE et H. LEBON.
[867] Pour manquement sérieux à l'article 34 de la loi : CNIL, délibération n° 2006-208 du 21 septembre 2006.
[868] Ex. : 10 000 euros pour manquement à l'obligation de sécurité : CNIL, délibération n° 2007-046 du 15 mars 2007 ; 5 000 euros pour n'avoir pas veillé à la confidentialité des informations contenues sur le site Internet : CNIL, délibération n° 2008-053 du 21 février 2008.

traitement, tenant notamment à la simple existence de failles de sécurité[869], à la mauvaise configuration des outils utilisés[870] ou encore le défaut de sensibilisation[871] des utilisateurs. A titre d'exemple, un avertissement rendu public sur le site Internet de la Commission et sur le site *Légifrance*, ainsi qu'une sanction pécuniaire de 10 000 euros ont été prononcés à l'encontre d'une société ayant utilisée des mots de passe composés de cinq caractères, correspondant aux prénoms et noms de famille des salariés, et restés inchangés depuis 2 ans, permettant d'accéder aux ordinateurs contenant des données personnelles, objet des traitements, qu'ils pouvaient contenir[872]. Si les données personnelles en cause dans cette affaire résultaient de traitements opérés dans le cadre de l'activité de l'entreprise, la même solution aurait pu être envisagée s'agissant de telles données concernant les salariés de l'entreprise[873]. « Il en ressort que la Commission attache une attention sans cesse plus importante à ce que les mesures les plus élémentaires de sécurité soient prises, notamment en terme de robustesse des mots de passe utilisés »[874].

L'employeur a donc tout intérêt à multiplier les mesures de prévention, tant par des moyens techniques, que par une sensibilisation des utilisateurs du système d'information[875], afin de garantir un résultat. Quand bien même cette obligation de précaution ne constitue pas une obligation de résultat, comme le reconnaît la CNIL elle-même[876], mais plutôt une obligation de moyens, cette dernière tend toutefois à être de plus en plus renforcée. Cette position doit tout de même être confrontée à la jurisprudence « rigoureuse »[877] en matière de mis en jeu de la responsabilité du responsable de traitement. En effet, la jurisprudence semble ainsi refuser en tant que cause d'exonération, la conformité aux exigences adressées par la CNIL[878]. À l'inverse,

---

[869] CNIL, délibération n° 2012-176 du 21 juin 2012.

[870] Déficience de la société dans la configuration des dossiers publics de la messagerie : délibération n° 2012-176 *op. cit.*

[871] CNIL, délibération n° 2009-002 du 20 janvier 2009.

[872] CNIL, délibération n° 2013-139 du 30 mai 2013.

[873] Mais toutefois conservées par l'entreprise, à la différence de celles enregistrées par le salarié lui-même sur l'ordinateur mis à sa disposition, lequel se trouve soumis à une présomption d'utilisation professionnelle.

[874] R. PERRAY, « Données à caractère personnel », *J.-Cl. Communication*, *op. cit.*, spéc. n° 70, citant CNIL, délibération n° 2014-293 du 17 juillet 2014 prononçant une sanction pécuniaire de 3000 euros pour la Fédération Française d'Athlétisme.

[875] La formation semble alors revêtir dans la jurisprudence une importance significative.

[876] CNIL, délibération n° 2014-238, 12 juin 2014 ; *cf* CNIL, « Fuite de données clients : avertissement pour DHL », 19 juin 2014 : www.cnil.fr [consulté le 10.10.2016].

[877] P L. GRYNBAUM, C. Le GOFFIC, L. MORLET-HAÏDARA, *op. cit.*, spéc. n° 1161.

[878] CA Paris, 11e ch., sect. A., 15 févr. 1994, *op. cit.* ; alors que l'absence de mise en conformité alors demandée par la Commission, est quant à elle sanctionnée : CNIL, délibération n° 2014-261, 26 juin 2014.

elle se révèle plutôt clémente s'agissant de la révélation des failles de sécurité par un tiers, et ce malgré l'intrusion de ce dernier dans le système d'information de l'entreprise[879].

218. – L'impératif de sécurité trouve également un relais notable en droit de l'Union européenne. Un arrêt retentissant de la CJUE, est venu déclarer illégale la directive 2006/24/CE[880], au motif notamment, outre son caractère disproportionné, qu'elle n'apportait pas « les garanties suffisantes, telles que requises par l'article 8 de la Charte », dès lors qu'elle ne prévoyait pas de « règles spécifiques et adaptées à la vaste quantité des données dont la conservation est imposée par cette directive, au caractère sensible de ces données ainsi qu'au risque d'accès illicite à celles-ci, règles qui seraient destinées notamment à régir de manière claire et stricte la protection et la sécurité des données en cause, afin de garantir leur pleine intégrité et confidentialité »[881].
Le Règlement européen semble également aller dans le sens d'un accroissement des obligations en terme de sécurité, imposant ainsi une obligation d'évaluation des risques, ainsi que la mise en place d'un délégué à la protection des données[882], et en encourageant l'élaboration de codes de conduite et les démarches de certification[883]. Les entreprises devront donc toutes revoir leurs exigences en terme de sécurité ainsi que leur organisation, d'autant l'obligation de précaution connaît un certaine extension.

---

[879] Une sorte de lanceur d'alerte bénéficiant d'une amnistie, ex : TGI Créteil, 23 avril 2013, *Ministère public c/ olivier L.* : prononçant la relaxation d'un prévenu sur le fondement du délit d'accès et de maintien frauduleux dans un système de traitement automatise de données, sur le motif que le responsable de traitement, en l'occurrence l'Agence nationale de sécurité sanitaire, de l'environnement et du travail, n'avait pas sécurisé son système d'information contre les intrusions ; *cf* également CA Paris, 20 octobre 2002, *Kitetoa c/ le site Tati*.
[880]Directive n° 2006/24/CE, du 15 mars 2006, sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications.
[881] CJUE, 8 avril 2014, aff. C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd*, pts 66 s. ; E. WERY, « Données de connexion : la directive est déclarée illégale par la Cour de justice » , 8 avril 2014 : www.droit-technologies.org [consulté le 10.10.2016] ; *Gaz. Pal.*, 17 avril 2014, n° 107, p. 3, obs. C. KLEITZ ; *RLDI*, mai 2014, n° 3426, p. 36, note E. DERIEUX et n° 3464, p. 44, obs. L. COSTES ; *AJDA*, 2014, p. 1147, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY et H. CASSAGNABÈRE ; *D.*, 2014, p. 1355, note C. CASTETS-RENARD.
[882] Articles 37 à 39 du règlement 2016/679/UE
[883] Article 40 et suivants du règlement 2016/679/UE.

B / L'élargissement de l'obligation de précaution

219. – L'extension de l'obligation de sécurité s'observe d'abord par la responsabilisation d'un acteur potentiel du système d'information : le sous-traitant. En effet, sous l'égide des textes actuels, il appartient au responsable de traitement de prendre les mesures permettant d'assurer la confidentialité des données en cas d'opérations de sous-traitance. Aussi, est-il conseillé de les prévoir contractuellement, comme l'y invite la loi[884]. Même si celle-ci prévoit que des obligations incombent au sous-traitant, la responsabilité reste focalisée sur le responsable de traitement. La personne lésée par une éventuelle faute du sous-traitant ne pourra alors engager une action en responsabilité qu'à l'encontre du responsable de traitement, à charge pour ce dernier de se retourner contre son prestataire. Cette responsabilité est toutefois transférée lorsque le sous-traitant fait lui même appel à un tiers pour la réalisation des traitements demandés[885]. Par ailleurs, dans un objectif de renforcement de la sécurité, le Règlement européen impose la rédaction d'« un contrat ou un autre acte juridique au titre du droit de l'Union ou du droit d'un État membre, qui lie le sous-traitant à l'égard du responsable du traitement ». Le Règlement prévoit également les différents éléments que ce contrat doit contenir[886]. En outre, le sous-traitant est astreint à la même obligation de précaution en matière de sécurité des données que le responsable de traitement.

220. – La violation des données constitue un deuxième terrain sur lequel peut s'observer un élargissement des obligations en terme de sécurité des données. La loi y intègre « toute violation de la sécurité entraînant accidentellement ou de manière illicite la destruction, la perte, l'altération, la divulgation ou l'accès non autorisé à des données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement »[887], et fixe les règles à suivre en cas de violation de données à caractère personnel[888].

---

[884] Article 35 du règlement 2016/679/UE : « Le contrat liant le sous-traitant au responsable du traitement comporte l'indication des obligations incombant au sous-traitant en matière de protection de la sécurité et de la confidentialité des données et prévoit que le sous-traitant ne peut agir que sur instruction du responsable du traitement ».
[885] Article 28, 4° du Règlement 2016/679/UE.
[886] Article 28, 3° du Règlement 2016/679/UE.
[887] Article 34 bis, I, al. 2 de la loi du 6 janvier 1978, modifiée par Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques : l'article 38 de la loi a inséré l'article 34 bis, faisant suite à la mise en demeure de la France par la Commission européenne (C. CHASSIGNEUX, « Regards sur la violation de données à caractère personnel », *Comm. com. électr.*, 2011, étude n° 23), ce texte est venu en

Le législateur a toutefois restreint ces obligations à certains types d'acteurs, ne s'appliquant qu'au « au traitement des données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de la fourniture au public de services de communications électroniques sur les réseaux de communications électroniques ouverts au public, y compris ceux prenant en charge les dispositifs de collecte de données et d'identification »[889].

Ces dispositions ne valent donc que pour une partie des responsables de traitement, à savoir les fournisseurs de tels services. Par référence au code des postes et des communications électroniques, il s'agit des « prestations consistant entièrement ou principalement en la fourniture de communications électroniques », à l'exclusion des « services consistant à éditer ou à distribuer des services de communication au public par voie électronique »[890]. Sont donc principalement concernés « les fournisseurs d'accès l'Internet et les opérateurs de téléphonie mobile »[891], ce qui exclue les entreprises se livrant de manière accessoire à de telles activité. La mise à disposition de connexions auprès de ses salariés, voire même de ses clients, ne saurait emporter une telle qualification. Cette distinction risque toutefois de disparaître, le Règlement européen prévoyant l'application des dispositions en matière de sécurité pour tout responsable de traitement, et précisément en cas de notification de violation de données à caractère personnel[892].

221. – Anticipant cet élargissement, la jurisprudence a déjà opéré une atténuation de cette distinction, en s'appuyant sur d'autres dispositions. En effet, amenée à se prononcer sur la validité d'une ordonnance de référé intimant l'ordre à une société de communiquer au demandeur, « l'identité et plus généralement toute information de nature à permettre l'identification de l'expéditeur » d'un message électronique, envoyé depuis son réseau, la cour d'appel de Paris a pu retenir une interprétation extensive de la notion de « prestataire technique »[893]. Il s'agissait en l'espèce d'une société dont deux

---

particulier transposer, au sein du « paquet Télécom », l'article 2 de la directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009 modifiant les articles 1er à 4 de la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002.

[888] Il s'agit notamment d'alerter la CNIL et dans certains l'intéressé, en cas de violation des données, *cf* article 24 bis, *op. cit.*

[889] *Ibid*.

[890] Article L. 32, 6° du Code des postes et des communications électroniques.

[891] R. PERRAY, *op. cit.*, spéc. n° 63.

[892] Article 33 du Règlement 2016/679/UE.

[893] CA Paris, 4 février 2005, n° 04/20259, SA BNP Paribas c/ Sté World Press Online ; Éric A. CAPRIOLI, « La qualité de fournisseur d'accès à l'Internet : un nouveau risque juridique pour l'entreprise » :

de ses agents chargés de commercialiser son activité avaient reçu un courriel « anonyme » annonçant la fermeture prochaine de ladite société. Faisant suite à ce message, ces derniers ont présenté leur démission. Après enquête, il s'est avéré que ledit message avait été envoyé depuis un poste informatique situé dans les locaux français d'une banque. S'appuyant sur l'article 43-7 de la loi du 1er août 2000[894], la Cour a alors rejeté l'obligation d'identification qui avait été faite à la banque, mais a tout de même reconnu à celle-ci, la qualité de « prestataire technique », entraînant *de facto* l'obligation « de détenir et de conserver les données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création d'un contenu des services dont elles sont prestataires »[895]. En ce qu'elle a permis à une personne, vraisemblablement l'un de ses collaborateurs, par la mise à disposition de son réseau, d'expédier le message litigieux, la banque se range ainsi aux côtés des fournisseurs d'accès professionnels. Cette décision a suscité l'interrogation d'une partie de la doctrine, qui a relevé que « la qualification de prestataire technique pourrait ainsi être retenue pour chaque entreprise proposant en interne des accès à internet »[896]. La même solution pourrait également être retenue en matière d'hébergement[897] de données par l'entreprise, laquelle pourrait proposer à ses salariés des moyens d'expression divers tels que des blogs, sites et autres forums de discussion.

Si la loi pour la confiance dans l'économie numérique n'a pas modifié cette position[898], le règlement européen tend à confirmer cet élargissement, abandonnant ainsi toute référence à la notion de prestataire technique, pour lui préférer celle, plus globale, de responsable de traitement[899].

---

www.caprioli-avocats.com ; *Droit et patrimoine*, 2005, n° 140, p. 107 ; *RLDI*, 2005/3, n° 100 ; *comm com elec*,, 2011, comm. n° 116.

[894] Loi n° 2000-719 du 1er août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ; Article 47-7 : « Les personnes physiques ou morales dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication en ligne autres que de correspondance privée sont tenues, d'une part, d'informer leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner, d'autre part, de leur proposer au moins un de ces moyens ».

[895] Article 43-9 de la loi précitée.

[896] E.A. CAPRIOLI, *op. cit.*

[897] En qualité d'hébergeur, à savoir « les personnes physiques ou morales qui assurent, à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services » : art. 43-8, *op. cit.*

[898] Art. 6, I, 1 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, abrogeant et remplaçant l'article 43-7 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

[899] Article 32 du règlement 2016/679/UE.

222. – L'enjeu d'une telle qualification est double. D'une part, la conséquence immédiate est l'alourdissement des obligations dévolues aux entreprises notamment en terme de stockage des données de connexion, lesquelles doivent être conservées pendant au moins un an. Position d'autant plus complexe à gérer, que de telles données peuvent relever des données personnelles. Tel est le cas de l'adresse IP, un tribunal lui ayant récemment reconnu une telle qualité[900], à l'instar de certaines instances de régulation[901]. Il s'agissait en l'espèce d'une banque condamnée en ce qu'elle avait refusé de communiquer à une cliente les adresses IP des connexions sur son propre compte, laquelle désirait vérifier des tentatives de connexion frauduleuses, au motif que les données demandées ne constituaient pas des données personnelles ne permettant pas la mise en œuvre du droit d'accès. Les juges ont alors appuyé en partie leur décision sur « l'urgence résultant de la conservation légale des données pendant une durée limitée à un an », à laquelle la banque était astreinte, obligation qui est normalement réservée aux prestataires techniques[902]. Cette solution témoigne de l'interprétation encore une fois extensive de cette qualité de prestataire technique à des entreprises dont ce n'est pas l'activité principale. Cette interprétation doit toutefois être relativisée en raison des obligations propres pesant sur les établissements financiers, pouvant contribuer à la conservation de telles données[903]. « La prudence reste cependant de mise et requiert de considérer que les entreprises devraient se mettre en mesure de communiquer ces informations sur demande, et donc de les collecter »[904].

223. – D'autre part, la qualification de « prestataire technique » peut être perçue plus positivement, en ce qu'elle permet de bénéficier alors d'un aménagement de responsabilité, tant civile[905] que pénale[906]. En effet, soucieux d'éviter de faire peser un risque juridique trop important aux fournisseurs d'accès et d'hébergement, le législateur a fait dépendre la mise en œuvre de leur responsabilité à un avertissement préalable du caractère illicite des informations véhiculées ou détenues par eux. La sanction

---

[900] TGI Paris, ord. réf., 7 juillet 2014, *M. C/ Crédit Lyonnais* : *Comm. Com. Elec.*, 2014, n° 81, comm. E. A. CAPRIOLI

[901] CNIL, délibération n° 01-018, du 3 mai 2001 portant avis sur le projet de loi sur la société de l'information ; G29, avis n° 4/2007 du 20 juin 2007, sur le concept de données personnelles, 01248/07/FR, WP 136.

[902] Art. L. 34-1 du Code des postes et des communications électroniques.

[903] Règlement général AMF, Règlement 97-02 notamment, cité par E. A. CAPRIOLI, *op. cit.*

[904] E. A. CAPRIOLI, *op. cit.*

[905] Art. 6, I, 2 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004.

[906] Art. 6, I, 3 de loi précitée.

éventuelle vise ainsi leur inaction et non l'action de tiers dont ils n'auraient pas à être responsables.

Néanmoins, s'intéressant au contenu des données hébergées, l'entreprise mettant à disposition un outil de communication semble devoir en maîtriser le contenu. « Cette confusion entre prestataire, qui fournit à titre habituel des moyens techniques, et éditeur de site, qui décide du contenu d'un site, serait parfaitement regrettable et constituerait une violation de l'article 6 de la loi du 21 juin 2004 »[907].

Par ailleurs, du fait de l'utilisation de son réseau par ses salariés, l'entreprise peut parfois être responsable, même à son insu. Ainsi, les juges d'appel ont pu retenir la responsabilité d'une entreprise en sa qualité de commettant, du fait des agissements fautifs de l'un de ses préposés[908], condamné pour contrefaçon de marque, ce dernier ayant constitué un site internet litigieux grâce aux moyens que son entreprise lui avait mis à sa disposition[909]. Solution âprement critiquée[910], et soulevant la question de sa compatibilité avec l'arrêt d'assemblée plénière, ayant retenu le dépassement de l'exercice de ses fonctions, comme cause d'exonération de responsabilité de l'entreprise du fait de ses salariés[911], ce qui dans le cas précité aurait pu certainement être caractérisé.

224. – Ce cadre préventif témoigne d'un souci prégnant de protection de la vie privée des personnes, et en particulier les salariés. Le règlement européen accentue cette tendance et impose aux entreprises de prendre dès à présent les mesures qui deviendront impératives à compter du 25 mai 2018.

Si la mise en place de moyens de précaution permet certes d'éviter tout risque de divulgation non désirée, l'exposition de la personne peut parfois être justifiée. Il ne s'agit donc pas d'éviter qu'elle ne survienne, mais d'encadrer sa légitimité.

---

[907] L. GRYNBAUM, « BNP Paribas qualifiée de prestataire technique de l'Internet », *Comm. com. élec..* 2005, comm. n° 71.

[908] Article 1384, al.5 (devenu article 1242) du Code civil : « les […] commettants [sont responsables] du dommage causé par leurs […] préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ».

[909] CA Aix-en-Provence, 13 mars 2006, n° 03/15440 : *D.*, 2006, p. 1284, obs. C. MANARA ; 1ère instance : TGI Marseille, 11 juin 2003 : *D.*, 2003, Somm. p. 2825, obs. C. LE STANC ; *JCP E*, 2004, I, 624, note N. LUOT MARTINOD ; *Expertises*, 2003, n° 274, p. 351, note S. VOISIN.

[910] C. MANAR, *op. cit.*

[911] Cass. Ass. plén., 25 février 2000, n° 97-17.378 et n° 97-20.152, *Costdoat*, *Bull. Ass. plén.,* 2000, n° 2 ; *JCP G*, 2000, II, 10295, note M. BILLIAU ; *RTD civ.*, 2000, p. 582, obs. P. JOURDAIN ; *D.*, 2000, Jur., p. 673, note P. Brun, Somm., p. 467, obs. P. DELEBECQUE.

§2 : La justification de la divulgation

225. – La divulgation peut parfois être justifiée. Cette exposition de la vie privée est, d'une part, subordonnée à une autorisation reposant sur un intérêt à agir (A). D'autre part, la divulgation peut également résulter du consentement de la personne elle-même (B).

A / Une divulgation autorisée

226. – L'autorisation de divulguer réclame un fondement textuel (1). L'intérêt professionnel semble néanmoins constituer un élément justificatif (2).

1 / Des dérogations prévues par les textes

227. – De nombreuses exceptions légales permettent au responsable de traitement de pouvoir partager des données à des « tiers autorisés », lesquels acquièrent cette qualité par le biais de dispositions spécifiques. Ainsi, de nombreuses administrations et organismes publics font l'objet de telles dérogations, pouvant notamment intéresser les données détenues par l'entreprise concernant ses salariés, tels que les administrations du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle[912], les administrations des impôts, des douanes et de l'économie[913], la justice[914], la police[915], certaines autorités

[912] Les services déconcentrés du travail et de l'emploi et direction régionale et directions départementales : articles L. 5312-1, L. 5426-1 et L. 5426-9 du Code du travail ; les inspecteurs et contrôleurs du travail : articles L. 8113-4 et L. 8113-5 du Code du travail ; les inspecteurs et contrôleurs de la formation professionnelle continue. : articles L. 6361-5, L. 6362-1 et L. 6362-2 du Code du travail.

[913] Direction générale des finances publiques, la Direction générale des douanes et droits indirects et les agents de l'administration fiscale : articles L. 81 à L. 96 G du Livre des procédures fiscales ; Les agents et fonctionnaires des douanes : articles 64A, 64B et 65 du Code des douanes.

[914] Pour des vérifications qu'ils jugent opportunes dans le cadre d'une procédure judiciaire : dispositions des Codes de procédure civile et pénale, notamment les articles 92 à 97 du Code de procédure pénale.

[915] Dans le cadre d'une enquête préliminaire, d'une enquête de flagrance ou d'une commission rogatoire, ou encore d'une enquête spécifique telle que celles relatives à la découverte de cadavres, de personnes grièvement blessées ou en fuite, ou à la disparition de mineurs ou majeurs protégés : articles 60-1, 60-2 et 77-1-1, 77-1-2, 99-3, 99-4, R. 15-33-68 et suivants, 74, 74-1 et 74- 2 du Code de procédure pénale.

administratives indépendantes[916], ou encore certaines personnes en vertu d'une mission de contrôle légal[917] ou assermentées et porteurs d'un titre exécutoire[918].
Cette liste non exhaustive peut être complétée par des tiers intervenants, hors sous-traitants[919], avec lesquels l'entreprise entretien des relations contractuelles et qui nécessitent d'avoir accès à certaines données de le cadre de l'accomplissement de leur mission. A ce titre, la Cour de cassation a pu considéré en tant que tels, des informaticiens qui ont pu avoir accès, en cette qualité, à des données protégées par le secret médical, dans la mesure où ils ont agi « dans le cadre de leur activité de consultant en informatique », afin d'assurer le fonctionnement d'un logiciel, et que leur contrat de travail comportait une clause de confidentialité[920].

228. – Si les données sensibles font l'objet d'une attention plus grande de la part du législateur[921], celles qui concernent la santé peuvent également faire l'objet d'une divulgation autorisée dans certaines situations. En matière de santé au travail, si le dossier médical du salarié est couvert de manière générale par le secret médical[922], l'article L. 4624-2 du Code du travail[923] énumère de façon stricte, les personnes à qui le médecin de travail peut transmettre le dossier médical de santé au travail. Par principe, ce dossier ne peut être communiqué qu'au médecin de son choix, à la demande du salarié. Certaines exceptions sont toutefois prévues, la communication du dossier pouvant se réaliser sans requérir le consentement préalable de l'intéressé : au médecin inspecteur du travail en cas de risque de santé publique, ou à un autre médecin du travail en cas de continuité de la prise en charge, ou encore sur demande de toute personne autorisée en cas de décès du salarié. En outre, à l'instar des données collectées par l'entreprise, le dossier de santé peut être transmis aux juridictions pénales ou aux

[916] CNIL : articles 11 et 44 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée par la loi du 6 août 2004 ; le Médiateur de la République : article 13 de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 modifiée par la loi du 13 janvier 1989 ; l'Autorité de la concurrence : articles L. 450-1 et L. 450-3 du Code de commerce, etc.
[917] Les commissaires aux comptes : article L. 823-13 du Code de commerce.
[918] Les huissiers de justice : article 39 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991.
[919] Eux-mêmes font l'objet d'une dérogation prévue par l'article 35 de la loi du 6 janvier 1978.
[920] Cass. crim., 3 juin 2008, n° 08-80.467, Inédit : *JCP E*, 2009, chr. n° 1674, M. VIVANT, N. MALLET-POUJOL, J.-M. BRUGUIÈRE.
[921] Article 8 de la loi du 6 janvier 1978.
[922] Article L. 1110-4 du Code de la santé publique, *op. cit.*
[923] Modifié par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, et transféré à l'article L. 4624-8 du Code du travail à compter du 1er janvier 2017.

experts judiciaires[924] dans le cadre des dispositions légales le prévoyant. Néanmoins, s'agissant du transfert entre médecins du travail, le consentement demeure central lorsque le nouveau médecin en charge du dossier ne peut être, au moment du transfert, clairement identifié. Tel est le cas par exemple en cas de changement de service médical de santé au travail, suite à une modification du lieu de travail du salarié. Le nouveau médecin devra dans ce cas recueillir le consentement exprès du salarié pour accéder à son dossier.

Enfin, le partage des données de santé peut s'avérer nécessaire dans l'intérêt du patient, dans le cadre notamment d'équipes pluridisciplinaires, comprenant des médecins du travail, des intervenants en prévention des risques professionnels et des infirmiers, ainsi que des assistants de services de santé au travail et des professionnels recrutés après avis des médecins du travail en complément de ces équipes[925]. Les informations ainsi partagées doivent en outre être « adéquates, pertinentes et non excessives »[926], et bien entendu ne pas avoir fait l'objet d'une opposition de la part du salarié concerné.

229. – En dehors des données de santé, et plus généralement de celles considérées comme sensibles, certains membres du personnel de l'entreprise sont également habilités à pouvoir prendre connaissance de données personnelles concernant leurs collègues. Cette exception fait l'objet d'un encadrement par le biais des autorisations uniques instituées par la CNIL. Ainsi, la norme simplifiée n° 46 applicable en matière de gestion du personnel[927], prévoit les modalités pratiques de partage des données concernant les salariés dans le respect de finalités prévues par le texte[928], ainsi que les données concernées[929] et les personnes habilitées à en prendre connaissance et dans

[924] Article 275 du Code de procédure civile.
[925] Article L. 4622-8 du Code du travail.
[926] Article 6 de la loi du 6 janvier 1978.
[927] CNIL, Norme simplifiée n° 46 : délibération n° 2005-002 portant adoption d'une norme destinée à simplifier l'obligation de déclaration des traitements mis en œuvre par les organismes publics et privés pour la gestion de leurs personnels.
[928] L'article 2 prévoit notamment comme finalités : la gestion administrative des personnels, la mise à disposition des personnels d'outils informatiques, la gestion des carrières et de la mobilité, la formation des personnels, avec pour chacune des actions détaillées.
[929] L'article 3 dresse la liste des données traitées pour la réalisation des finalités décrites, par exemple : annuaires internes et organigrammes (nom, prénom, photographie (facultatif), fonction, coordonnées professionnelles, le cas échéant, formation et réalisations professionnelles) ; agendas professionnels (dates, lieux et heures des rendez-vous professionnels, objet, personnes présentes) ; données de connexion enregistrées pour assurer la sécurité et le bon fonctionnement des applications et des réseaux informatiques, à l'exclusion de tout traitement permettant le contrôle individuel de l'activité des employés ; gestion des activités sociales et culturelles mises en œuvre par l'employeur (identité de l'employé et de ses ayants droit ou ouvrants droit, revenus, avantages et prestations demandés et servis).

quelles conditions[930]. D'autres autorisations concernent la vie de l'entreprise[931] et comportent les mêmes indications, assurant dès lors à l'entreprise, une sécurité juridique dans le partage des données de ses salariés au sujet notamment de la gestion des contrôles d'accès aux locaux, des horaires et de la restauration[932], dans l'utilisation du téléphone au travail[933], de la géolocalisation[934] ou encore des données biométriques des salariés[935].

Bien entendu, ces autorisations ne dispensent pas l'entreprise de satisfaire aux règles de consultations et d'informations, sous peine d'engager sa responsabilité civile[936] et pénale[937] en cas de litige portant sur la divulgation de certaines données, ou d'inopposabilité du traitement au salarié concerné[938]. Le nouveau règlement européen

---

[930] L'article 5 prévoit en tant que destinataires des données : les personnes habilitées chargées de la gestion du personnel ; les supérieurs hiérarchiques des employés concernés, à l'exclusion des données relatives à l'action sociale directement mise en œuvre par l'employeur ; les instances représentatives du personnel : après recueil de l'accord exprès des intéressés, coordonnées professionnelles des employés et données strictement nécessaires à leur représentation ; les délégués syndicaux : coordonnées professionnelles des employés après accord formalisé avec l'employeur et recueil de l'accord exprès des intéressés, et données strictement nécessaires à la défense des intérêts des employés. Ces destinataires assurent la stricte confidentialité des données personnelles en leur possession.

[931]Ces autorisations prennent tantôt la forme de normes simplifiées, tantôt celle d'autorisations unique, ces dernières nécessitant de la part de l'entreprise d'effectuer une déclaration normale en plus de la déclaration de conformité à la norme considérée.

[932] CNIL, Norme simplifiée n° 42 : délibération n° 02-001 du 8 janvier 2002 concernant les traitements automatisés d'informations nominatives mis en œuvre sur les lieux de travail pour la gestion des contrôles d'accès aux locaux, des horaires et de la restauration.

[933] CNIL, Norme simplifiée n° 47 : délibération n° 2005-19 du 3 février 2005 portant création d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de l'utilisation de services de téléphonie fixe et mobile sur les lieux de travail ; Norme simplifiée n° 57 concernant les traitements automatisés utilisés par les organismes publics ou privés relatifs à l'écoute et à l'enregistrement ponctuel des conversations téléphoniques sur le lieu de travail.

[934] Norme simplifiée n° 51 : délibération n° 2015-165 du 4 juin 2015 portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics ou privés destinés à géolocaliser les véhicules utilisés par leurs employé

[935] Autorisation unique n° 52 : délibération n° 2016-186 du 30 juin 2016 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs ayant pour finalité le contrôle d'accès par authentification biométrique aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail et garantissant la maîtrise par la personne concernée sur son gabarit biométrique ; Autorisation unique n° 53 : délibération n° 2016-187 du 30 juin 2016 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs ayant pour finalité le contrôle d'accès par authentification biométrique aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail, reposant sur une conservation des gabarits en base par le responsable du traitement.

[936] Cass. soc., 7 juin 1995, n° 91-44.919 à n° 91-44.921, *Bull. civ. V*, 1995, n° 184 : *RJS*, 1995, n° 901.

[937] Article 226-16 du Code pénal, *op. cit.*

[938] À défaut de déclaration à la Commission nationale de l'informatique et des libertés d'un traitement automatisé d'informations nominatives concernant un salarié, son refus de déférer à une exigence de son employeur impliquant la mise en œuvre d'un tel traitement ne peut lui être reproché - Cass. Soc., 6 avril 2004, n° 01-45.227, *Bull. civ. V*, 2004, n° 103 : *RJS*, 2004, n° 787 ; *Comm. com. élec.*, 2004, n° 79, comm. A. LEPAGE ; Les informations collectées par un système de traitement automatisé de données personnelles avant sa déclaration à la CNIL constituent un moyen de preuve illicite - Cass. soc., 8 octobre 2014, n° 13-14.991, *Bull. civ. V*, 2014, n° 230 : *JCP S*, 2015, n° 1057, note B. BOSSU.

imposera en outre, à partir du 25 mai 2018, la nécessité de recueillir un consentement documenté et écrit du salarié[939].

Si l'effectivité de ces dérogations dépend d'une prévision textuelle, elles tendent néanmoins à se justifier également par le contexte professionnel dans lequel elles s'inscrivent.

2 / Des dérogations en lien avec le contexte professionnel

230. – Le contexte professionnel semble pouvoir légitimer le partage d'informations. La jurisprudence mobilise parfois cette justification afin d'écarter le caractère illicite de la divulgation en cause. Tel est le cas lorsque ce contexte permet d'éluder l'application de l'article 226-1 du Code pénal[940]. En effet, la jurisprudence rendue sur le fondement de cette disposition témoigne de la volonté d'exclure de son application, les conversations ou les images, ainsi captées ou transmises, liées à un contexte professionnel. Ainsi, s'agissant de la captation des propos[941], un salarié ayant enregistré une conversation téléphonique de nature purement professionnelle a pu être relaxé du chef d'atteinte à la vie privée[942]. La même solution s'applique à l'employeur, en raison du caractère professionnel de l'entretien préalable au licenciement, lequel avait été enregistré clandestinement[943]. Il convient néanmoins de nuancer l'impact du contexte, l'intention pouvant prendre le dessus dans la caractérisation de l'infraction. C'est à bon droit que les juges ont retenu la culpabilité du dirigeant d'une société spécialisée dans la sécurité des personnes, des biens et des entreprises, du chef de complicité d'atteintes à la vie privée, pour avoir fourni, à l'auteur principal, les adresses et les numéros de téléphone de personnes à surveiller[944]. L'argumentation du prévenu invoquant l'absence d'atteintes à la vie privée des plaignants en raison du caractère professionnel des propos enregistrés n'a pu être retenue, les branchements clandestins ayant, par leur conception,

---

[939] *Cf infra,* n° 236.

[940] Lequel incrimine « le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui », soit « en captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel », ou « en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé ».

[941] La seule preuve de la captation suffisant à constituer le délit : *cf* not. CA Montpellier, 7 mars 2002, n° 01/01434, s'agissant d'un salarié d'une association s'étant livré à un espionnage d'autres salariés.

[942] Cass. crim., 14 février 2006, n° 05-83.284, Inédit.

[943] Cass. crim., 16 janvier 1990, n° 89-83075, Inédit.

[944] Cass. crim. 7 octobre 1997, n° 96-81.485, *Bull. crim.*, 1997, n° 324 : *JCP E*, 1997, Pan. 1396, p. 474, ; *JCP G*, 1997, IV, 394 ; *Gaz. Pal.*, 1998, somm. 18 ; *D.*, 1999. 152, note J.-Ch. SAINT-PAU.

leur objet et leur durée, nécessairement conduit leur auteur à pénétrer dans la vie privée des personnes écoutées. Ainsi, « bien que les propos interceptés n'aient eu qu'un caractère professionnel, la Cour de cassation abonde dans le sens des juges du fond qui avaient retenu une intrusion dans l'intimité de la vie privée des victimes et condamné le prévenu pour complicité du délit de violation du secret des correspondances »[945].

Par ailleurs, si la caractérisation de l'infraction nécessite des propos relevant de l'intimité de la vie privée, le recours par le salarié à un procédé clandestin d'enregistrement de conversations d'ordre professionnel peut-il constituer une faute ? Une ancienne décision l'avait déjà admise[946]. Récemment la Cour de cassation a pu se pencher sur le cas d'un salarié ayant utilisé son dictaphone personnel pour enregistrer des conversations professionnelles. Cette dernière n'ayant toutefois statué que sur la question de la loyauté de la preuve[947], la question de la faute n'a pas été tranchée. Toutefois, la nature professionnelle des conversations enregistrées pourrait au moins écarter la responsabilité pénale du salarié.

231. – La divulgation peut également être justifiée par la préservation d'un intérêt, qu'il soit particulier ou collectif. Les dispositifs d'alertes[948] professionnelles existant en droit du travail constituent un instrument de divulgation d'informations pouvant revêtir un caractère personnel pour l'individu ou confidentiel pour l'entreprise. Ainsi, le salarié, astreint à un devoir d'alerte[949], se trouve protégé dans la révélation de certains faits pouvant constituer une menace sur sa sécurité ou sa santé, mais également dans certains cas spécifiquement prévus par les textes, tels qu'en matière de discrimination[950] ou encore de harcèlement moral[951]. Les institutions représentatives du

---

[945] Ph. BONFILS et E. GALLARDO, « Secret des correspondances », *Rép. De droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, n° 102, n° 54.

[946] Cass. soc., 3 mai 1962, Bull. n° 392 : JCP G, 1962, IV, 81 : licenciement pour avoir enregistrer des conversations de ses supérieurs se rapportant à l'exécution de ses fonctions constitue un procédé déloyal constitutif d'une faute.

[947] La Cour ayant rejeté le mode de preuve résultant de l'écoute par l'employeur du dictaphone personnel, en l'absence du salarié et sans que celui ait été dûment appelé - Cass. soc., 23 mai 2012, n° 10-23.521, *Bull. civ. V*, 2012, n°156 : *JCP S*, 2012, n° 1371, note B. BOSSU ; *D.*, 2012, p. 2827, obs. J.-D. BRETZNER.

[948] À savoir « la révélation par le salarié d'une entreprise ou par toute personne en relation avec celle-ci d'irrégularités dont ils ont eu connaissance, et qui portent atteinte à leurs intérêts propres, à ceux de l'entreprise ou à ceux des tiers » : Commission générale de terminologie et de néologie, *JO* du 7 septembre 2007, vocabulaire du droit, texte n° 71, p. 14774.

[949] Article L. 4131-1 du Code du travail.

[950] Article L. 1153-3 du Code du travail : « Aucun salarié, aucune personne en formation ou en stage ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné de faits de harcèlement sexuel ou pour les avoir relatés ».

personnel sont également concernées, dans des domaines similaires[952] ou en matière économique[953]. Par ailleurs, le salarié peut être amené à devoir dénoncer certains faits relevant de la vie professionnelle répréhensibles au plan pénal. Le droit pénal en fait d'ailleurs une obligation[954]. Dans le but de lutter contre la corruption, le législateur a pu ainsi apporter une protection supplémentaire au salarié[955]. Par ailleurs, la jurisprudence a pu à plusieurs reprises déclarer l'illicéité de licenciements prononcés à l'encontre de salariés ayant procédé à des dénonciations en toute bonne foi[956], à leur employeur[957], ou à des autorités extérieures[958]. Toutefois, la Cour de cassation a pu rejeter le pourvoi d'un salarié licencié pour avoir dénoncé des faits auprès de tiers. La Cour ne s'intéressant pas à la véracité des propos, a retenu l'abus de liberté d'expression et notamment le caractère excessif des propos litigieux[959]. Pourtant, l'exception de vérité constitue une

---

[951] Article L. 1152-2 du Code du travail : « Aucun salarié, aucune personne en formation ou en stage ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés ; *cf* not. Cass. soc., 10 juin 2015, n° 13-25.554 : relevant la nullité du licenciement en l'absence de caractérisation de la mauvaise foi du salarié ayant dénoncé le harcèlement.

[952] S'agissant des délégués du personnel (Article L. 2313-2 du Code du travail) ou encore du CHSCT (Article L. 4131-2 du Code du travail).

[953] Article L. 2323-50 du Code du travail.

[954] Article 223-6 du Code pénal.

[955] Article L. 1161-1 du Code du travail : « Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions », introduite par l'article 9 de la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption.

[956] *Contra,* fausses allégations : Cass. soc., 8 juin 1978, n° 77-40.722, *Bull. civ. V*, 1978, n° 450.

[957] Concernant des propos racistes tenus par le DRH à l'encontre de candidats à l'embauche : Cass. soc., 8 novembre 2006, n° 05-41.504, *Bull. civ. V*, 2006, n° 331 : *D.*, 2007, p. 686 ; application de l'article L. 313-24 du Code de l'action sociale et des familles au sujet de la dénonciation d'actes de maltraitance constatés : à l'encontre de travailleurs handicapés : Cass. soc., 26 septembre 2007, n° 06-40.039, *Bull. civ. V*, 2007, n° 136, ou encore à l'encontre de pensionnaires d'une maison de retraite : Cass. soc., 30 octobre 2007, n° 06-44.757, *Bull. civ. V*, 2007, n° 178.

[958] Concernant une dénonciation auprès de l'inspection du travail : Cass. soc., 14 mars 2000, n° 97-43.268, *Bull. civ. V*, 2000, n°104 : *RJS*, 4/00, n° 388 ; *Dr. soc.*, 2000, p. 555, obs. J. SAVATIER ; *D.*, 2001, p. 894, note H. KOBINA GABA.

[959] Les correspondances adressées au président de la Chambre des notaires, à la caisse de retraite et de prévoyance et à l'URSSAF pour dénoncer le comportement de l'employeur dans la gestion de l'étude ne revêtaient pas un caractère privé et pouvaient être retenues au soutien d'une procédure disciplinaire : Cass. soc., 15 décembre 2009, n° 07-44.264, *Bull. civ. V*, 2009, n° 284 : *DA*, 14 janvier 2010, obs. S. MAILLARD ; *JCP S*, 2010, n° 1172, note B. BOSSU.

cause de dérogation à la diffamation[960], à condition toutefois de respecter les formalités prévues en la matière[961].

232. – La dénonciation professionnelle a connu un regain d'intérêt ses dernières années, sous l'impulsion de dispositions étrangères obligeant une mise en conformité de certaines entreprises situées sur le territoire français[962]. Si ce mécanisme a pu faire l'objet d'âpres critiques d'une partie de la doctrine[963], la CNIL est venue encadrer cette pratique[964], désireuse de concilier cette obligation avec une protection des individus. Plusieurs points ont pu entrer en conflit avec la conception française du droit au respect de la vie privée, et notamment celui de l'anonymat du lanceur d'alerte, la CNIL estimant « que la possibilité de réaliser une "alerte éthique" de façon anonyme ne pourrait que renforcer le risque de dénonciation calomnieuse »[965]. Sous couvert du respect des règles instaurées par la CNIL[966], bon nombre d'entreprises ont dès lors enrichi leur règlement intérieur de chartes éthiques de bonne conduite incluant de telles procédures d'alerte.

---

[960] Article 35 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

[961] La vérité du fait diffamatoire ne constitue un fait justificatif que dans la mesure où la preuve en est administrée par le prévenu conformément aux prescriptions des articles 35 et 55 de la loi du 29 juillet 1881 (Cass. crim., 26 mai 1992, *Bull. crim*., 1992, n° 212 : *D.*, 1994 Somm. p. 191, obs. T. MASSIS, et notamment l'apport de la preuve dans un délai délai de dix jours après la signification de la citation. À défaut, l'auteur de la diffamation pourra toujours faire la démonstration sa bonne foi : Cass. civ. 1ère, 17 mars 2011, n° 10-11.784, *Bull. civ I*, 2011, n° 58 : *D.*, 2011, p. 951, obs. S. LAVRIC (la Cour a en l'occurrence cassé l'arrêt ayant rejeté la diffamation à l'encontre d'un syndicat, lequel avait distribué un tract contenant des propos diffamatoires, les juges d'appel n'ayant pas constaté la bonne foi).

[962] L'article 301-4 de la loi Sarbanes-Oxley (loi SOX) du 31 juillet 2002 contraint toutes les sociétés américaines et étrangères cotées à la bourse de New-York à mettre en place un système de procédure d'alerte, ou « whistleblowing » (trad. « lanceur d'alerte »). Si ces dispositions concernaient principalement les filiales situées en France, certaines sociétés françaises sont donc également concernées. D'autres dispositions émanent d'autres pays, notamment : la loi japonaise « Financial Instrument and Exchange Act » du 6 juin 2006 dite « Japanese SOX ».

[963] P. ADAM, « Le retour des sycophantes ? A propos du whistleblowing », *Dr. ouvr.*, 2006, p. 281.

[964] Délibération CNIL du 8 décembre 2005 portant autorisation unique (n° AU-004) de traitement automatisé de données à caractère personnel mis en oeuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle (« whistleblowing ») ; cf F. NAFTALSKI et F. RAYNAL, « La délibération de la CNIL du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitement de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle : des principes aux difficultés pratiques », *RLDI*, février 2006, p. 55.

[965] Délibération n° 2005-110 du 26 mai 2005 relative à une demande d'autorisation de McDonald's France pour la mise en œuvre d'un dispositif d'intégrité professionnelle.

[966] Au-delà des conditions prévues par la délibération du 8 décembre 2005 précitée, il convient également de respecter les règles d'information et de consultation des IRP et des salariés : *cf* not. P.-H. ANTONMATTEI et Ph. VIVIEN, *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspective, Rapport,* Doc. fr., 2007 *; Dr. soc.*, 2007, p. 522 ; L. FLAMENT et Ph. THOMAS, « Le whistleblowing : à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique », *JCP S*, 2005, n° 1277 ; L. FLAMENT, « Comment mettre en place un dispositif d'alerte professionnelle », *JCP S*, 2013, n° 1133.

La CNIL accorde régulièrement des autorisations spécifiques[967] pour de tels dispositifs d'alerte professionnelle[968], permettant un champ d'application plus large que les seules malversations comptables et financières.

233. – Toutefois, intéressant le droit du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation a pu se pencher sur ces systèmes d'alerte, rejetant ainsi le « code de conduite » instauré par la société *Dassault Systems*, estimant que ce dernier ne définissait pas de façon suffisamment précise « les informations à usage interne » dont la divulgation étaient soumises à autorisation préalable par ledit code, ce qui rendait « impossible de vérifier que cette restriction à la liberté d'expression était justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché » et « que l'exercice du droit d'expression directe et collective des salariés pouvait impliquer l'utilisation de certaines de ces informations »[969]. Suite à cette décision, la CNIL a opéré une modification de l'autorisation unique[970], et notamment en reformulant de façon plus précise son champ d'application[971]. Toutefois, le système des autorisations spécifiques n'écarte pas le risque pour les entreprises de voir écarter par les juridictions, leurs mécanismes d'alerte professionnelle, en raison de l'imprécision ou du caractère général de leur champ[972], et ce malgré l'accord de la CNIL. La question pourra peut-être trouver un éclairage à l'aune des nouvelles dispositions émanant du règlement européen en matière de consentement.

---

[967] Dès lors que les domaines susceptibles de faire l'objet d'une telle alerte sortent du champ d'application visé par la loi.

[968] CNIL, *Rapport d'activité*, 2011, p. 55 : plus d'une quarantaine d'autorisation spécifiques ont été ainsi accordées au cours de l'année 2012 (not. EDF, Thalès, l'Oréal, EADS, Legrand, Michelin, TF1, BNP Paribas, Solvay, SNCF, Bouygues, etc.).

[969] Cass. soc., 8 décembre 2009, n° 08-17.191, *Bull. civ. V*, 2009, n° 276 : *JCP S*, 2010, n° 1091, note P.-H. ANTONMATTEI ; R. de QUENAUDON, « Codes de conduite et dispositifs d'alerte. Les réponses de la Cour de cassation », *RDT*, 2010, p. 171 ; Fl. CHAFIOL-CHAUMONT, « Alertes professionnelles : la Cour de cassation adopte une position plus restrictive que la CNIL », *RLDI*, 2010, n° 57-1889, p. 42 ; *Adde* : M.-L. MORIN, « Code d'éthique : liberté d'expression des salariés et alerte professionnelle », *RJS*, 2010, p. 104 ; B. ALDIGÉ, « Les conditions de validité d'une charte éthique », *SSL*, 2009, n° 1425, p. 6 et *SSL*, 2009, n° 1426, et n° 1427, p. 4.

[970] CNIL, délibération n° 2010-369, 14 octobre 2010 modifiant l'autorisation unique n° 2005-305 du 8 décembre 2005 n° AU-004 relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle.

[971] L'article 3 de la délibération du 8 décembre 2005 indiquait : « « Des faits qui ne se rapportent pas à ces domaines peuvent toutefois être communiqués aux personnes compétentes de l'organisme concerné lorsque l'intérêt vital de cet organisme ou l'intégrité physique ou morale de ses employés est en jeu ».

[972] TGI Libourne, réf., 15 septembre 2005 : *RLDI*, déc. 2005, p. 26, note F. NAFTALSKI ; TGI Caen, réf., 5 novembre 2009 : *CSBP*, 2010, D 4, n° 217, note L. FLAMENT – CA Caen, 23 septembre 2011, n° 09-03336 ; TGI Nanterre, 3 février 2012, n° 10/12015.

234. – Il semble que le temps soit à davantage de transparence professionnelle. Le projet de loi « Sapin II »[973] actuellement à l'étude auprès du Parlement contribue à renforcer ce sentiment, notamment en assurant davantage de protection des lanceurs d'alerte, lesquels pourront bénéficier d'un soutien du défenseur des droits[974]. La divulgation trouve ainsi à s'étendre sous l'impulsion d'une prise en compte croissante d'un intérêt collectif, aux contours parfois diffus. Si le droit de contrôle de la personne sur ses données personnelles peut s'en trouver amoindri, la place du consentement semble alors fondamentale pour contrebalancer cette tendance.

B / Une divulgation consentie

235. – « Il est reconnu un large rôle à la volonté individuelle en matière de droits de la personnalité »[975]. Celle-ci s'exprime alors par la place centrale qu'occupe le consentement, lequel confère un véritable droit de contrôle au titulaire des données personnelles. L'accord de ce dernier constitue dès lors un élément décisif dans la licéité de la divulgation. Son importance réclame alors des conditions quant à son expression (1). La liberté de consentir soulève également la question de son retrait (2).

1 / L'expression du consentement

236. – Le consentement est saisi par différentes branches du droit, ayant toutes pour objet de garantir son intégrité. Son encadrement se concentre sur les conditions de fond de sa validité, notamment par l'assurance d'un caractère « libre et éclairé ». Néanmoins, il convient également de s'attacher à l'expression de celui-ci, afin de caractériser matériellement la formulation de l'accord de la personne. Au-delà des enjeux en matière de preuve que cela recouvre, la formalisation participe également à la protection de la volonté.

---

[973] Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ; procédure accélérée engagée par le Gouvernement le 30 mars 2016.
[974] Proposition de loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte ; procédure accélérée engagée par le Gouvernement le 20 mai 2016.
[975] A. LEPAGE, « Droits de la personnalité », *op. cit.*, spéc. n° 185.

C'est en ce sens que le règlement européen réclame désormais par « une déclaration ou par un acte positif clair »[976], le consentement de la personne faisant l'objet d'un traitement. Le préambule du règlement apporte d'ailleurs quelques exemples concrets à ce sujet[977]. Les entreprises devront dès lors adapter leur organisation, se contentant jusqu'à présent, pour les plus prudentes d'entre elles, de s'assurer que le salarié avait bien été informé. Le caractère implicite découlant de la signature du contrat de travail dans lequel était insérée une clause générale concernant le traitement de données ne semble donc plus suffire : « si le consentement de la personne concernée est donné dans le cadre d'une déclaration écrite qui concerne également d'autres questions, la demande de consentement est présentée sous une forme qui la distingue clairement de ces autres questions, sous une forme compréhensible et aisément accessible, et formulée en des termes clairs et simples »[978]. Cette formalité ne concerne pas uniquement le nouvel embauché, l'entreprise devant veiller à recueillir le consentement de chaque salarié. Si l'opération peut être effectuée pour un ensemble de traitements, tout nouveau dispositif devra par ailleurs faire l'objet d'un nouveau consentement. Le régime des normes simplifiées ou des autorisations uniques délivrées par la CNIL ne pourra pas exonérer l'entreprise de l'accomplissement de ces nouvelles formalités.

237. –. La notion d' « acte positif clair » mentionnée par le règlement laisse toutefois la voie à l'interprétation. S'agissant dans l'esprit du législateur de pouvoir également prendre en compte le consentement oral, lorsque celui-ci est clairement exprimé, on peut s'interroger sur la possible intégration d'autres actes positifs, et notamment d'ordre comportementaux. Le consentement exprès n'étant jusqu'à présent prévu par la loi du 6 janvier 1978 qu'en matière de données sensibles, l'acceptation tacite semble admise. Cette dernière est également présente en matière de droit au respect de la vie privée. Ainsi, En matière de droit à l'image, la Cour de cassation a pu mettre un terme à une hésitation jurisprudentielle en admettant finalement que « le consentement à la

[976] Article 4, 11° du règlement 2016/679/UE.
[977] Règlement 2016/679/UE, considérant n° 32 : « Cela pourrait se faire notamment en cochant une case lors de la consultation d'un site internet, en optant pour certains paramètres techniques pour des services de la société de l'information ou au moyen d'une autre déclaration ou d'un autre comportement indiquant clairement dans ce contexte que la personne concernée accepte le traitement proposé de ses données à caractère personnel ».
[978] Article 7, 2° du Règlement 2016/679/UE.

diffusion d'images de la personne ou de faits de sa vie privée peut être tacite »[979]. La question s'est d'ailleurs souvent posée en matière de diffusion d'images vidéos[980].
Dès lors qu'il est question de vie privée, si le comportement de l'intéressé peut valoir consentement, les juges semblent réclamer une démarche active, n'admettant pas comme tel, le seul fait de se trouver dans un lieu public telle une rue, même d'une station fréquentée par des personnalités[981]. La Cour de cassation ajoute que l'intéressé, par son comportement, doit avoir « tacitement mais sans équivoque consenti à la diffusion » d'éléments de sa vie privée[982].

238. – Il semble au contraire que le consentement soit davantage requis s'agissant du salarié, l'employeur devant demander son autorisation afin d'utiliser son image, et ne pas méconnaître la portée de cet accord. Il a ainsi pu être jugé en tant qu'atteinte à la vie privée, sur le fondement de l'article 9 du Code civil, l'utilisation de l'image d'un salarié, lequel avait été photographié lors de l'exécution de son contrat de travail dans les locaux professionnels de l'employeur, pour illustrer un article relatif à l'assemblée générale de l'entreprise[983]. De même, le consentement de la salariée à la publication d'une photographie la représentant sur le site internet de l'entreprise n'implique pas l'autorisation de diffuser ce cliché, en animant son visage, par un procédé informatique, lui faisant faire des clins d'œil racoleurs au-dessus d'un texte publicitaire[984]. Le respect du consentement concerne également les tiers pouvant être amenés à capturer l'image du salarié dans sa vie professionnelle, l'absence d'accord pouvant ainsi être caractérisé lorsque la séquence en cause révèle des informations qui vont au-delà de l'activité professionnelle[985]. De même, un accord donné par une personne pour la diffusion de son

---

[979] Cass. civ. 1ère, 7 mars 2006, n° 04-20.715, *Bull. civ. I*, 2006, n° 139 : *D.*, 2006, Somm. p. 2703, obs. L. MARINO ; dans le même sens : CA Bordeaux, 10 février 2003 : *JCP G*, 2003, IV, 2991 ; TGI Paris, 27 septembre 2004 : *Légipresse*, 2005, I, p. 173 ; *contra* CA Paris, 22 mars 1999 : Comm. com élec., 1999, n° 35, obs. R. DESGORCES ; CA Versailles, 21 mars 2002 : *D.*, 2002, somm. p. 2374, obs. Ch. CARON ; TGI Paris, 19 novembre 2003 : *Légipresse*, 2004, I, p. 23 ; TGI Paris, 5 janvier 2005 : *Légipresse*, 2005, I, p. 53.
[980] Ainsi par exemple la personne qui a accepté d'être filmée chez elle sachant que l'émission était destinée à être diffusée et qui, dans le mois ayant suivi l'enregistrement, avant la diffusion, n'a jamais manifesté le refus de voir son image diffusée et ses propos relayés : CA Toulouse, 31 mars 2009, *Légipresse,* 2009, I, p. 74.
[981] TGI Nanterre, 20 mars 2009 : *Légipresse*, 2009, I, p. 56.
[982] Cass. civ. 1ère, 13 novembre 2008, n° 06-16.278, *Bull. civ. I*, 2008, n° 259.
[983] CA Toulouse, ch. 4, sect. 2, 17 juin 2005, n° 04/04476.
[984] TGI Paris, 5 janvier 2000 : *D.*, 2001, somm. p. 1992, obs. C. CARON.
[985] Cass. civ. 1ère, 24 octobre 2006, n° 04-17.560, *Bull. civ. I*, 2006, n° 438 : en l'occurrence la salariée reprochait la présence, dans la version finale du reportage, d'une altercation l'opposant à son employeur quant au paiement de ses commissions.

image, ne justifie pas la divulgation de son nom et de son grade[986]. Si le consentement semble ainsi limité par son objet, se pose alors la question de sa permanence dans le temps.

239. – Le consentement une fois établi, a t-il vocation à être renouvelé ? Cette question transparaît dans la notion de « redivulgation ». Ce néologisme est employé par la jurisprudence afin de désigner la divulgation d'éléments de la vie privée ayant fait l'objet d'une première diffusion, issue notamment d'un premier consentement[987]. Admettre cette possibilité confère ainsi à ce dernier une portée illimitée, à caractère perpétuel. La doctrine semble réservée à ce sujet : « La tolérance passée ne dispense […] pas de solliciter le consentement de la personne pour une nouvelle révélation de faits de sa vie privée ou publication d'images »[988].

Si la jurisprudence a pu refuser pendant longtemps d'admettre une telle possibilité en matière d'informations appartenant à la vie privée de la personne[989], une décision de la Cour de cassation a cependant jeté le trouble admettant ainsi « qu'il n'y a pas atteinte à la vie privée lorsque les prétendues révélations ne sont que la relation de faits publics ou ne présentent qu'un caractère anodin »[990]. Cette dernière, qui tend donc à faire

---

[986] Cass. civ. 1ère, 4 novembre 2011, nº 10-24.761, *Bull. civ. I*, 2011, n° 196 : *RLDI*, 2011, n°77 ; Rev. Lamy Droit Civil, 2012, n° 89 ; *contra* Cass. civ. 2ème, 29 avril 2004, n° 02-19.432, *Bull. civ. II,* 2004, n° 201 (divulgation par voie de presse du nom d'un fonctionnaire de police mais dans l'intérêt de l'information légitime du public).

[987] *Cf* not. X. AGOSTINELLI, *Le droit à l'information face à la protection de la vie privée*, Thèse, PUAM, 1994, spéc. n° 390 ; P. AUVRET, *La liberté d'expression du journaliste et le respect dû aux personnes*, Thèse, Paris II, 1982, spéc. p. 378.

[988] A. LEPAGE, « Droits de la personnalité », *op. cit.*, spéc. n° 187 ; *cf* TGI Paris, 22 octobre 2007 : *Légipresse*, 2007, I, p. 179 : le fait d'avoir médiatisé sa vie personnelle est un choix personnel qui ne vaut pas renonciation au droit au respect de la vie privée et ne prive pas la personne de toute protection à cet égard ; *cf* ég. TGI Nanterre, 20 mars 2009 : *op. cit*.

[989] TGI Seine, 26 septembre 1975 : JCP G, 1976, IV, 175 : « une personne qui, à un moment donné de son existence, a divulgué ou toléré de voir divulguer des faits concernant sa vie intime, n'a pas, pour autant, définitivement, consenti à ce que, plusieurs années après, ces mêmes faits, peut-être tombés dans l'oubli, soient, sans son autorisation, rappelés ou de nouveau divulgués par la presse, fût-ce par un journal nouvellement créé » ; Le fait qu'une personne ait elle-même divulgué des renseignements relatifs à sa vie privée n'autorise pas l'éditeur d'un périodique à décider de son chef la redivulgation de ces faits : *cf* not. CA Paris, 28 avril 2000, n° 1999/17753 ; Cass. civ. 1ére, 30 mai 2000, S. c/ Sté H.-F, n° 98-14.610, *Bull. civ. I*, 2000, n° 167 : *RTD civ.*, 2000, p. 801, note J. HAUSER ; *Légipresse*, 2000, III, p. 136, note B. ADER ; *JCP G*, 2002, II, note B. MONTELS ; *JCP G*, 2000, IV, 2271 ; *D.*, 2000, inf. rap. p. 180 ; Comm. com. électr., 2000, comm. 107, obs. A. LEPAGE.

[990] Cass. civ. 1ère, 3 avril 2002, n° 99-19.852, *Bull. civ. I*, 2002, n° 110 : *D.*, 2002, p. 3164, note Ch. BIGOT, et 2003, Somm. P. 1543, obs. Ch. CARON ; *JCP G*, 2003, I, n° 126, obs. TRICOIRE ; *Légipresse*, 2002, III, p. 170, note G. LOISEAU ; *Comm. com. élec.*, 2002, comm. 158, obs. A. LEPAGE ; *cf* ég. TGI Paris, 5 avril 2006 : *D.*, 2006, p. 2704, obs. L. MARINO : « La réitération de propos publics faisant état de l'homosexualité de leur auteur prive l'intéressé de la protection de l'article 9 ».

basculer l'analyse de la redivulgation, du consentement de la personne[991] à l'intérêt de l'information du public, se rapproche de la position de la CEDH[992]. Elle semble faire application de l'adage « *Volenti non fit injuria* »[993], responsabilisant ainsi l'auteur du consentement, notamment par rapport à son comportement : « Toute révélation d'un secret est la faute de celui qui l'a confié »[994].

Toutefois, l'approche diffère en matière de droit à l'image[995], pour lequel la jurisprudence s'avère plus réticente à admettre la rediffusion, après un premier accord exprimé[996], et de surcroît lorsque la première diffusion avait déjà été considérée comme illicite[997].

Cette différence de régime peut trouver une justification dans le caractère patrimonial de ce droit[998], lequel fait très souvent l'objet d'un contrat, le tiers ne pouvant dès lors s'en prévaloir. Néanmoins, cette position est appliquée même en l'absence de contrat, et

---

991 À condition que la première divulgation soit licite : *cf* divulgation car non autorisée : TGI, Nanterre, 1ère ch., 2 juillet 2009, *Ophélie Winter et Michaël Benisty c/ Sté 20 minutes AG* : *Légipresse*, 2009, I, p.168.

992 Les « informations, une fois portées à la connaissance du public par l'intéressé lui-même, cessent d'être secrètes et deviennent librement disponibles » : CEDH, 5e sect., 23 juillet 2009, Req. n° 12268C/03, *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris) c/ France*, § 52 : *Légipresse*, 2009, III, p. 179, note L. MARINO.

993 Trad. : celui qui a consenti à l'acte ne peut prétendre en être victime.

994 Jean de LA BRUYÈRE, *Caractères*.

995 La doctrine utilise indifféremment les notions de droit à l'image et de droit sur l'image.

996 TGI Paris, 8 septembre 1999 : *Comm. com. élec.*, 2000, comm. n° 60, obs. A. LEPAGE - la publication de photos déjà parues, avec le consentement de la personne représentée, dans un magazine, ne dispense pas d'obtenir un nouveau consentement pour une publication dans un autre journal ; Aix-en-Provence, 2 décembre 2003, Légipresse 2004, I, p. 76 : l'autorisation donnée par une personne pour la diffusion d'illustrations la représentant dans un ouvrage précis pour lequel ces illustrations ont été conçues, ne vaut pas pour toute autre utilisation ; *cf* ég. en droit pénal, Cass. crim. 8 juin 2004, *Comm. com. élec.*, 2004, comm. n° 123 ; Cass. crim., 7 décembre 2004, *Comm. com. élec.*, 2005. Comm. 127, obs. A. LEPAGE, au sujet de l'infraction de l'article 35 ter-I de la loi du 29 juillet 1881.

997 Cass. civ. 1ère, 22 mai 2008, 06-19.147, *Bull. civ. I*, 2008, n° 146 : *JCP G*, 2008, IV, n° 2137, note J. HAUSER. En l'espèce, un couple se disputant la garde d'un enfant, s'était vu filmé dans un commissariat. Le couple avait saisi le juge des référés qui ordonna à la société de production, la suppression du passage litigieux. Une dizaine d'années plus tard, la séquence se retrouve sur cassette vidéo. Au-delà de l'absence d'impact du changement de support, la Cour vient retenir l'atteinte à la vie privée de la part de la société.

998 *Cf* not. Th. HASSLER, « Quelle patrimonialisation pour le droit à l'image des personnes ? Pour une recomposition du droit à l'image », *Légipresse*, 2007, II, p. 123 ; une partie de la doctrine est en faveur d'une reconnaissance d'un droit patrimonial à l'image : G. LOISEAU, note sous Cass. civ. 1ère, 11 décembre 2008, n° 07-19.494, *JCP G*, 2009, II, 10025 ; du même auteur, « Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français », *McGill Law Journal*, 1997, p. 319 ; *Le nom objet d'un contrat*, 1997, LGDJ, n° 426 et s., au sujet du droit patrimonial à l'image ; *cf* ég. J.-M. BRUGUIÈRE, note ss CA Versailles, 22 septembre 2005, *Légipresse*, 2006, III, p. 109 ; Ch. CARON, « Les contrats d'exploitation de l'image de la personne », in *L'image*, 2005, p. 95 et s., et du même auteur obs. sous CA Versailles, 22 septembre 2005, *Comm. com. élec.*, 2006, Comm. n° 4 ; Th. HASSLER, *Légipresse*, 2007, II, p. 123 ; Th. ROUSSINEAU, *Le droit à l'image. Image des personnes et image des biens*, thèse, Paris XI, 2004, spéc. n° 322 et s., et note ss Cass. civ. 1ère, 11 décembre 2008, Légipresse 2009, III, p. 109 ; P. TAF- FOREAU, « L'être et l'avoir ou la patrimonialisation de l'image des personnes », *Comm. com. élec.*, 2007, Etude n° 9 ; P. KAYSER, *La protection de la vie privée*, 1990, *op. cit.*, spéc. n° 95 ; *contra* L. MARINO, obs. sous Versailles, 22 septembre 2005, *D.*, 2006., Pan. n° 2705 ; E. DREYER, « Image des personnes, Image des personnes », *J.-Cl. Communication*, Fasc. 3750, spéc. n° 110 ; Th. REVET, obs. ss Cass. civ. 1ère, 11 décembre 2008, n° 07-19.494, *RTD civ.*, 2009, p. 343.

confère à l'image une valeur différente de l'information privée. En effet, cette dernière, une fois diffusée ne présente pas le même intérêt que l'image, laquelle peut être vue et revue.

Cette question concerne également le salarié, lequel est amené à s'exposer sur Internet, notamment par le biais des réseaux sociaux.

240. – « De l'internaute simple usager on est passé à l'internaute producteur d'informations »[999]. Cette affirmation témoigne de l'inversion du flux d'information observée avec l'avènement du Web 2.0[1000]. Ainsi, il est désormais courant que les salariés exposent leur vie privée sur Internet, au vu et au su de leur employeur : « cette pudeur paraît presque, aujourd'hui, une vertu d'un autre temps »[1001]. Les quelques décisions rendues en matière d'expression des salariés sur les réseaux sociaux[1002], ont en commun de traiter de propos litigieux initialement diffusés par le salarié lui-même, puis redivulgués par le biais d' « amis », lesquels se révèlent finalement ne pas être des amis mais davantage des ennemis, ou des concurrents au sein de l'entreprise[1003]. Les débats se sont alors concentrés sur le fait de savoir si ces propos étaient publics, et donc invocables par l'employeur. Refusant le caractère privé de tels espaces d'expression, les juges semblent conférer à cette diffusion un consentement tacite du salarié à la redivulgation. Toutefois, la chambre criminelle de la Cour de cassation, statuant sur la qualification d'injure publique, a apporté un élément supplémentaire d'analyse en considérant que si les propos litigieux sont diffusés sur des comptes ouverts par un salarié sur le site Facebook et sur le site MSN, accessibles aux seules personnes agréées par l'intéressé, en nombre très restreint, la caractérisation d'une communauté d'intérêts exclut que les propos soient qualifiés d'injures publiques, laissant toutefois à la juridiction de renvoi, le soin d'étudier la caractérisation de l'injure privée[1004]. Dans

---

[999] J.-P. TRICOIT, « Recrutement, rupture du contrat de travail et TIC », *JCP S*, n° 40, 2013, 1381.

[1000] Expression désignant l'extension du Web initial à des utilisateurs sans connaissances techniques particulières, et leur permettant d'ajouter du contenu ou d'interagir entre eux (web social).

[1001] Cour de cassation, « Le droit de savoir », *op. cit.*, spéc. p. 79.

[1002] CPH Boulogne-Billancourt, 19 novembre 2010, n° 09/00316 et n° 09/00343 : *D.*, 2010p. 2846, obs. A. ASTAIX ; *JCP* S, 2010, act. N° 559, obs. P.-Y. VERKINDT ; J. LE CLAINCHE, « Licenciement pour des propos tenus sur Facebook ou les dangers de la porosité des sphères publique et privée », *RLDI*, 2011/67, n° 2208. ; *cf* égal. R. HARDOUIN, « Facebook ou l'établissement de la frontière entre espace public et sphère privée », *RLDI*, 2011, n° 2209 ; L. COSTES, « Réseaux sociaux : nouveaux enjeux et nouveaux défis pur les entreprises », *RLDI*, 2011/74, n° 2472, spéc. p. 136.

[1003] J.-E. RAY, « Facebook, le salarié et l'employeur », *Dr. soc.*, 2011, p. 128.

[1004] Cass. civ. 1ère, 10 avril 2013, n° 11-19.530, *Bull. crim.*, 2013, n° 70 : JCP S, 2013, n° 1237, note B. BOSSU ; Comm. com. élec., 2013, n° 81, note A. LEPAGE ; LPA, 2013, n° 141, p. 17, note H. PESCHAUD.

l'attente d'une décision de la chambre sociale de la Cour de cassation, cette approche pourrait modifier la vision du juge social, s'il venait à retenir une telle communauté d'intérêts. Mais, l'approche civiliste de la redivulgation pourrait alimenter le doute, dans le cas où les juridictions sociale importaient la distinction opérée entre droit au respect de la vie privée et droit à l'image.

Toutefois, la protection de la vie privée du salarié pourrait provenir d'un autre terrain, celui de l'intégrité de la preuve. En effet, les éléments en cause étant rarement constatés par l'employeur lui-même, mais rapportés par d'autres salariés, de simples témoignages, même accompagnés de copie d'écran sujettes elles-mêmes à certains doutes, tend à rendre le juge plus prudent et mettre à l'écart de tels éléments. Un constat d'huissier est alors souvent réclamé par le juge[1005].

241. – Si l'expression du consentement s'avère indispensable, sa portée semble toutefois sujette à certaines incertitudes. Ces dernières semblent s'accroître avec l'usage des TIC qui véhiculent une autre difficulté, celle du retrait du consentement.

2 / La retrait du consentement

242. – La liberté du consentement implique nécessairement son droit à pouvoir le retirer. Le droit de la protection des données affiche désormais clairement cette faculté : « La personne concernée a le droit de retirer son consentement à tout moment. Le retrait du consentement ne compromet pas la licéité du traitement fondé sur le consentement effectué avant ce retrait. La personne concernée en est informée avant de donner son consentement. Il est aussi simple de retirer que de donner son consentement »[1006]. Cette possibilité n'élude toutefois pas l'analyse des intérêts en présence. Le retrait du consentement peut ainsi parfois heurter l'intérêt du cocontractant. Ainsi, le retrait du consentement du salarié à un traitement de ses données peut entrer en conflit avec le besoin de l'entreprise à pouvoir en disposer. Cette

[1005] CA Lyon, ch. soc. A, 24 mars 2014, n° 13/03463 : l'employeur était dans l'impossibilité d'apporter la preuve des propos reprochés, le salarié concerné ayant entre temps modifié son profil Facebook ; CA Bordeaux, ch. soc. sect. A, 1er avril 2014, n° 13/01992 : « la cour estime tout d'abord que les attestations précitées, émanant de personnes ayant un lien de subordination avec l'employeur, doivent être utilisées avec discernement, et ce, d'autant qu'elles comportent certaines imprécisions ou approximations » ; *cf* F. JETHA, « Liberté d'expression et manquements aux obligations du salarié », *JCP S*, 2015, n° 1110.

[1006] Article 7, 3° du règlement 2016/679/UE.

faculté de retrait doit être rapprochée de celle du refus qu'il peut vouloir exprimer à l'égard de tout traitement à son endroit. La limitation du droit de retrait de son accord semble donc suivre le même régime que celui du refus, mettant en balance d'un côté, l'intérêt à agir du salarié, et de l'autre, la finalité du traitement et sa pertinence au regard des besoins de l'entreprise.

Le poids du contrat dans l'exercice du droit de retrait s'observe également en matière de droit à l'image. Ainsi, admettant une certaine patrimonialisation de ce droit, la jurisprudence estime que la rétractation de la personne ayant conclu un contrat de cession des droits sur son image peut conduire à la mise en en jeu de sa responsabilité[1007]. Néanmoins, le contrat ne saurait avoir une durée illimitée, et en conséquence un nouveau consentement est exigé en cas de rediffusion. Ainsi, il apparaît logique que le consentement du salarié sur l'utilisation de son image par son employeur, s'éteigne après la rupture du contrat de travail[1008].

243. – Si le consentement semble donc à objet ou à durée limités, il se heurte toutefois à l'intemporalité des traces que l'individu peut laisser dans son sillage. Le proverbe « *Verba volant, scripta manent* »[1009] témoigne de la conscience de cette réalité. Les TIC amplifient ce phénomène, l'écrit numérique présentant deux caractéristiques propres : son immédiateté et son spectre de diffusion. Pendant longtemps, le support écrit a été de portée limitée, réservé aux proches, à l'intime. Rares étaient les écrits personnels diffusés massivement[1010]. Qui plus est, la démarche de communiquer de manière plus large une information, même personnelle, relevait alors d'une réflexion préalable, incitant à davantage de prudence et de modération. L'immédiateté, seconde caractéristique des TIC, a permis la diffusion en temps quasi-réel, annihilant ainsi celui du doute. Spontanéité certes rafraîchissante, les TIC sont également sources de dérapages non maîtrisés qui se trouvent amplifiés en raison d'une diffusion massive.

[1007] CA Versailles, 22 septembre 2005 : *D.*, 2006. Pan. 2705, obs. L. MARINO ; *Comm. com. élec.*, 2006, comm. n° 4, obs. Ch. CARON ; *Légipresse*, 2006, III, p. 109, note J.-M. BRUGUIÈRE ; *cf* ég. CA Paris, 10 septembre 2008 : *D.*, 2008, p. 2985, note J.-M. BRUIGUIÈRE et A. BRÉGOU.

[1008] CA Paris, 22ème ch., sect. B, 15 mai 2001 : *Comm. Com. élec.*, 2001, comm. n° 118, obs. A. LEPAGE ; CA Paris, 10 Janvier 2003, n° 01/32669.

[1009] Trad. : « Les paroles s'envolent, les écrits restent ».

[1010] Il n'y a guère que les personnes publiques ou les écrivains qui pouvaient procéder à une telle diffusion.

244. – A ces deux caractéristiques, il convient d'en ajouter une troisième : l'intemporalité. L'écrit, même numérique, demeure. Pourtant, à la différence du marbre, les supports informatiques de conservation des données permettent un tel effacement[1011]. Néanmoins, l'externalisation des sauvegardes auprès d'entreprises spécialisées[1012] peuvent rendre l'effacement moins aisé. Mais la difficulté réside surtout dans l'utilisation des réseaux, qu'ils soient internes ou externes à l'entreprise, et précisément la traçabilité qu'ils permettent. Toute navigation dans un réseau laisse nécessairement des traces. Ces dernières, bien souvent exploitées d'un point de vue commercial, peuvent également intéresser l'employeur. Le réseau mondial que représente Internet constitue ainsi une mine d'informations, les indices laissés par l'internaute permettant parfois de reconstituer sa personnalité voir sa vie privée[1013].

En matière de « mémoires numériques »[1014], il n'y point d'érosion temporelle. La défaillance humaine n'a plus cours. L'imperfection de la transmission orale est gommée. Certes, l'écrit papier a longtemps rempli un rôle de mémoire, indispensable au devoir du souvenir et à l'évolution des peuples[1015]. Toutefois, la retranscription opérait un filtrage des informations, permettant d'en conserver les plus significatives. Si une exhaustivité informationnelle s'est par la suite développée, suivant l'évolution des moyens de communication, l'accessibilité réduite et le temps de recherche nécessaire dissuadaient alors la curiosité. Le numérique a fait disparaître ces barrières. L'information est désormais à la disposition de tout à chacun, à tout moment et sans frais. La mémoire de l' « homo numericus » est donc omniprésente, enfouie dans ses entrailles[1016], « au plus profond d'un système dont nous ne pouvons pas mesurer l'envergure »[1017].

[1011] Disques durs, clés USB, etc.

[1012] Et la généralisation du « Cloud computing » : ou l'informatique en nuage est l'exploitation de la puissance de calcul ou de stockage de serveurs informatiques distants par l'intermédiaire d'un réseau, généralement internet.

[1013] *Cf* not. les expériences réalisées de reconstitution de la vie de personnes à partir des traces laissées sur le net : « Marc L. Genèse d'un buzz médiatique », *Le Tigre*, n° 30, disponible sur www.le-tigre.net [consulté le 10.10.2016] ; « Un internaute mis à nu à partir de ses traces sur le web », *Le Figaro*,15 janvier 2009.

[1014] « La vie privée à l'heure des mémoires numériques », Rapport d'information, Sénat.

[1015] « Les peuples n'évoluent et ne grandissent que s'ils ont la mémoire d'eux-mêmes », Ch. CHARRIERE-BOURNAZEL, « Propos autour d'Internet : l'histoire et l'oubli », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 111, p. 6.

[1016] Et qui renvoie à l'étymologie du mot « mémoire lequel a pour origine en hébreu la racine « mem » qui signifie « entrailles ».

[1017] Rapport Sénat, *op. cit*, p. 7.

245. – « L'hypermnésie de nos sociétés »[1018] soulève alors la question de la pertinence des données ainsi mémorisées, ainsi que leur durée de conservation. L'oubli « naturel » ayant disparu[1019], l'effacement relève désormais d'une démarche volontaire, émanant de la personne qui souhaite voir effacer les données la concernant. Le droit à l'oubli[1020] correspond ainsi, en premier lieu, à un droit à l'effacement[1021]. Ce dernier s'interprète alors tant comme une manifestation de la volonté de limiter son exposition publique, qu'une technique permettant de parvenir à cette fin. Il implique dès lors la présence d'informations privées, déjà révélées par le passé, que la personne souhaite voir disparaître, et se rapproche sur ce point de la non redivulgation. Il partage également les mesures correctrices habituellement prononcées en présence de divulgation illicite. Sur le fondement de l'article 9 du Code civil, les tribunaux ont pu ainsi ordonner la suppression des supports contenant les informations ainsi divulguées[1022] : écrits[1023], clichés photographiques[1024] ou encore films[1025], ou de manière plus ciblée, leur modification par la suppression[1026] ou l'occultation[1027] des éléments litigieux qu'ils

---

[1018] *Ibid*, p. 35.

[1019] Jacques THYRAUD, dans son rapport sur la loi du 6 janvier 1978, évoquait déjà les menaces inhérentes à la révolution numérique : « L'informatique a apporté essentiellement un changement de dimension : elle a introduit, en effet, une capacité de mémorisation considérable au point que certains peuvent craindre qu'elle ne porte atteinte à la des droits les plus fondamentaux de l'être humain : le droit d'oubli ».

[1020] Note ss TGI Seine, 14 octobre 1965, *JCP G*, 1966, II, n° 14482.

[1021] Le règlement européen 2016/679/UE réalise cet amalgame intitulant son article 17 « Droit à l'effacement ("droit à l'oubli") ».

[1022] La saisie et le séquestre sont les deux mesures envisagées par l'article 9 al. 2 du Code civil, mais par leur radicalité et leur applicabilité réduite, le juge est davantage enclin à recourir aux mesures d'interdiction, même si l'on peut constater une « réticence toujours plus grande des juridictions de référé à interdire des publications ou à ordonner leur retrait » (Th. HASSLER, article *op. cit. supra*, spéc. p. 25) ; *cf* ég. TGI Paris, 10 février 2006 : *Légipresse*, 2006, III, p. 126.

[1023] Cass. civ. 1ère, 9 juillet 2003, n° 00-20.289, *Bull. civ. I*, 2003, n° 172 : *D.*, 2004, Somm. p. 1633, obs. Ch. CARON ; *RTD civ.*, 2003, p. 680, obs. J. HAUSER ; *Comm. com. élec.*, 2003, Comm. n° 115, obs. A. LEPAGE ; *JCP G*, 2003, II, n° 10139, note J. RAVANAS ; *Dr. et patr.*, janv. 2004, p. 90, obs. G. LOISEAU.

[1024] TGI Paris, 28 janvier 2008 : Légipresse 2008, I, p. 34.

[1025] Cass. civ. 1ère, 16 octobre 1984, n° 83-11.786, *Bull. civ. I*, 1984, n° 268.

[1026] TGI Paris, 4 avril 1970 : *D.*, 1971, Somm. p. 7 ; *JCP G*, 1970, II, n° 16328, note R. LINDON ; TGI Paris, 31 octobre 2001 : *Comm. com. élec.*, 2002, comm. n° 50, 1ère esp., obs. A. LEPAGE ; de la suppression de passages d'un livre portant atteinte aux droits de la personnalité : TGI Paris, 28 février 1973 : *JCP G*, 1973, II, 17401, note R. LINDON ; Cass. civ. 1ère, 7 février 2006, n° 04-10.941, *Bull. civ. I*, 2006, n° 59 : *Gaz. Pal.*, 2006, p. 2061, concl. J. SAINTE-ROSE ; *JCP G*, 2006, II, n° 10041, note G. LOISEAU ; *RCA*, 2006, p. 107 ; *RTD civ.*, 2006. 279, obs. J. HAUSER ; *RJPF*, 2006/5, p. 12, obs. E. PUTMAN ; *Gaz. Pal.*, 27-28 avr. 2007, p. 26, note L. MARINO.

[1027] Le juge peut ordonner qu'un rectangle noir soit apposé sur une photographie afin de rendre non identifiable la personne représentée (TGI Marseille, 18 janvier 1974 : *Gaz. Pal.*, 1974, p. 282).

pouvaient contenir. Plus récemment, les demandes de déréférencement sur les moteurs de recherche ont alimenté la jurisprudence[1028].

246. – Au-delà de l'aspect technique, le droit à l'oubli peut également s'analyser en un droit à la rédemption. En effet, des doutes peuvent survenir au fil du temps. « Les gens changent souvent d'avis pour diverses raisons, parce que leur choix initial a été opéré sans y prendre garde ou parce que les circonstances ont changé, comme un enfant qui grandit et gagne en maturité »[1029]. Oisive jeunesse, de regrets suivie…[1030] Comme le soulignait déjà Gérard LYON-CAEN, « L'homme change et ne doit pas être soudé à son passé »[1031]. Mais le droit à l'oubli ne permet pas seulement de faire table rase de son passé, il s'oppose également à l'immédiateté des moyens de communication, excluant alors toute possibilité d'erreur, de spontanéité. Cette dernière trouve d'ailleurs parfois une oreille attentive des juges lors de débordements d'humeurs pouvant conduire à la sanction du salarié. Aussi, doit-on pouvoir lui de permettre d'appliquer cette faveur également lorsqu'il s'exprime par écrit.

La question de sa légitimité peut –être soulevée : « Le droit à l'oubli, le droit à ne passer à la postérité, un nouveau droit à… plus légitime que bien d'autres qui prolifèrent en sens inverse ? »[1032]. Il nous semble en tout cas qu'il puisse se rattacher au droit au respect de la vie privée, entrant ainsi dans le champ d'application de l'article 9 du Code civil, véritable « matrice des droits de la personnalité »[1033].

[1028] T. com. Paris, 1re ch., 28 janv. 2014, *X c/ Google Inc. et Google France*, *op. cit.* ; CJUE, 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González, op. cit.*

[1029] Avis 15/2011 Groupe de travail article 29, p. 22.

[1030] A. RIMBAUD, « Chanson de la plus haute tour », *Les illuminations*,

[1031] G. LYON-CAEN, Rapp. préc., n° 106.

[1032] J. HAUSER, note sous Cass. civ. 1ère, 22 mai 2008, JCP G, 2008, IV, 2137.

[1033] J.-Ch. SAINT-PAU, note sous Cass. civ. 1ère, 16 juillet 1998, *D.*, 1998, p. 541.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

247. – La discrétion apparaît comme un rempart à la divulgation des informations destinées à demeurer secrètes ou à être, de façon limitée, partagées. La prohibition de toute violation du secret en constitue une première garantie. Elle s'applique alors tant aux informations confidentielles de l'entreprise qu'à celles de nature privées concernant les salariés. Une nuance peut toutefois être observée en ce que les premières tendent à voir leur protection se renforcer, à l'inverse des secondes pour lesquelles le contexte professionnel semble au contraire affaiblir leur caractère secret.

La discrétion implique par ailleurs la nécessité d'encadrer l'exposition de la personne, que celle-ci soit justifiée ou consentie. Les mécanismes de prévention constituent un premier niveau de sécurisation et amènent à responsabiliser les détenteurs de telles informations. Ces derniers ne semblent toutefois pas avoir totalement conscience des risques en la matière, en particulier des enjeux en terme de responsabilité.

En second lieu, la diffusion d'informations est également encadrée, quand bien même celle-ci serait justifiée, ou consentie. À ce titre, on peut observer que le contexte professionnel peut justifier une prise de connaissance étendue d'informations pouvant entrer en conflits avec des intérêts collectifs. En parallèle, le consentement de la personne, lorsque celui-ci libère de l'information, rend difficile le droit de retrait, pourtant indispensable à la maîtrise par le salarié de ses informations personnelles.

CONCLUSION DU TITRE 2

248. – Le droit spécialisé en matière de protection des données personnelles constitue une base solide pour protéger la confidentialité des données personnelles du salarié ou de l'entreprise. Toutefois, les mécanismes de répression s'avèrent indispensables à la préservation contre le risque de divulgation non maîtrisée.
Or, il peut être constaté une aporie de tels dispostifs concernant le salarié, à l'inverse de l'entreprise, laquelle peut se réfugier derrière différentes notions et dispositions spécifiques en matière de confidentialité et de secret professionnel. Il nous semble qu'un élargissement de leur champ d'application assurerait une protection plus importante des informations à la fois privées et professionnelles concernant le salarié.

Par ailleurs, la notion de vie privée reste peu mobilisée, et ce malgré la teneur des informations pouvant faire l'objet d'une divulgation. Le caractère technique du droit de la protection des données élude la notion, qui ne trouve qu'une application réduite tant en matière de répression, que de dérogations autorisant la divulgation de données privées. Une référence plus explicite de la jurisprudence et du législateur permettrait d'apporter à ces informations professionnelles et personnelles, la qualification qu'elles méritent, ainsi qu'une protection appropriée par le biais du droit au secret de la vie privée.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

249. – Le secret de la vie privée semble face à un paradoxe en droit du travail. En effet, le droit de contrôle accordé au salarié sur ses informations personnelles révèle la présence d'un droit au secret, qui lui permet de refuser toute investigation sur sa personne, ainsi que la divulgation de données le concernant.
Pourtant, l'examen approfondi de l'encadrement légal de ces prérogatives ne laissent qu'une place réduite à la notion de vie privée, et encore moins à l'article 9 du Code civil, lequel semble pourtant destiné à s'appliquer en matière de secret de la vie privée.
Certes, la mobilisation de dispositions spécifiques, provenant principalement du droit du travail et du droit de la protection des données, permettent d'assurer un certain niveau de protection du secret. Néanmoins, la recherche d'une effectivité pratique de ces dispositions conduit à s'intéresser partiellement à l'individu, et tend à confirmer le besoin d'une référence plus générale, au symbolisme indiscutable.

La notion de vie privée devrait donc occuper une place plus large dans la protection du droit au secret du salarié. Principe essentiel du droit du travail[1034], il ne nous semble pour autant pas devoir se limiter au secret.
En effet, l'inévitable exposition de l'être, laquelle confirme la définition du secret de Jean Cocteau[1035], conduit à devoir ouvrir le champ de la protection de la vie privée, que le secret ne permet d'assurer que partiellement. Ainsi, d'un droit d'opposition, le droit au respect de la vie privée peut s'entendre plus largement en tant qu'exercice d'une liberté.

[1034] R. BADINTER, « Rapport remis au premier ministre du comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail », 25 janvier 2016 – Parmi les principes proposés, deux d'entre eux mobilisent la notion de vie privée et tend à confirmer la séparation que nous dénonçons dans cette étude : article 3 : « Le secret de la vie privée est respecté et les données personnelles protégées dans toute relation de travail » ; article 15 : « Les procédures de recrutement ou d'évaluation ne peuvent avoir pour objet ou pour effet que d'apprécier les aptitudes professionnelles. Ces procédures respectent la dignité et la vie privée de la personne ».
[1035] *Cf infra*, p. 41 : « Le secret a toujours la forme d'une oreille », *op. cit.*

PARTIE 2 – LA LIBERTE DE LA VIE PRIVEE

La liberté ne peut être que toute la liberté ;
un morceau de liberté n'est pas la liberté."
Max Stirner, L'unique et sa propriété, 1844

250. – L'étude de la liberté de la vie privée amène d'abord à se pencher sur l'origine de ce concept. Si sa consécration en droit positif date certainement de l'insertion du droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, dans l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, cet avènement fait suite à une évolution de cette idée déjà bien ancienne. Il ne faut cependant pas occulter l'influence du droit interne, et notamment de ses hésitations, pour bien comprendre la place qu'elle occupe aujourd'hui.

251. – Historiquement, si le juriste tendra à se concentrer sur l'origine jurisprudentielle du concept, il convient d'abord d'en cerner le contexte à des fins de meilleure compréhension. En effet, il est difficile de ne pas resituer le développement de la vie privée et de la liberté de celle-ci dans l'évolution sociale et philosophique qu'ont connu les sociétés industrielles à partir de la seconde moitié du 19ème siècle, sous l'influence d'un libéralisme, protéiforme et difficile à mesurer. C'est d'abord le libéralisme politique qui vient à l'esprit, et notamment son sacrosaint paradigme de la nécessaire mise à l'écart de l'Etat dans les affaires privées[1036]. Partant, l'individu doit pouvoir bénéficier d'une « aire minimum de liberté individuelle » [1037] soustraite à toute intervention extérieure, sous-entendue étatique. Cette liberté dite *négative*[1038], permet ainsi d'opérer

[1036] « Le libéralisme n'a, dans l'ensemble, jamais été qu'une discussion sur les limites de la sphère privée, les principes selon lesquels ces limites doivent être tracées, l'origine des interférences et de leur contrôle » : S. LUKES, *Individualism*, Basil Blackwell, Oxford, 1973, p. 62.
[1037] I. BERLIN, « Deux conceptions de la liberté », *in Eloge de la liberté*, Presses Pocket, Calmann-Lévy, trad. J. CARNAUD et J. LAHANA, coll. Agora, 1990, p. 167 et s., spéc. p. 171.
[1038] Sur la notion de liberté négative, *cf* not. les réf. citées par D. GUTMANN, *op. cit.*, note n° 325 : G. MAC CALLUM Jr, « Negative and Positive Freedom », *in Philosphy, Politics an Society*, éd. Par Peter Laslett, W. G. Runciman et Q. Skinner, 4ème série, Oxford, Basil Blackwell, 1972, p. 174 et s. ; C. TAYLOR, « What's wrong with negative liberty ? », in *The idea of freedom*, éd. A. Ryan, Oxford University Press, Oxford, 1979, réimpr. *in Readings in social ans political philosophy*, éd. E. M. Stewart, Oxford University Press, New York, 1986 ;

une distinction entre sphère publique et privée[1039], « dans laquelle la sphère privée n'est que le *négatif* de la sphère publique »[1040], et d'assurer à l'individu l'exercice de sa liberté dans la sphère privée : « les citoyens possèdent des droits individuels indépendants de toute autorité sociale ou politique, et toute autorité qui viole ces droits devient illégitime »[1041]. Cette incompétence *naturelle* de l'Etat à l'égard des choses du privé a induit un droit naturel à la vie privée en directe lignée de la pensée de John Locke[1042].

Cette liberté individuelle a très rapidement dépassé le domaine politique, s'étendant à la dimension émotionnelle de l'individualité, caractérisant pour certains un « libéralisme romantique »[1043]. Les deux formes de libéralisme ont une conception différente de la vie privée : « la peur de l'autorité politique et de la coercition officielle, qui encourage les libéraux à limiter le gouvernement, est totalement secondaire pour les romantiques, pour lesquels la privatisation est une condition de l'individualité et de l'expression personnelle »[1044]. Cet individualisme qui prône la différence se retrouve dans les propos de Wilhem von Humbolt, lequel estime que « l'homme, même le plus libre, le plus indépendant, quand il est placé dans un milieu uniforme, progresse moins »[1045]. Le même auteur estime alors que « la vraie raison ne peut désirer pour l'homme d'autre état que celui où non-seulement il jouit de la plus entière liberté de développer lui-même et autour de lui sa personnalité propre, mais encore où la nature ne reçoit des mains de l'homme d'autre forme que celle que lui donne librement chaque individu, dans la mesure de ses besoins et de ses penchants, bornée seulement par les limites de sa force et de son droit »[1046].

Q. SKINNER, « Les idéaux républicains de liberté et de citoyenneté », *Rue Descartes*, n° 3, *Citoyenneté, démocratie, république*, 1992, p. 15 et s.

[1039] I. BERLIN, *op. cit.*, p. 173.

[1040] D. GUTMANN, *op. cit.*, n° 363.

[1041] B. CONSTANT, Principe de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs, et particulièrement à la Constitution actuelle de la France (1815), in *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes, Discours prononcé à l'Athénée royal de Paris en 1919, repr*. in *De la liberté chez les modernes. Ecrits politiques*, textes choisis, présentés et annotés pzar M. Gauchet, Hachette, coll. Pluriel, p. 275.

[1042] V. not. J. LOCKE, Deuxième Traité du Gouvernement civil, chap. XI, § 135, p. 152 et s., selon lequel le pouvoir législatif ne peut avoir naturellement pour effet d'asservir les citoyens, puisque la convention à l'origine de toute société est inapte à mettre fin à la loi de la nature qui empêche l'homme de porter atteinte à sa conservation, sa liberté et sa propriété.

[1043] D. GUTMANN, op. cit., n° 367 et s.

[1044] N. L. ROSENBLUM, *Another liberalism, romanticism and the reconstruction of liberal thought*, Harvard University, Cambridge (Mass.) and London (England), 1987, p. 59.

[1045] W. von HUMBOLDT, *Essai sur les limites de l'action de l'Etat*, trad. Annotée et précédée d'une étude sur l'auteur par H. Chrétien, Germer Baillière, Libraire-Editeur, Paris, 1867, p. 13.

[1046] *Ibid*, p. 21.

Auto-détermination et unicité semblent donc les maîtres mots de ce libéralisme romantique, lequel a contribué à déboucher sur une conception du droit en tant que force d'opposition à ces idéaux, commandant ainsi son retrait : « Au nom de l'épanouissement personnel par la spontanéité, on dit que l'homme ne peut se rendre lui-même esclave. Au nom de l'assimilation entre droit et commandement contraignant, on accuse le droit de constituer l'instrument du maintien en esclavage. D'où l'on déduit que pour s'émanciper, il faut supprimer l'instrument d'asservissement »[1047]. La jurisprudence ne pouvait rester insensible à de telles conceptions.

252. – Il est admis le rôle précurseur joué par la Cour suprême américaine par l'introduction du concept de *privacy,* et sa reconnaissance constitutionnelle[1048]. Mouvement jurisprudentiel alors qualifié de « saut qualitatif essentiel », à savoir celui du « passage de la protection du secret et de l'intimité de la vie privée à l'idée selon laquelle le secret n'est que l'un des moyens de protéger la liberté individuelle, laquelle n'est à son tour que le moyen d'assurer l'épanouissement personnel de chacun, franchissant ainsi d'un jet le chemin qui sépare le "droit d'être laissé seul" au droit à l'autodétermination (droit-liberté), pour parvenir à l'épanouissement personnel, c'est-à-dire au bonheur (droit-créance) »[1049]. Il convient de « distinguer deux secteurs de la *privacy*, l'un qui garantit la liberté de faire, sans ingérence de l'État, les choix existentiels dans les domaines sensibles de la sphère privée, l'autre qui protège le droit au secret »[1050]. La vision large de la jurisprudence américaine a ainsi débouché sur la reconnaissance de la liberté de choix des personnes dans leur vie privée : « si le *right of privacy* veut dire quelque chose, c'est bien le droit de l'individu, marié ou célibataire, d'être affranchi de toute intrusion arbitraire de l'Etat dans des manières affectant aussi fondamentalement la personne que la décision de porter ou d'engendrer un enfant »[1051]. Une certaine

[1047] D. GUTMANN, *op. cit.*, n° 368.
[1048] L'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis, 7 juin 1965, *Griswold v. Connecticut*, vol. 381, U.S. 484.
[1049] M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RIDC*, 1992, n° 44, spéc. p. 771.
[1050] F . RIGAUX, *op. cit.*, p. 547 ; note de bas de page n° 39 : *cf* not. l'opinion dissidente du juge BLACKMUN dans Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186, 204 (1986) : The case before us implicates both the decisional and the spatial aspects of the right to privacy.
[1051] 405 U.S. 438, 452 (1972) cité par D. GUTMANN, *op. cit.,* n° 370 et note n° 352 : le même raisonnement explique la constitutionnalisation du droit à l'avortement : v. Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)… et est extensible à d'autres domaines considérés comme appartenant à la *privacy* : le droit à la stérilisation volontaire, le droit d'engendrer par procréation médicalement assistée ou bien encore l'interruption de soins pour un individu incapable de mener une vie « chargée de sens ».

indépendance de l'individu émerge de cette vision de la vie privée, résumée par « le droit d'être laissé seul »[1052], autrement dit « un droit à être tranquille »[1053].
Le « droit de disposer de soi-même »[1054] s'ajoute alors à celui d'être protégé contre les regards indiscrets. Cette distinction n'a toutefois pas été opérée par le droit américain[1055].
Cette réception large de la notion de vie privée a également trouvé écho au sein de la vieille Europe tant par la doctrine que par la jurisprudence.

253. – « Originellement envisagé comme un droit à l'intimité ou un droit au secret, le respect de la vie privée s'entend aujourd'hui beaucoup plus largement. D'un côté, le contenu juridique du droit au respect de la vie privée vise non seulement le secret, mais également la liberté de la vie privée »[1056]. La conception romantique de la vie privée a déjà séduit certains auteurs européens[1057], la formule du Professeur Stig Stromholm de l'université d'Upsala suscitant ainsi un vif intérêt : le « droit pour une personne d'être libre de mener sa propre existence comme elle l'entend, avec le minimum d'ingérences extérieures »[1058]. Cependant, elle ne renseigne pas sur l'éventuelle distinction qui pourrait être opérée entre droit au respect et liberté de la vie privée. Il est vrai que certains auteurs semblent y voir plutôt une confusion : « L'étendue de la vie privée serait donc un certain nombre d'actes, et le droit au respect de la vie privée ne serait autre que la liberté d'accomplir ces actes »[1059].
Assimilation qui pour certains pourrait laisser penser que le premier alinéa de l'article 9 du Code civil serait l'expression d'une norme « purement permissive », laquelle ne

---

[1052] Trad. de « The right to be let alone » prononcée par le juge COOLEY : Cooley on Torts, 2ème éd., 1888, p. 29 ; 3ème éd., par J. LEWIS, t. I, 1906, p. 33 ; formule reprise par Warren and Brandeis, « The right to privacy », *Harvard Law Review*, 1890 ; *in* R. Wacks (dir.), Privacy vol. II, p. 5.
[1053] J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 1, PUF, 1996, n° 86.
[1054] M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Le droit de disposer de soi-même », in *Licéité en droit positif et référence légale aux valeurs*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 237 et s. et 255 et s.
[1055] Une véritable confusion entre le concept de *privacy* et celui de liberté individuelle : *cf* l'analyse de W. A. PARENT, « A new definition of privacy for the law », *Law and Philosophy*, Vol. 2, n° 3 (Déc. 1983), p. 305.
[1056] J.-Ch. SAINT-PAU, *J.-Cl.,* Fasc. 10, *op. cit.*, n° 24.
[1057] V. not. F. RIGAUX, « La vie privée. Une liberté comme les autres ? », *Travaux de la Faculté de Droit de Namur,* t. 17, Larcier, Bruxelles, 1992, Première leçon : « La liberté de la vie privée. De l'éclosion à l'explosion », p. 1 et s. ; P. KAYSER, La protection de la vie privée par le droit, *op. cit.*, p. 11 : « pouvoir d'une personne de se comporter comme elle l'entend dans cette partie de sa vie ».
[1058] Reprise dans *D.*, 1970, p. 466, conclusions CABANES, CA Paris, 7ème chambre, 15 mai 1970 ; J. CARBONNIER semble également l'admettre, estimant que la vie privée de la personne "est au fond une liberté" : *Droit civil*, *op. et loc. cit.* ; V. ég. B. BEIGNIER, « Vie privée et vie publique », *APD*, 1997, t. 41, p. 163 et s., not. p. 167, qui estime que "la vie privée est une liberté civile".
[1059] D. GUTMANN, *op. cit.*, n° 373.

consacrerait en fait que la liberté de la vie privée[1060]. Autrement dit, la liberté de la vie privée serait incarnée et se confondrait dans le droit au respect de la vie privée.

Toutefois, cette unité n'est pas partagée de tous, certains auteurs considérant au contraire que la liberté serait un aspect de la vie privée[1061]. En admettant l'existence d'une dualité, l'examen des rapports entre ces deux aspects s'arrête bien souvent à la fonction utilitariste du droit au respect de la vie privée, lequel par le secret qu'il accorde, renforce et garantie la liberté de la vie privée. En effet, nul ne se sent plus libre d'agir dès lors qu'il se sait protégé du regard d'autrui[1062]. Le Conseil constitutionnel admet d'ailleurs que « la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle » reconnue à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[1063].

Un auteur souligne davantage une certaine complémentarité : « l'article 9 du Code civil détermine un pouvoir défensif : le pouvoir d'exiger "le respect" des actions (liberté) et des informations (secrets) relatives à la vie privée »[1064].

Néanmoins, un autre rapport peut être établi, hiérarchique celui-ci, amenant la liberté à englober le droit au respect de la vie privée. Ce dernier, s'incarnant dans la possibilité de se construire une sphère d'intimité, ne serait ainsi que l'expression de l'exercice de la liberté de la vie privée. « Si l'homme, à la différence de l'animal, peut séparer ainsi les sphères de sa vie, c'est parce qu'il est un être libre »[1065]. D'ailleurs, l'existence même de cette sphère privée se trouve dans l'exercice de cette liberté n'appartenant qu'à l'homme[1066]. « Mais ce pouvoir d'opposition [le droit au respect de la vie privée] n'apparaît en réalité que comme une conséquence naturelle d'un pouvoir d'action : la liberté de la vie privée. C'est en effet parce que chacun est libre de mener sa vie privée comme il l'entend – sous réserve de l'ordre public et du droit des tiers, que le droit positif accorde protection à cette situation juridique en consacrant son inviolabilité. Le droit au respect de la vie privée n'apparaît donc que comme le prolongement juridique

---

[1060] A. BENET, *Analyse critique du "droit" au respect de la vie privée. Contribution à l'étude des libertés civiles*, thèse, Paris II, 1985, n° 80, p. 280 ; n° 95, p. 297

[1061] J. RAVANAS, *J.-Cl. civ.*, fasc. 1, n°18, qui classe parmi les intérêts protégés la liberté et le secret.

[1062] Pour un rapport similaire entre secret des correspondances et liberté des correspondances : F. GÉNY, *Des droits des lettres-missives*, Sirey, 1911, p. 149, n° 54 et s.

[1063] Cons. const., 18 janvier 1995, n° 94-352 DC ; Cons. const., 23 juillet 1999, n° 99-416 DC, *op. cit.* – Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC.

[1064] J.-Ch. SAINT-PAU, *op. cit.*, Fasc. 20, spéc. n°1.

[1065] D. GUTMANN, *op. cit.*

[1066] R. POLIN, « Le sens du privé dans l'opposition du privé et du public », *in Archivo di filosofia*, « Il publico ei il privato », 1979, II-III, Padova, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, p. 173.

d'une liberté civile et publique dont il ne peut être fait abstraction et qui s'incorpore au droit subjectif »[1067]. Ainsi, la notion même de vie privée n'a de sens qu'en association à une liberté.

Ces relations permettent ainsi d'attribuer une étendue plus large à la liberté de la vie privée, laquelle se manifeste donc tant dans la délimitation d'une sphère d'intimité, que dans le choix d'un mode de vie[1068], « le concept de vie privée ne s'entend plus seulement de l'intimité, mais également de l'identité »[1069]. Cette conception transparaît également dans une partie de la jurisprudence.

254. – La réception jurisprudentielle d'une conception élargie de la vie privée s'incarne assurément dans les décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme au visa de l'article 8 de la Convention. L'affirmation selon laquelle il est « impossible ni nécessaire de chercher à définir de façon exhaustive la notion de vie privée »[1070] lui a ainsi permis d'étendre sa conception de la vie privée en y intégrant progressivement différents éléments. S'il s'est d'abord s'agit d'affirmer une liberté, et spécialement la liberté sexuelle[1071][1072], un périmètre plus vaste s'est dessiné par le biais de la notion d'autonomie personnelle[1073], « concept amplificateur »[1074] amené à protéger

---

[1067] J.-Ch. SAINT-PAU, *J.-Cl.*, *op. cit.*, Fasc. 10, spéc. n° 53.
[1068] Distinction déjà opérée par J. CARBONNIER, *op. et loc. cit.*
[1069] J.-Ch. SAINT-PAU, *op. cit.*, n° 24.
[1070] CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, *op. cit.*, spéc. § 29.
[1071] A propos des lois réprimant l'homosexualité, CEDH, 22 octobre 1981, Req. n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 45 : *Ann. français de droit international*, 1982, 504, obs. R. PELLOUX ; *JDI*, 1985, p. 185, obs. P. ROLLAND ; *Jurisp. Cour EDH*, n° 111, p. 290. Dans le même sens, *cf* CEDH, 26 octobre 1988, Req. n° 8225/78, *Norris c/ Irlande*, Série A, n° 142 : *JDI*, 1989. 834, obs. P. ROLLAND ; CEDH, 22 avril 1993, Req. n° 15070/89, *Modinos c/ Chypre*, série A, n° 259 : *JCP*, 1994, I, 3742, n° 3 et 28, obs. F. SUDRE ; sur des pratiques sadomasochistes entre adultes homosexuels consentants : CEDH, 19 février 1997, Req. n°s 21627/93 - 21628/93 - 21974/93, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni* : *JCP*, 1998, I, 107, n° 32, obs. F. SUDRE.
[1072] Liberté n'étant pas exempte de certaine critiques : une trop grande liberté empêchant toute intervention de l'État, parfois nécessaire pour corriger certains déséquilibres ; *cf.* not. M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Le démariage consensuel », *RTD civ.*, 1995, p. 559, spéc. p. 567, selon laquelle l'article 8 de la CESDH tend à servir d'arme politique « confondant délibérément intimité et liberté pour mieux délégitimer l'intervention du droit dans la sphère familiale, artificiellement retranchée de celle du social et du politique au sens élevé du terme ».
[1073] CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, Req. n°2346/02.
[1074] J.-P MARGUÉNAUD, *op. cit.*

tant les données confidentielles relatives à la santé[1075], que le droit de disposer de son corps[1076], le droit à l'image[1077] ou encore le droit de connaître ses origines[1078].

L'autonomie personnelle, parfois associée à la notion d'autodétermination[1079], constitue ainsi la manifestation effective d'une liberté accordée à tout à chacun de mener sa vie privée comme il l'entend. Au delà de l'apparent pléonasme, la notion de « vie privée personnelle »[1080] prend ici tout son sens.

La Cour de Strasbourg a franchi un second cap en intégrant dans le champ d'application du droit au respect de la vie privée, « dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables, y compris dans le domaine professionnel ou commercial »[1081]. Dépassant l'autonomie, la Cour s'est alors intéressée au potentiel de cette liberté, à savoir l'affirmation d'une identité à travers l'épanouissement personnel[1082], autrement dit la « vie privée sociale »[1083]. « Le droit au respect de la vie privée ce n'est pas seulement le droit de rester chez soi pour exclure les autres ; c'est aussi le droit de sortir de chez soi pour aller vers les autres »[1084]. En l'étendant au domaine professionnel[1085], la Cour entend alors affirmer d'autant plus

---

[1075] CEDH, 25 février 1997, Req. n° 22009/93, *Z. c/ Finlande* ; et plus généralement les données personnelles : CEDH, Gde ch., 4 décembre 2008, Req. n°s 30562/04 et 30566/ 04, *S. et Maroer c/ Royaume-Uni*.

[1076] CEDH, 29 avril 2002, *op. cit.*, s'étendant à la reconnaissance du droit d'accoucher chez soi (CEDH, 14 décembre 2010, Req. n° 67545/09, *Ternovszky c/ Hongrie*) ou encore du droit pour un individu de décider à quel moment et de quelle manière sa vie doit prendre fin à condition d'être en mesure de former librement sa volonté (CEDH, 20 janvier 2011, Req. n° 31322/07, *Hass c/ Suisse*).

[1077] CEDH, 19 mai 2015, n° 53649/09, *Von Hannover c/ Allemagne*.

[1078] Origines paternelles : CEDH, 7 février 2002, Req. n° 51585/99, *Mikulic c/ Croatie* ; CEDH, 13 juillet 2006, Req. n° 58757/00, *Jäggi c/ Suisse* ; ou maternelles : CEDH, 13 février 2003, Req. n° 42326/98, *Odièvre c/ France*.

[1079] « Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 » : CEDH, 8 janvier 2009, Req. n° 29002/06, *Schlumpf c/ Suisse*, § 100 ; CEDH, 29 avril 2002, *op. cit.* ; CEDH, 11 juill. 2002, C. Goodwin c/ Royaume-Uni, § 90.

[1080] J.-P. MARGUÉNAUD, « CESDH, Article 8 : Vie privée », *Rép. De droit européen*, Dalloz, n° 8.

[1081] CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, *op. cit*. Principe réaffirmé dans l'arrêt CEDH, 22 février 1994, Req. n° 16213/90, *Burghartz c/ Suisse* : *AJDA,* 1994, p. 511, chron. J.-F. FLAUSS ; *ibid*. 1995, p. 212, chron. J.-F. FLAUSS ; *D.*, 1995, p. 5, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD civ.*, 1994, p. 563, obs. J. HAUSER.

[1082] D. GUTMANN, *op. cit.*, n° 374 : « Le droit au respect de la vie privée n'a d'autre fonction que contribuer à l'épanouissement de l'originalité personnelle ».

[1083] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, p. 92 ; concept repris par la doctrine travailliste : G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, *op. cit.*, n° 664.

[1084] *Ibid.*

[1085] CEDH, 15 mai 2012, Req. n° 56030/07, *Fernandez Martinez c/ Espagne*, § 110 : « La Cour réaffirme qu'il n'y a aucune raison de principe de considérer que la « vie privée » exclu les activités professionnelles. Des restrictions apportées à la vie professionnelle peuvent tomber sous le coup de l'article 8… » ; *cf* ég. CEDH, 28 mai 2009, Req. n° 26713/05, *Bigaeva c. Grèce*, § 23 ; CEDH, 9 janvier 2013, Req. n° 21722/11, *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, § 165-167.

l'étendue large des activités pouvant contribuer à cet épanouissement, ce que les juridictions françaises peinent parfois à affirmer clairement.

255. – A l'instar de la jurisprudence européenne, la liberté sexuelle a permis à la Cour de cassation d'étendre le champ d'application de l'article 9 du Code civil[1086], en consacrant alors le respect de certains modes de vie[1087]. Il en est de même en matière de droit social, l'homosexualité d'un salarié d'un établissement religieux ne pouvant à elle seule, constituer une cause et réelle et sérieuse de licenciement[1088], « à peine de violer la liberté de la vie privée »[1089]. Néanmoins, les juridictions françaises n'ont pas fait le choix sémantique de la notion de « liberté de la vie privée », tout au plus reconnaissent-elles un lien entre droit au respect de la vie privée et liberté civile[1090]. Cette réticence semble s'ancrer dans une lecture stricte de l'article 9 du Code civil[1091], cantonnée à la protection d'un secret[1092]. Néanmoins, cette conception peut s'avérer gênante lorsque la vie privée est mobilisée dans des relations dépassant la simple protection d'un secret.

256. – Si la notion de vie privée implique une action d'opposition[1093], cette faculté ne saurait se cantonner à la seule prise de connaissance par des tiers d'informations privées. L'individu est également en droit de s'opposer à leur prise en considération, autrement dit leur utilisation. Certes, il peut être admis qu'une prise de connaissance

---

[1086] G. GONZALEZ, « La liberté sexuelle », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* : Bruylant-Nemessis 2005, p. 157.

[1087] « Le principe dû au respect de la vie privée posée par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 9 du Code civil justifie, sous certaines conditions, que l'état civil d'une personne présentant le syndrome du transsexualisme indique désormais le sexe dont elle a l'appartenance, le principe d'indisponibilité des personnes ne faisant pas obstacle à une telle modification » : Cass. Ass. plén., 11 décembre 1992, *op. cit.* ; Comp. Cass. crim., 16 avril 1980, n° 77-92.500, *Bull. crim.*, 1980, n° 108 : *D.*, 1981, p. 68 : jugeant que le droit au respect de la vie privée ne fait pas partie de l'état des personnes.

[1088] Cass. soc., 17 avril 1991, n° 90.42.636, *Painsecq c/ Fraternité Saint-Pie X, Bull. civ. V*, 1991, n° 201 : *D.*, 1991, 140 ; *Dr. soc.*, 1991, p. 485, note J. SAVATIER ; *RTD civ.*, 1991, p. 706, obs. J. HAUSER ; *D.*, 1991, IR, p. 140 ; note A. SÉRIAUX, *JCP G*, 1991, II, 21724.

[1089] J.-Ch. SAINT-PAU, *op. cit.*, Fasc. 10, § 55.

[1090] La liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme implique le respect de la vie privée : Cons. const., 23 juillet 1999, n° 99-416 DC, *op. cit.* ; Cons. const., 18 janvier 1995, *op. cit.*

[1091] La lettre de l'article 9 du Code civil ne donnant guère d'orientation, à la différence d'autres législations, par exemple allemande : «le droit au libre épanouissement de la personnalité de chacun » / « Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit », art. 2, alinéa 1er *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*.

[1092] « Incertitude sémantique d'un droit positif, qui en réprimant « l'immixtion dans la vie privée » au nom du « droit au respect de la vie privée », peut laisser penser qu'il s'agirait de protéger directement la liberté *d'agir* du sujet de droit » : D. GUTMANN, *op. cit.*, n° 361.

[1093] *Cf supra, n° 3* (En résumé : l'adjectif « privé » émane de la racine latine « privare » (séparer, mettre à l'écart) et désigne donc un action individuelle d'opposition à autrui)

illicite d'une information privée peut conduire à rendre impossible sa prise en compte[1094]. Mais, dans le cas contraire, peut-on admettre que toute information privée obtenue de manière licite pourrait être prise en compte, et précisément produire des effets juridiques ? L'individu peut vouloir mettre à l'écart d'une relation juridique, tel un contrat de travail, des éléments considérés par lui comme intégrant sa vie privée, puisque situés en dehors de ses obligations contractuelles. Il ne s'agit donc plus d'une protection contre la prise de connaissance, mais contre la prise en considération d'un élément de la vie privée. Il ne s'agit plus de d'opposer la vie privée à un tiers mais à un rapport juridique. Il ne s'agit pas seulement de garantir un secret, mais de jouir d'une liberté, celle de la vie privée.

Partant, il n'est pas surprenant qu'une telle question se soit posée en matière de relation de travail salarié, plaçant la jurisprudence et la doctrine dans une situation inconfortable vis-à-vis de la notion de vie privée.

257. – Néanmoins, le contrat de travail a ceci de spécifique qu'il relève tant du droit patrimonial que celui des personnes[1095]. Le salarié accepte d'obéir à des ordres et ainsi de placer sa personne sous l'autorité de son employeur. « Il renonce donc à une certaine liberté, à une certaine autonomie dans la conduite de sa personne »[1096]. Toutefois, cette aliénation volontaire d'une partie de sa liberté individuelle ne concerne qu'un domaine bien délimité, fixé par le contrat lui-même, lui permettant de satisfaire à l'exécution de sa tâche. Le travailleur n'aliène pas sa personne[1097], il ne met à sa disposition que sa force de travail[1098]. Aussi, le salarié conserve un espace de liberté en tant qu'Homme libre. Cette reconnaissance d'une liberté de la vie privée dans le champ du droit social a été progressive : d'abord cantonnée hors de la vie professionnelle, son importation dans l'entreprise a permis de renforcer son effectivité, traduisant alors une évolution d'une liberté centrée sur le salarié dans sa vie privée (Titre 1) à celle du salarié dans sa vie professionnelle (Titre 2).

[1094] Des exceptions existent tout de même, à l'instar de l'exception de vérité en matière de diffamation, ou encore en matière de preuve pénale.
[1095] V. not. J. RIVERO et J. SAVATIER, « Droit du travail », *PUF*, 11 éd., 1989, p. 77.
[1096] J. SAVATIER, « La liberté dans le travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 49.
[1097] J. SAVATIER, *op. cit.*
[1098] J. RIVERO, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 1982, p. 423.

TITRE 1 : UNE LIBERTE DU SALARIE DANS SA VIE PRIVEE

258. – La reconnaissance d'une liberté de la vie privée de l'individu induit une liberté d'action de celui-ci, participant dès lors à son autodétermination et à son épanouissement, irriguant alors progressivement la jurisprudence, administrative ou judiciaire, interne ou européenne. Néanmoins, le début des années 1990 constitue un seuil, auquel la chambre sociale de la Cour de cassation a largement contribué. En effet, s'il est très certainement un « droit vivant », le droit du travail n'est pas « un droit à sang froid : plus proche des libertés publiques que du droit privé, il porte avec lui une vision émancipatrice des rapports sociaux »[1099]. D'autant que ce dernier s'intéresse à un rapport de droit privé d'un genre particulier, impliquant une relation de subordination.
Les bases ainsi jetées par ces premières jurisprudences nécessitent une étude approfondie de ces dernières, ainsi que de la doctrine qui a eu à maintes reprises l'occasion de s'exprimer sur la vie privée. Force est de constater que la question de la vie privée est devenue centrale, eu égard à la véritable inflation des décisions et des contributions sur ce thème. Cette tendance a certes été alimentée par l'expression d'un individualisme[1100] proactif, mais également par l'évolution technologique et sociétale ayant bouleversés l'organisation du travail et les rapports sociaux.

259. – La protection de la liberté de la vie privée ne peut se contenter du simple respect de l'intimité. Il s'agit selon certains auteurs de garantir au salarié une certaine tranquillité : « lorsque le travailleur n'est pas dans sa vie professionnelle, il a en quelque sorte le droit d'être laissé tranquille »[1101]. Que faut-il entendre par cette tranquillité ? Pour certains, « être libre, c'est pouvoir être tranquille »[1102]. De cette conception se perçoit une sorte de sérénité de l'individu, alors libre de pouvoir agir comme il l'entend dans sa vie privée. Dès lors, la notion de respect de la vie privée peut s'entendre de

[1099] J.-E. RAY, « Les transformations du droit du travail », in *Étude offert à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p.11, spéc. 17 ; adde J.-P. GRIDEL, « Notions fondamentales de droit et droit français », *Dalloz*, 1992, p. 115.
[1100] Non au sens égoïste du terme mais en tant que sacralisation de droits : « En définitive, l'individualisme ainsi entendu, c'est la glorification, non du moi, mais de l'individu en général », Émile DURKHEIM (1898), *L'individualisme et les intellectuels*, 1898.
[1101] J. MOULY, « Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance », *Dr. soc.*, 2006, p. 839.
[1102] B. BEIGNIER, « Réflexions sur la protection de la vie privée », *Dr. Famille*, 1997, chron. 11.

manière large : « le respect… de la vie privée, c'est celui de l'identité et de la personnalité. Ce n'est pas le droit de vivre caché, mais de vivre librement »[1103]. Cette liberté induit d'abord la faculté pour le salarié d'une liberté dans sa vie privée.

X. Cette liberté d'action a été affirmée par le biais de la reconnaissance d'une vie hors travail (Chapitre 1), laquelle a pu profiter de dispositifs de protection spécifiques (Chapitre 2).

[1103] *Ibid.*

CHAPITRE 1 – LA RECONNAISSANCE D'UNE VIE HORS TRAVAIL

260. – L'intérêt porté à ce qui se passe en dehors du travail repose sur un constat effectué dès les premières contributions doctrinales sur la question : « si l'on divise artificiellement en "tranches" la vie d'un salarié la part de son existence qu'il consacre directement à ses occupations professionnelles n'est pas tout à fait du tiers, celle qu'il consacrera au repos, aux loisirs, à la vie familiale ou à une activité publique, dépasse largement les deux tiers »[1104]. Vérité semble t-il renforcée depuis, par le biais de l'augmentation du temps de congés[1105] et la diminution du temps de travail[1106]. Ce temps de liberté s'élargissant, le salarié s'affirme davantage dans sa vie hors travail, accroissant par là même le risque de débordements de sa vie d'Homme libre sur celle de salarié subordonné.

261. – Cette coexistence de deux états pour une même personne a conduit la jurisprudence et la doctrine à affirmer peu à peu une séparation, de telle sorte que le salarié puisse jouir de sa vie d'homme libre lorsqu'il se situe en dehors de sa vie professionnelle (Section 1), générant néanmoins des difficultés à tracer des frontières (Section 2).

SECTION 1 : UNE APPROCHE SEPARATIVE

262. – La séparation est une action, celle de désunir, deux entités autrefois solidaires. Toutefois, même si elle confère une certaine autonomie à chaque élément, elle n'exclue pas leur appartenance à un tout. Par ailleurs, le réceptacle de cette division n'est pas nécessairement dissous à l'issue de ce processus. Ainsi, la division cellulaire ou les scissions d'entreprises laissent perdurer l'organisme vivant ou le groupe dans lesquelles

---

[1104] M. DESPAX, « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP*, 1963, I, 1776.
[1105] Ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés.
[1106] Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (dite loi Aubry 1) ; Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (dite loi Aubry 2).

elles se situent[1107]. Il en va de même de la vie d'un individu. Celle-ci peut aisément subsister dans son unicité, quand bien même viendrait-on à la décomposer en différents éléments, indépendants les uns des autres.

263. – Les séparations ainsi créées amènent à faire coexister différents éléments au sein de cet ensemble. Des collisions, interactions ou superpositions peuvent parfois s'observer entre ces différentes entités, en raison précisément de la subsistance du tout qui les accueille. Ce « bouillon » interne peut soulever la question d'abord de la nature, mais aussi de l'intérêt des frontières ainsi tracées, lesquelles peuvent parfois s'effacer. Les critères de séparation doivent assurément s'étudier à l'aune de l'objectif recherché par cette opération. La division peut consister en un instrument d'équilibre interne de l'entité qui l'abrite. C'est bien cette recherche d'équilibre que vise la décomposition de la vie d'un individu en différentes sphères. Les critères de séparation, mêmes imparfaits, participent à cet objectif. La régulation qu'elle permet supplante alors l'absence d'une telle démarche, en participant au règlement de difficultés qu'un déni conduirait indubitablement à entretenir voir à amplifier. Il n'est pas étonnant que l'idée de séparer la vie de l'individu-salarié en différentes sphères ait suscité l'unanimité de la doctrine. Cette dernière s'est davantage concentrée sur la qualification de ces sphères, conduisant à une évolution sémantique.

264. – D'abord centrée sur la vie « extra-professionnelle », la sphère d'autonomie offerte au salarié est devenue « privée », glissant en parallèle d'un droit à l'indifférence (§1) vers un droit au respect (§2).

[1107] D'autres exemples juridiques illustrent cet état de fait, à l'instar du patrimoine d'affectation ou bien encore de la cession patrimoniale du droit d'auteur.

§1 : L'indifférence de la vie extra-professionnelle

265. – L'indifférence[1108], comprise comme une absence d'intérêt[1109], conduit à dénuer de tout effet sur la relation de travail, les éléments appartenant à la sphère d'autonomie du salarié. La jurisprudence a initié ce mouvement dès les années 1950, amenant progressivement à tracer le périmètre de cette sphère, avant que la doctrine ne s'en empare à son tour.

266. – Les juges se sont d'abord penchés sur la protection de la vie familiale du salarié au travers de l'exercice d'une liberté, celle de se marier ou non[1110]. La Cour de cassation a ainsi qualifié d'abus de droit de résiliation, le fait de congédier une salariée au motif, qu'enceinte, elle refusait de se marier[1111]. Elle a également retenue la même solution dans le cadre d'une opposition par l'employeur à un projet de mariage[1112]. Cette dernière décision a ainsi confirmé la position de la Cour sur la question des clauses de « non convol » insérées dans les contrats de travail des hôtesses de l'air de la compagnie Air France. Cette obligation avait pourtant été un temps validée par le juge, estimant alors cette clause justifiée par le fait que « le service des hôtesses se concilie mal avec une vie familiale normale » et de ce fait risquait de retentir « sur la manière de servir de ce personnel »[1113]. Même si les commentateurs ne se dégageaient pas totalement de la connotation morale attachée à ce type de clause[1114], ils ont très tôt émis certaines réserves quand à la conception paternaliste, déjà alors qualifiée de désuète[1115]. Le débat a aussi porté sur l'équilibre entre cette privation de liberté et l'intérêt de l'entreprise, à travers l'exigence d' « une disponibilité constante et sans restriction », elle-même sujette à caution puisque condamnant le salarié à ne pouvoir « revendiquer aucune condition

---

1108 C. MATHIEU-GENIAUT, « La vie personnelle du salarié », thèse, Lyon 2, 2004.
1109 E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, *op. cit*, « indifférence ».
1110 Liberté dont le caractère fondamental sera reconnu tardivement par le Conseil d'État : ordonnance du 9 juillet 2014, n° 382145.
1111 Cass. soc., 24 mars 1957, *Bull. civ. V*, p. 329, n° 451.
1112 Cass. soc., 5 février 1969, *Bull. civ. V*, p. 152, n° 181.
1113 TGI Seine, 15 juin 1961, *Dame Barbier c/ Air France* : *Dr. soc.*, 1962, p. 91, note J. MORELLET.
1114 Une telle clause constituant « une incitation à contracter des unions irrégulières » : J. MORELLET, *op. cit.* ; v. ég., même auteur, *Dr. soc.*, 1961, p. 287.
1115 « Le juge quitte là le domaine du droit pour celui de l'éthique pure. Mais, à cette occasion, il tombe dans un paternalisme fort désuet. Car, qui doit apprécier si un emploi se concilie avec la vie familiale ? Pour le Tribunal de la Seine, ce n'est pas l'employé (qui est pourtant l'intéressé) mais l'employeur. Voilà un considérant inattendu en 1961. Le moins que l'on puisse dire est qu'il retarde d'un bon siècle sur son époque » : J. MORELLET, *op. cit.*

normale de travail »[1116]. La critique a semble t-il été entendue par la Cour d'appel de Paris, laquelle, statuant sur la même affaire, a pu décider au contraire de l'illicéité d'une telle clause[1117]. Cette dernière retient par ailleurs deux autres motifs de rejet du licenciement : d'une part, en estimant le caractère « d'ordre public » du droit mariage, lequel ne peut « ni se limiter ni s'aliéner », d'autre part, en considérant une telle clause comme une fraude à la loi interdisant le licenciement des femmes enceintes. Par ailleurs, de façon plus discutable, elle condamne également la clause en tant qu'attentatoire aux bonnes mœurs, puisque incitative à l'union libre, témoignant ainsi de la difficulté à cette époque de pouvoir se détacher des questions de moralité. Si cette décision a conduit à protéger la salariée dans sa vie familiale, il peut paraître décevant que le juge ne se soit pas prononcé sur l'intérêt de l'entreprise, signe peut-être d'une certaine sensibilité de la jurisprudence à l'égard de l'entreprise.

Cette empathie du juge se perçoit lorsque l'intérêt concurrentiel de l'entreprise est avancé dans la justification d'un licenciement pour raison tirée de la vie familiale du salarié. La Cour de cassation a pu valider le licenciement d'un visiteur médical s'étant marié avec une visiteuse médicale d'une entreprise concurrente[1118], ou avec un ancien employé de la société passé à la concurrence[1119]. A l'inverse, dénuée d'une telle justification, le licenciement revêt un caractère abusif[1120]. Si ces décisions dénotent fortement avec la position jurisprudentielle actuellement en vigueur, elles doivent nécessairement être resituées dans leur contexte, et constituent les prémisses de la volonté d'objectivation qui animera les juges à partir des années 1990.

267. – En dehors du mariage, la question de la délimitation entre ce qui peut être pris en compte par l'employeur ou non a également été posée plus généralement parmi les actes appartenant à la « vie privée ». Non sans réserves, les juges du fond ont pu admettre le congédiement d'un salarié, compte tenu du fait qu'il était le seul représentant local du journal et que les faits commis par lui se rapportaient « sans doute à sa vie privée », mais

---

[1116] *Ibid.*

[1117] CA Paris, 1ère ch., 20 avril 1962 : *JCP G*, 1963, II, 13205bis ; J. MORELLET, « Le droit au mariage des hôtesses de l'air », *Dr. soc.*, 1963, p. 482.

[1118] Cass. soc., 23 janvier 1960, Bull civ. IV, 1960, n° 63 : *D.*, 1960, Somm. p. 31.

[1119] Cass. soc., 9 octobre 1959 : *D.*, 1959, Jurispr. p. 8 et la note ; dans le même sens Cass. soc., 9 janvier 1963 : *D.*, 1963, Somm. p. 36 : un simple projet de mariage d'une sténodactylographe avec un ancien salarié passé à la concurrence.

[1120] Cass. soc., 5 février 1959, Bull. civ., p. 152, n° 181 : un projet de mariage déplaisant au patron.

« étaient de nature à discréditer le journal lui-même dans la région »[1121]. De même, la Cour a pu valider le licenciement d'une salariée d'une association familiale en raison de son comportement dans un cadre privé qui était « de nature à nuire à la réputation de l'Union des Associations Familiales d'Indre-et-Loire, eu égard au but particulier poursuivi par ce groupement », la Cour ayant néanmoins pris le soin au préalable d'énoncer que « le motif tiré de la vie privée d'une employée, constitutif d'un abus de droit, ne saurait, sans porter atteinte à la liberté individuelle, justifier un licenciement »[1122].

Même si ces décisions conduisent à valider la sanction prononcée à l'encontre du salarié, l'observateur prendra soin de remarquer la réserve, même formelle, avancée par les juges quand à l'utilisation d'un élément de la vie privée du salarié, notion ainsi mobilisée bien avant sa consécration législative en droit civil.

Par ailleurs, il est difficile de ne pas percevoir les éléments de justification du licenciement liés au trouble apporté à l'entreprise ou encore le défaut de loyauté, qui constitueront quelques décennies plus tard des critères bien définis et communément admis. Il n'est donc pas surprenant que parmi les autres jurisprudences traitant de la vie privée, la jurisprudence ait admis très tôt l'irresponsabilité du salarié du fait de son entourage. Ainsi, aucune faute, même légère, n'a pu être retenue à l'encontre du salarié lorsque que licenciement s'expliquait par des agissements du conjoint par exemple dans l'activité syndicale du mari[1123] ou encore de l'action en justice d'une épouse contre l'employeur de son mari[1124] ; décisions encore actuelles[1125].

268. – Si ces premiers pas jurisprudentiels constituent sans aucun doute les prémisses de la protection de la vie privée du salarié, cette dernière demeure précaire car elle ne concerne que certains aspects de la vie privée du salarié, et qu'elle laisse en suspend certaines interrogations quand à ses fondements.

[1121] CA Angers, 6 mars 1945 : *JCP*, 1946, II, n° 2960.
[1122] Cass. soc., 22 juin 1960, Bull. civ. n° 666, p. 517.
[1123] Cass. soc., 20 novembre 1960 : *Dr. ouvr.*, 1960, p. 390.
[1124] Cass. civ., 27 mai 1930 : D.H. 1930, p. 426 ; Trib. Civ. Seine, 8 décembre 1928 : Sem. Jur. 1929, p. 528 ; Trib. Paix Marseille, 7 juillet 1955 : *Dr. ouvr.*, 1955, p. 521.
[1125] Irresponsabilité du salarié du fait du comportement du conjoint : Cass. soc., 29 novembre 1990, n° 87-40.184, *Bull. civ. V*, 1990, n° 597 ; Cass. soc. 21 septembre 2006, n° 05-41.155, *Bull. civ. V*, 2006, n° 289 ; du concubin : Cass. soc. 27 mai 1998, n° 96-41.276, *Bull. civ. V*, 1998, n° 283 ; RJS, 1998, n° 1185 ; ou encore de la sœur du salarié : Cass. soc. 21 mars 2000, n° 98-40.130, *Bull. civ. V*, 2000, n° 113 : *RJS*, 2000, n° 509.

Hormis les commentaires, la doctrine de l'époque s'intéressant à la vie privée du salarié se concentre sur l'étude du Professeur Despax, admise aujourd'hui comme texte fondateur[1126]. Ce dernier a ainsi recensé, en s'appuyant notamment sur les décisions précitées, les éléments pouvant appartenir à ce qu'il a dénommé « la vie extra-professionnelle » du salarié.

Même s'il reconnaît qu' « il peut parfois y avoir des difficultés lorsqu'il faut préciser où finit la vie professionnelle et où commence la vie extra-professionnelle », l'idée de la séparation entre ces deux sphères reste une certitude. Cette mise à l'écart de toute considération extra-professionnelle constitue ainsi « une garantie importante de la liberté individuelle ». Il modère toutefois son propos en indiquant qu'« il y aurait quelque artifice et quelque danger à vouloir établir une cloison trop étanche ».

En effet, si l'étanchéité est de principe, la porosité reste une réalité à laquelle le salarié est confronté quotidiennement, maintenu dans sa condition salariale, simplement suspendue le temps de sa vie hors des murs de l'entreprise : « comme estompée, elle reste sous-jacente ». La garantie d'une sphère extra-professionnelle peut toutefois l'y arracher, disposant ainsi en dehors de l'entreprise d' « une vie privée, et peut-être même une vie publique »[1127]. L'autonomie du salarié se perçoit alors dans ces propos, cette zone préservée constituant une « garantie importante de la liberté individuelle qui permet à chaque individu de se ménager une sorte de domaine réservé sur lequel la vie professionnelle ne saurait avoir aucune emprise ».

269. – Si cette dernière étude permet de mettre en perspective les positions jurisprudentielles de cette époque, son approche analytique exhaustive nécessite toutefois pour l'auteur de se baser sur une dichotomie entre « la vie privée » et « l'exercice des libertés publiques »[1128]. Distinction qui constituera par la suite le cœur des débats doctrinaux, par une confusion progressive entre ces deux notions.

[1126] M. DESPAX, « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *op.cit.*

[1127] Il est intéressant de noter que ces deux domaines que l'on oppose traditionnellement dans la conception civiliste de la vie privée apparaissent côte à côte pour constituer la vie extra-professionnelle du salarié.

[1128] Sans définir les bases de cette distinction, l'auteur semble ainsi inclure dans la vie privée, ce qui ne relève pas des libertés publiques.

§2 : Le droit au respect de la vie privée

270. – L'importation dans le champ du droit social de la référence à la vie privée a suscité un vif intérêt de la part de la doctrine travailliste[1129]. Si la notion a déjà été mobilisée de manière éparse par la jurisprudence des années 1960, elle revêt une tout autre signification après l'intervention du législateur en 1970[1130]. Néanmoins, l'introduction du droit au respect de la vie privée dans le Code civil n'a eu que peu d'impact immédiat sur les juridictions du travail.

271. – Les références à la notion même de vie privée dans les arrêts de la Cour de cassation, sont restées rares durant les deux premières décennies qui ont suivi. Ainsi, à titre d'exemple, peut-on relever le rejet de la validité du licenciement d'un prêtre salarié ayant omis de déclarer son état lors de l'embauche[1131], d'une salariée en instance de divorce avec son employeur[1132], d'un Directeur d'une maison de retraite entretenant une liaison avec une collaboratrice[1133] ou bien celui d'un salarié condamné pour une infraction pénale étrangère à l'activité de l'entreprise et ayant donné lieu à une détention provisoire[1134]. Ces décisions isolées ne permettent pas de déterminer une réelle tendance.

La notion est également mobilisée à plusieurs reprises sur certains points, s'agissant notamment de l'organisation de contre-visites médicales à l'initiative de l'employeur sur le fondement de conventions collectives prévoyant expressément cette faculté[1135], ou encore en matière de divulgation par l'employeur d'adresses de salariés au médecin diligenté dans ce cadre[1136] ou bien dans le cadre des élections professionnelles[1137]. Ces

---

[1129] *Cf* not. P. GULPHE, « De la non-interférence de la vie privée sur la vie professionnelle du salarié en droit français », *JCP E*, 1990, II, 15736 ; J. SAVATIER, « La protection de la vie privée des salariés », *Dr. soc.*, 1992, p. 329.

[1130] Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

[1131] Cass. soc., 17 octobre 1973, n° 72-40.360, *op. cit.*

[1132] Cass. soc., 4 février 1976, n° 74-40.387, *Bull. civ.* V, 1976, n° 65.

[1133] Cass. soc., 20 octobre 1976, n° 74-13.139, *Bull. civ.* V, 1976, n° 508.

[1134] Cass. soc., 25 juin 1980, n° 79-40.292, *Bull. civ. V*, 1980, n° 557.

[1135] Cass. soc., 3 avril 1981, n° 79-41.391, *Bull. civ. V*, 1981, n° 333 ; Cass. soc., 25 mars 1982, n° 80-40.588, *Bull. civ. V*, 1982, n° 226.

[1136] Cass. soc., 2 juin 1981, n° 80-10.935, *Bull. civ. V*, 1981, n° 480.

[1137] Cass. soc., 22 juillet 1980, n° 80.60-210, *Bull. civ. V*, 1980, n° 666 ; dans le même sens, sans visa de l'article 9 du Code civil : Cass. soc., 8 mars 1979, *op. cit.* ; Cass. soc., 20 mars 1985, *op. cit.* – Cass. soc., 21 janvier 1988, *op. cit.* ; Cass. soc., 13 juillet 1988, *op. cit.* ; Cass. soc., 20 décembre 1988, n° 88-60.135.

deux dernières questions ont ainsi donné lieu aux deux premiers arrêts de la chambre sociale rendus au visa de l'article 9 du Code civil[1138].

272. – Le recours exprès à cette disposition civile semble ainsi réservé à ce qui relève des données personnelles du salarié[1139], autrement dit du secret de la vie privée. Il n'est pas étonnant que l'on retrouve des questions proches dans certaines décisions de la première chambre civile rendues à la même période. Ainsi, s'agissant des éléments de patrimoine du salarié, cette dernière a pu décider que l'exigence de leur communication auprès du comité d'entreprise devait revêtir un caractère indispensable. Tel n'était pas le cas en matière d'attribution d'une prime[1140], ou encore pour la perception d'allocations[1141].

273. – L'appropriation de la notion de vie privée par la chambre sociale de la Cour de cassation se situe à partir de 1991. Cette dernière a alors procédé en deux temps, d'abord par un attendu de principe, ensuite, l'occasion se créant, par le visa de l'article 9 du Code civil.

Saisie en premier lieu par un salarié d'une entreprise de gardiennage sur la question de la validité du licenciement prononcé à son encontre, en raison d'un vol qu'il avait commis dans un supermarché en dehors de son temps de travail, la Cour a rejeté sa demande, retenant les exigences spécifiques liées à l'activité de l'entreprise. En effet cette dernière ayant une obligation particulière de probité vis-à-vis de ses clients, elle ne pouvait *de facto* conserver un salarié, lequel par son comportement pouvait induire une certaine défiance sur la société. Malgré cette solution défavorable au salarié, elle prend tout de même d'énoncer au préalable qu' « en principe, il ne peut être procédé au licenciement d'un salarié pour une cause tirée de sa vie privée »[1142]. Certes, si cette formule trouve une nuance immédiate : « il en est autrement lorsque le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé

[1138] Même si ce critère du visa doit être manier avec précaution, la chambre sociale n'ayant à rendre que des décisions de rejet dans les arrêts précités.
[1139] Il n'est pas surprenant d'observer des références à la loi informatique et libertés dans certains attendus de la Cour : Cass. soc., 20 mars 1985, *op. cit.*, ou encore Cass. soc., 13 juillet 1988, *op. cit.*
[1140] Cass. civ. 1ère, 29 mai 1984, *op. cit.*
[1141] Cass. civ. 1ère, 18 janvier 1989, n° 87-14.026, Inédit, rendu au visa de l'article 9 du Code civil.
[1142] Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 89-44.605, *Bull. civ. V*, 1991, n° 512.

un trouble caractérisé au sein de cette dernière », il n'en reste pas moins que le principe est posé.
Un second pas sera franchi quelques mois plus tard, à deux reprises, en sanctionnant le licenciement reposant sur un élément de la vie privée du salarié, au visa de l'article 9 du Code civil, concernant l'achat d'un véhicule d'une marque différente de ceux proposés par l'employeur[1143], ou l'émission par un banquier de chèques sans provisions dans sa vie privée[1144].

274. – Si le principe de la séparation entre vie professionnelle et vie privée du salarié est désormais acté, ces deux derniers arrêts appliquent le droit au respect de la vie privée à des situations ne relevant pas du secret de celle-ci, mais davantage de leur liberté. Cette interprétation extensive a très rapidement fait l'objet de critiques, soulevant alors un problème de fondements.

SECTION 2 : LA RECHERCHE DE FONDEMENTS

275. – Ce qui fait l'unanimité dans la doctrine, c'est bien le caractère novateur de l'interprétation faite par la chambre sociale de la Cour de cassation de l'article 9 du Code civil. L'originalité provient du fait qu'elle dépasse la vision centrée sur la protection du secret et semble étendre l'application de cette disposition à la protection de la liberté de la vie privée du salarié dans sa vie extra-professionnelle.
Sans remettre en cause cette protection, les critiques formulées par la doctrine se concentrent sur la pertinence de l'emploi de ce fondement civiliste (§1), amenant à une recherche de nouvelles bases, empreintes de libertés (§2).

[1143] Cass. soc., 22 janvier 1992, n° 90-42.517, *Bull. civ. V*, 1992, n° 80 : *D.,* 1992, p. 60 ; *Dr. soc.*, 1992, p. 329, note J. SAVATIER.
[1144] Cass. soc., 30 juin 1992, n° 89-43.840, *Bull. civ. V*, 1992, n° 429.

§1 : Une conception civiliste inadaptée

276. – « On peut douter pourtant que ce soit bien sur le terrain du respect de la vie privée de la salariée que se posait la question de la légitimité du licenciement »[1145]. Si la critique semble forte à l'encontre de la décision rendue par la Cour de cassation[1146], il convient néanmoins de préciser les propos de l'auteur. Ce dernier ne dénonce aucunement la solution protectrice rejetant la validité du licenciement d'une salariée ayant acquis un véhicule d'une marque concurrente de celle proposée par son employeur : « la réponse négative apportée à cette question par la Cour de cassation ne surprend pas et mérite approbation »[1147]. Si la critique se concentre d'abord sur le visa opéré par la Cour[1148], elle porte également sur la mobilisation de la notion de vie privée qui en découle. Position qui dénote une certaine évolution de la part de l'auteur lui-même, ce dernier ayant appelé dans une contribution antérieure, à « poser le principe de la liberté du travailleur dans sa vie extra-professionnelle » composée notamment du principe de « non ingérence de l'employeur dans la vie privée des salariés »[1149]. D'ailleurs, la notion de vie privée avait été mobilisée par d'autres auteurs, à la même période, en écho à une décision de la Cour de cassation, rejetant alors le licenciement d'un salarié en raison de ses mœurs[1150], laquelle n'a pourtant à aucun moment mobilisée cette notion dans son attendu[1151]. Peut-être alors la Cour aura porté une oreille attentive à ces contributions ?

277. – D'un point de vue civiliste, l'article 9 du Code civil a fait l'objet d'une interprétation jurisprudentielle et doctrinale dans le cadre de rapports entre individus, conduisant à une assimilation du droit au respect de la vie privée à un droit au secret[1152]. De cette conception a découlé une grille de lecture spécifique, reposant

---

[1145] J. SAVATIER, « La protection de la vie privée des salariés », *op. cit.*
[1146] Cass. 22 janvier 1992, *op. cit.*
[1147] J. SAVATIER, *op. cit.*
[1148] La première partie de son commentaire s'intitule ainsi « De l'usage de l'article 9 du Code civil ».
[1149] J. SAVATIER, « La liberté dans le travail », *op. cit.*; le même auteur dénoncera plus tard l'assimilation par la Cour entre vie extra-professionnelle et vie privée : Dr. soc., 1991, *op. cit.*
[1150] Cass. soc., 17 avril 1991, *Painsecq c/ Fraternité Saint-Pie X*, *op. cit.*
[1151] P. BOUAZIZ, « Vie privée et cause réelle et sérieuse de licenciement », *Dr. ouvr.*, 1991, p. 201, lequel indique que « la primauté du respect de la vie privée est clairement affirmée » ; J. SAVATIER, « Le licenciement, à raison de ses mœurs, d'une association à caractère religieux », *Dr. soc.*, 1991, p. 485, lequel affirme que « l'employeur doit respecter les libertés du travailleur dans as vie privée ».
[1152] La vie privée par la doctrine civiliste se définit ainsi comme « une sphère secrète de vie d'où il aura le pouvoir d'écarter les tiers » : J. CARBONNIER, *Dr. civil*, t. 1, n° 71, éd. 1980 ; dans le même sens R.

notamment sur la distinction entre vie privée et vie publique. Dans cette acception, il peut en effet apparaître inadapté de solliciter cette disposition pour un fait relevant de la vie publique, celui de conduire une voiture[1153]. Cet acte semble davantage relever d'une liberté, celle « d'acheter les biens, produits ou services de son choix »[1154], autrement dit « un aspect des libertés fondamentales de la personne, auxquelles le salarié ne renonce pas en se mettant sous l'autorité de l'employeur »[1155]. La notion de liberté semble alors être préférée à celle de vie privée. Jean Savatier reconnaît pourtant l'existence d'une liberté de la vie privée[1156], mais se résumant alors à l'exercice de « la liberté du mariage ou la liberté sexuelle »[1157]. Est-ce à dire que dans un cas d'espèce où une salariée aurait été licenciée en raison de son mariage, élément par nature public, la Cour aurait pu solliciter la notion de liberté de la vie privée ? L'opposition notionnelle entre liberté et secret de la vie privée semble donc accroître les difficultés d'analyse.

278. – Au-delà de l'emploi de la notion de vie privée, ce que soulève finalement l'auteur est l'existence d'un fondement propre au droit du travail, qui ne nécessitait pas cet emprunt civiliste : « mieux aurait valu s'attacher à analyser les limites de la subordination caractérisant le contrat de travail ». « Le principe est que cette subordination est limitée à l'exécution de la prestation de travail, et que l'employeur ne peut donc tirer un motif de licenciement de faits commis par le salarié dans sa vie extra-professionnelle ».

Mais ne peut-on pas qualifier de « privée », la part de vie qui s'écoule en dehors du temps et du lieu de travail ? D'autant qu'il s'agit bien d'un rapport d'opposition[1158] qui se traduit par la faculté pour le salarié de « mettre à l'écart » des éléments étrangers à la relation de travail subordonné. Ce droit d'opposition renforcerait très certainement la protection du salarié, souci partagé de tous. De plus, la lettre de l'article 9 du Code civil n'indique en rien l'assimilation au secret de la vie privée que lui accorde la doctrine,

---

BADINTER, « Le droit au respect de la vie privée », *JCP*, 1968, I, 2136 ; « La règle est généralement invoquée par une personne pour demander réparation du préjudice que lui cause la divulgation des faits touchant une part de sa vie qu'elle entend préserver de la curiosité des tiers ».

[1153] D. GUTMANN, *op. cit.*, note n° 375.

[1154] Cass. soc., 22 janvier 1992, *op. cit.*

[1155] *Ibid*.

[1156] L'auteur se réfèrant à P. KAYSER, « La protection de la vie privée », *op. cit.*, spéc. n° 61.

[1157] Une telle conception sera étendue peu de temps après par la jurisprudence civile.

[1158] Rapport inhérent à la notion même de vie privée.

laissant le champ libre à une interprétation élargie[1159]. Cela va très certainement à l'encontre de la conception traditionnelle du droit au respect de la vie privée, et empêche toute définition du champ de la vie privée par son contenu. Il s'agit au contraire d'accorder davantage de relativité à la jouissance de ce droit : « chaque homme est libre de définir les frontières de sa vie privée, ce qui la rend insaisissable mais bien plus digne d'intérêt ! »[1160], seule conception de cette notion qui puisse s'accorder avec l'objectif d'autonomie de l'individu.

279. – Liberté de la vie privée du salarié et vie extra-professionnelle semblent donc toutes deux pouvoir protéger ce dernier à la fois dans sa vie publique et privée, au sens civiliste de ces termes. Néanmoins, la liberté de la vie privée englobe la vie extra-professionnelle en ce qu'elle peut également s'appliquer lorsque le salarié se situe aux temps et/ou lieux de sa vie professionnelle.

C'est justement cette faiblesse de la vie extra-professionnelle qui a constitué le principal argument aux yeux d'autres auteurs pour rejeter son utilisation. En effet, cette notion pourtant ancienne présentait l'inconvénient de ne s'intéresser qu'à un seul aspect de liberté de la vie privée du salarié, la jouissance de celle-ci en dehors de la vie professionnelle[1161]. Cette même critique a été formulée s'agissant de la notion de vie privée entendue strictement : « c'est donc que la notion de "vie privée" *stricto sensu* n'est pas adéquate et qu'elle ne rend pas compte de toute l'autonomie dont jouit le salarié aussi bien dans sa vie extra-professionnelle que dans sa vie professionnelle »[1162]. Monsieur le Doyen Philippe Waquet a ainsi pu militer en faveur de la disparition de toute référence à la notion de vie privée dès lors qu'il s'agissait de protéger l'autonomie du salarié[1163].

Il peut sembler contradictoire de critiquer la vision élargie de la Cour de cassation sur la notion de vie privée[1164] et de récuser en même temps l'emploi de cette notion en raison

---

[1159] Conception d'ailleurs partagée déjà à cette époque par la Cour européenne des droits de l'Homme, *cf supra*, n° 14.

[1160] E. DREYER, « Le respect de la vie privée, objet d'un droit fondamental », *op. cit.*

[1161] Ph. WAQUET, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *op. cit.*, spéc. n°64, p. 289.

[1162] *Ibid*.

[1163] « Le premier objectif à atteindre est de bannir l'emploi exclusif de ce vocable qui ne rend que très partiellement compte des difficultés présentées par la confrontation entre l'entreprise – société hiérarchisée – et le salarié – homme libre –, entre la subordination et la liberté », *Ibid*.

[1164] Ce dernier qualifie ainsi de « très pertinente », l'observation du Professeur SAVATIER critiquant alors l'emploi de l'article 9 du Code civil.

de son caractère restreint. D'autant que cet auteur affirmait dans un même temps que « la vie privée, proprement dite, constitue une nouvelle liberté publique »[1165].

280. – La notion nouvelle de « vie personnelle » que le Doyen Waquet propose semble alors constituer pour lui la solution, car incluant alors « l'ensemble du comportement du salarié, qu'il relève de l'intimité de la vie privée ou du comportement public, qui échappe à l'autorité de l'employeur, pendant ou en dehors de la durée du travail »[1166].
Néanmoins, force est de constater que si cette notion avait vocation à s'intéresser à la vie professionnelle du salarié, cette dernière a d'abord été mobilisée dans le cadre de la vie extra-professionnelle de ce dernier[1167]. À l'inverse, hormis la période durant laquelle l'auteur de ce concept a pu présider la chambre sociale, la notion de vie privée est demeurée présente dans les attendus de la Cour, cette dernière répétant son visa de l'article 9 du Code civil dans le cadre de la vie professionnelle du salarié[1168]. Ce flou s'accentue davantage, lorsque la Cour mobilise la notion de vie personnelle au visa de l'article 9 du Code civil. Cette coexistence semble toutefois limitée à deux situations : d'une part, en matière d'utilisation par le salarié à des fins « personnelles » du matériel informatique mis à sa disposition[1169], et, d'autre part, en matière de preuve des adhésions syndicales[1170].

[1165] *Ibid.*
[1166] *Ibid.*
[1167] Les premiers arrêts de la Cour de cassation mobilisant de la notion de vie personnelle : Cass. soc., 14 mai 1997, n° 94-45.473, *Bull. civ.* V, 1997, n° 175 (un surveillant d'immeuble, lui-même locataire, ayant eu une altercation avec un autre résident en dehors de son activité) ; Cass. soc., 16 décembre 1997, n° 95-41.326, *Bull. civ. V*, n° 441 : *JCP*, 1998, II, n° 10101, note M.-C. ESCANDE-VARNIOL ; *CSBP*, 1998, n° 97, p. 64 (condamnation pénale d'un salarié pour un motif étranger à son activité professionnelle) ; Cass. soc., 22 janvier 1998, n° 95-42.616, Inédit (interpellation du conjoint de la salariée licenciée).
[1168] Sur 36 arrêts rendus après 1992 par la chambre sociale et un en chambre mixte, visant l'article 9 du Code civil, 24 d'entre eux ont concerné des faits se déroulant à l'occasion des temps et lieux de travail ou concernant la vie professionnelle : Cass. soc., 3 octobre 1996, n° 93-44.672, *Bull. civ.* V, 1996, n° 317 ; Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-44.942, *Bull. civ. V*, 2001, n° 291; Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 99-44.224, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239 ; Cass. soc., 25 février 2003, n° 00-42.031, *Bull. civ.* V, 2003, n° 66 ; Cass. soc., 12 octobre 2004, n° 02-40.392, *Bull. civ. V*, 2004, n° 245 ; Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017, *op. cit.* ; Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, *Bull. civ. Ch. Mixte*, 2007, n° 3 ; Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-17.582, Inédit ; Cass. soc., 30 mai 2007, n° 05-43.102, Inédit ; Cass. soc., 29 janvier 2008, n° 05-43.745, Inédit ; Cass. soc., 11 février 2009, n° 07-42.068, *Bull. civ.* V, 2009, n° 40 ; Cass. soc., 8 juillet 2009, n° 09.60.011/09-60.031/09-60.032, *op. cit.* ; Cass. soc., 21 octobre 2009, n° 07-43.877, *Bull. civ. V*, 2009, n° 226 ; Cass. soc., 1er décembre 2010, n° 10-60.138, Inédit ; Cass. soc., 14 décembre 2010, n° 10-60.137, *Bull. civ. V*, 2010, n° 290 ; Cass. soc., 2 février 2011, n° 09-72.449/09-72.450, Inédit ; Cass. soc., 28 septembre 2011, n° 10-16.995, Inédit ; Cass. soc., 26 janvier 2012, n° 11-10.189, Inédit ; Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-13.884, *Bull. civ. V*, 2012, n° 135 ; Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-11.252, Inédit ; Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-14.022, Inédit ; Cass. soc., 14 novembre 2012, n° 11-20.391, *Bull. civ. V*, 2012, n° 293 ; Cass. soc., 27 novembre 2013, n° 11-21.057, Inédit ; Cass. soc., 7 avril 2016, n° 14-27.949, Inédit.
[1169] Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-44.942 ; Cass. soc., 12 octobre 2004, n° 02-40.392 ; Cass. ch. Mixte, 17 mai 2005, n° 03-40.017 ; Cass. soc., 30 mai 2007, n° 05-43.102 ; Cass. soc., 21 octobre 2009, n° 07-43.877 ;

Plus tard, l'initiateur de cette notion a pu lui admettre un défaut, « celui de désigner à la fois deux situations différentes : celle du travailleur salarié pendant l'exécution du travail, et celle du travailleur salarié en dehors de l'exécution du travail »[1171], revenant ainsi à la distinction initiale du Professeur Despax…[1172]

281. – Plutôt que de parler de défaut, l'appréciation large de la notion de vie personnelle affirme l'étendue de la protection du salarié, et qui semble se confondre avec celle accordée par la liberté de la vie privée. Cette dernière notion présente un avantage supplémentaire, celui d'éviter la confrontation de deux notions pourtant vouées à défendre une même cause. Il convient toutefois de confronter cette notion à d'autres instruments de protection du salarié, axés sur le renforcement de ses libertés.

§2 : Une conception élargie à la liberté

282. – Les hésitations relatives à l'assise notionnelle de la protection de la vie privée du salarié ont également soulevé la question de son opposabilité, déplaçant ainsi le débat sur le terrain des libertés. Ce mouvement s'inscrit dans une volonté d'accorder une certaine force juridique au droit au respect de la vie privée (A), mais également de hisser le respect la vie privée au rang des libertés (B).

A/ L'attribution d'un caractère fondamental

283. – La valeur constitutionnelle du droit au respect de la vie privée a été hésitante[1173], car il faut faire d'abord le constat de son absence au sein du Droit constitutionnel écrit[1174], tranchant alors avec « l'abondance des consécrations du droit au respect de la

---

Cass. soc., 26 janvier 2012, n° 11-14.022 ; Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-13.884 ; Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-14.022 ; Cass. soc., 7 avril 2016, n° 14-27.949.

[1170] Cass. soc., 8 juillet 2009, n° 09.60.011/09-60.031/09-60.032 ; Cass. soc., 1er décembre 2010, n° 10-60.138 (« l'adhésion du salarié à un syndicat relève de sa vie personnelle »),

[1171] Ph. Waquet, « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *Dr. soc.,* 2010, p. 14.

[1172] Laquelle apparaît alors, malgré la porosité de ses frontières, comme une grille de lecture incontournable dans la réflexion sur la vie privée de l'individu au travail.

[1173] Certains auteurs ont exprimé leur doute quand à cette valeur constitutionnelle : N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. GOBERT, LGDJ, 1997, n° 163.

[1174] Ainsi est-elle absente dans la Constitution de 1958 ou le préambule de la Constitution de 1946.

vie privée dans les textes contemporains internes comme internationaux »[1175]. D'abord reconnue implicitement, par le prisme du principe fondamental reconnu par les lois de la Républiques de liberté individuelle[1176], il a fallu attendre 1995 et la décision du 18 janvier *Vidéosurveillance*[1177] pour que le Conseil constitutionnel se réfère expressément au droit au respect de la vie privée : « *Considérant que la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, et la recherche des auteurs d'infractions, sont nécessaires à la sauvegarde de principes et droits à valeur constitutionnelle ; qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre ces objectifs de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre desquelles figurent la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir ainsi que l'inviolabilité du domicile ; que la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle* ».

Plus récemment, le Conseil constitutionnel a réaffirmé ce principe dans une décision relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet[1178]. Cette irrésistible ascension[1179] du droit au respect de la vie privée au sein de la hiérarchie des normes, a donc conduit à une constitutionnalisation « inéluctable »[1180].

D'abord assise sur la liberté de l'article 66 de la Constitution, la reconnaissance constitutionnelle du droit au respect de la vie privée sera finalement rattachée à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui mentionne, parmi les « *droits naturels et imprescriptibles de l'Homme* », la « *liberté* »[1181]. Il est désormais de principe que la « *liberté* » proclamée par cet article « *implique le respect de la vie privée* »[1182].

[1175] V. MAZEAU, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015, n° 48, p. 5.

[1176] Cons. const., 12 janvier 1977, n° 76-75 DC, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 17e éd., n° 29 : P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit*, *Protection du secret de la vie privée*, *op. cit.*, spéc. n° 265 ; « Le Conseil constitutionnel, protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois », *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 330 ; L. Favoreu, « Le Conseil constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie privée », *Mélanges P. Kayser*, PUAM, 1979, t. I, p. 411.

[1177] Cons. Const., 18 janvier 1995, n° 94-352 DC : *op*. cit.

[1178] Cons. Const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, cons. n° 22 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ; […] que la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée ».

[1179] M.-T. MEULDERS-KLEIN, « L'irrésistible ascension de la vie privée au sein des droits de l'homme », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, dir. F. SUDRE, Bruylant, 2005, p. 305 s.

[1180] V. MAZEAU, *op. cit*

[1181] Cons. const., 23 juillet 1999, n° 99-416 DC, cons. 45.

[1182] Par ex. : Cons. const., 30 mars 2012, n° 2012-227 QPC, cons. 6.

Cette consécration amène à considérer « qu'une fois détaché de la liberté individuelle – laquelle s'est trouvée réduite aux questions de privations de liberté –, le droit au respect de la vie privée se trouve désormais protégé de manière autonome »[1183], et mobilisable par tout requérant à l'appui d'une QPC[1184]. Le vœu récurrent d'inscription officielle dans la Constitution ne peut donc que revêtir une portée symbolique[1185].

284. – Si la vie privée constitue une liberté, le Conseil constitutionnel a toutefois une conception spécifique de la notion de vie privée. Si elle peut sembler, d'une part, large par l'assise et dans son étendue, englobant alors la protection du domicile[1186], le secret des correspondances[1187], et l'intimité de la vie privée[1188], il convient également de souligner l'appréciation négative du Conseil, refusant d'étendre le champ du droit au respect de la vie privée[1189]. Prudence qui contraste avec la conception européenne, ce qui peut entraîner certaines divergences, à l'instar de la liberté de se vêtir[1190]. Cette singularité de l'approche de ce droit par le Conseil peut également s'observer vis-à-vis des juridictions internes[1191]. De plus, ce qui pourrait relever du champ de l'intimité fait parfois l'objet d'une protection autonome, tels que le « droit à une vie familiale normale »[1192] ou la liberté du mariage[1193]. « C'est donc davantage le *secret* que la *liberté*

[1183] V. MAZEAU, *op. cit.*

[1184] Cons. const., 16 septembre 2010, n° 2010-25 QPC, cons. 6 et 16.

[1185] « Numérique et libertés : la nouvel âge démocratique », Rapport n° 3119, Commission de réflexion et de proposition sur le droit et les libertés à l'âge du numérique, octobre 2015 ; Proposition de loi visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique, présentée par A.-M. ESCOFFIER et Y. DÉTRAIGNE, restée au stade de la première lecture à l'Assemblée nationale.

[1186] Cons. const., 29 novembre 2013, n° 2013-357 QPC, cons. 2.

[1187] Cons. const., 5 octobre 2012, n° 2012-279 QPC, cons. 27.

[1188] Intimité sexuelle : Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, cons. 33 ; Anonymat en cas d'accouchement sous X : Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC, cons. 6 et 8 ; Contrôle familial en cas de demande de nationalité : Cons. const., 30 mars 2012, n° 2012-227 QPC, cons. 8.

[1189] Ainsi, la contestation de la nationalité d'une personne ne met pas en cause son droit au respect de la vie privée : Cons. const., 22 novembre 2013, n° 2013-354 QPC, cons. 10 ; pas davantage que la déchéance de nationalité prononcée à l'encontre d'un terroriste : Cons. const., 23 janvier 2015, n° 2014-439 QPC, cons. 22.

[1190] Appréciant la conformité à la Constitution de la loi relative à la dissimulation du visage dans l'espace public, le Conseil a refusé d'aborder la question sous l'angle du droit au respect de la vie privée, alors que dans le même temps la CEDH a estimé qu'il était atteint puisque le choix des vêtements relevait de « *l'expression de la personnalité de chacun et donc de la vie privée* » : CEDH, 1er juillet 2014, Req. n° 43835/11, *SAS c./ France*, § 107 ; opposition de même type en matière de droit à connaître ses origines : Cons. const., 30 septembre 2011, n° 2011-173 QPC, cons. 6 ; Cons. const., 16 mai 2012, 2012-248 QPC, cons. 6 et 8.

[1191] Déclarations patrimoniales des candidats à l'élection présidentielle : Cons. const., 9 octobre 2013, n° 2013-675 DC, cons. 6-7, cons. 29. Sur la position de la Cour de cassation, *cf.* Cass. Civ. 1ère, 20 novembre 1990, *Bull. civ*. I, n° 257, 89-13049 ; *adde* Cass. civ. 1ère, 15 mai 2007, n°06-18.448, *Bull. civ.* I, 200è, n° 191.

[1192] Par ex. : Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC, cons. 5 (« *le droit de mener une vie familiale normale résulte du dixième alinéa du Préambule de 1946* »).

de la vie privée qui s'y trouve garantie »[1194]. Toutefois, la question de l'étendue de la notion ne saurait éluder son assise, empreinte de liberté, également renforcée par la mobilisation croissante des droits européens de l'Homme.

285. – La reconnaissance tardive de la valeur constitutionnelle du droit au respect de la vie privée, a incité le juge national, désireux de se départir d'une assise légale strictement entendue, à prendre appui sur l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Renforçant le caractère fondamental du droit au respect de la vie privée, cette mobilisation a également pu élargir son champ d'application.

Outre la recherche d'une *fondamentalité*, la question peut se poser de savoir : « Pourquoi donc protéger la vie privée, y compris de façon solennelle, dans les plus grands textes internationaux ? Parce que, à travers elle, c'est d'abord et avant tout la liberté individuelle qui s'agit de ménager »[1195].

Sur pression de la Cour européenne des droits de l'homme[1196], l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a pu viser cette disposition, en l'associant à l'article 9 du Code civil, afin d'étendre le droit au respect de la vie privée à la liberté sexuelle[1197].

Pour des raisons similaires, la chambre sociale s'est également emparée de cette référence, en matière de liberté de choix du domicile[1198]. Toutefois, à la différence de sa *grande sœur*, la chambre sociale n'a visé que l'article 8 de la Convention, lui conférant par là même un effet horizontal, sujet à certaines critiques[1199]. Depuis, ses visas se sont alors enrichis et coexistent avec d'autres dispositions, dont l'article 9 du Code civil[1200], étendant leur champ d'application conjoint à la question de la loyauté de la preuve[1201].

[1193] Par ex. : Cons. const., 22 juin 2012, n° 2012-261 QPC ; *adde* 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC.
[1194] V. MAZEAU, *op. cit.*, spéc. p. 17.
[1195] E. DREYER, « Le respect de la vie privée, objet d'un droit fondamental », *op. cit.*
[1196] CEDH, 25 mars 1992, Req. n° 13343/87, *B. c/ France* : condamnant la France pour le refus aux transsexuels la modification de la mention du sexe sur leurs actes d'état civil.
[1197] Cass. Ass. Plén., 11 décembre 1992, n° 91-12.373, *op. cit.*
[1198] Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40.755, arrêt *Spileers*, Bull. civ. V, n° 7 : *JCP*, 1999, I, 149, n° 3, obs. B. TEYSSIÉ ; *RTD civ.*, 1999, 358, obs. J. HAUSER, et p. 395, obs. J. MESTRE ; *D.*, 1999, J, 645, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY ; *Dr. soc.*, 1999, p. 287, ons. J.-E. RAY ; Rev. jur. personnes et famille, mai 1999, n° 3, p. 8, note E. GARRAUD; *RJS*, 2/1999, p. 94, note J. RICHARD DE LA TOUR ; *CSBP*, n° 110, A. 25, p. 159, note R. WINTGEN.
[1199] J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, *op. cit.*
[1200] Sur la protection de la liberté de choix du domicile : Cass. soc., 28 février 2012, n° 10-18.308, *op. cit.* ; Cass. soc., 12 décembre 2012, n° 11-24.633, Inédit.
[1201] Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.727, *op. cit.* ; Cass. soc., 26 novembre 2002, n° 00.42.401, *Bull. civ. V*, 2002, n° 352 ; Cass. soc., 12 octobre 2004, n° 02-40.392, *op. cit.* ; Cass. soc., 17 novembre 2005, n° 04-

286. – Si la reconnaissance constitutionnelle et le raccrochement conventionnel confèrent certainement une force supérieure, elle demeure parfois symbolique, l'exercice du droit ou de la liberté de la vie privée étant dépourvu de caractère « fondamental ».

Une telle qualification, même si elle peut être discutée[1202], peut se définir par les caractères qu'elle attribue au droit ou à la liberté qui en bénéficie : un caractère logiquement premier, une mobilisation dans tout type de relation juridique, ainsi qu'une propension à pouvoir être mobilisé de façon efficace[1203]. Ces trois éléments rencontrent des réticences en droit du travail, pouvant déboucher sur une affirmation caricaturale selon laquelle « la subordination, à laquelle le droit du travail a donné forme et qui a fondé sa conception historique, ne se concilie pas avec les droits fondamentaux de la personne et, réciproquement, que leur reconnaissance exclut la subordination et ruine le droit du travail »[1204]. Voilà qui peut expliquer « l'édiction de dispositifs spécifiques, qui sans forcément se référer aux droits fondamentaux de la personne, tendent à assurer une certaine protection de la personne du travailleur »[1205]. Néanmoins, leur existence et leur mobilisation par les juges permettent d'affirmer leur nécessaire utilité, découlant des lacunes laissées par les dispositifs spécifiques propres au droit du travail, et renforçant l'idée du besoin d'une référence fondamentale d'application globale. Si la notion de vie personnelle, spécifique au droit du travail, peut remplir en partie cette fonction, elle souffre néanmoins d'une absence de force juridique, trait de caractère essentiel pour la qualifiée de fondamentale. La référence à la vie privée permet alors de combler cette lacune. Reste néanmoins à préciser la référence à la liberté.

40.017, *op. cit.* ; Cass. soc., 30 mai 2007, n° 05-43.102, *op. cit.* ; Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-11.252, *op. cit.* ; Cass. soc., 7 avril 2016, n° 12-27.949, *op. cit.*

[1202] « Les juristes de droit privé, qui ont été longtemps peu sensibles à la théorie des libertés publiques, ont élaboré en revanche une théorie des droits de la personnalité, présentés comme des droits fondamentaux de la personne humaine. Il est vrai que cette théorie demeure floue et que tous les auteurs ne sont pas d'accord sur la liste des droits de la personnalité et sur les particularités de leur régime juridique » : J. Savatier, « La liberté dans le travail », *op. cit.* ; *cf* not. P. KAYSER, « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *op. cit.*

[1203] A. LYON-CAEN et I. VACARIE, *op. cit.*

[1204] *Ibid.*

[1205] *ibid.*

B/ L'affirmation d'une liberté

287. – « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché »[1206].

L'expression choisie par le législateur prend ses racines dans les dispositions applicables en matière de contrôle du pouvoir réglementaire de l'employeur[1207], lesquelles ont été adoptées suite à l'arrêt *Peintures Corona*[1208] rendu par le Conseil d'État. L'extension de cette expression par la formule générale « Nul ne peut » a ainsi octroyé aux salariés *« des prérogatives opposables à tous, dans tous leurs actes, mieux dans toutes leurs activités »*[1209].

L'emploi de cette expression par les juges n'a pas suscité de controverse, et ce malgré son caractère général. Si l'arrêt du Conseil d'État entendait consolider le « droit des personnes », le Commissaire du gouvernement préconisa alors d'admettre que la légalité à laquelle est soumis le règlement intérieur était composée de « la législation du travail et du droit des libertés publiques », avançant également l'idée selon laquelle il ne devait pas comporter de restrictions aux « droits fondamentaux de la personne »[1210].

Le rapport Auroux[1211], lien certain entre l'arrêt du Conseil d'État et la loi de 1982, affirme le « droit à l'exercice des libertés publiques », et précisément les « libertés publiques individuelles élémentaires »[1212]. Il en va de même du rapport présenté par le Professeur Lyon-Caen à l'origine de la loi de 1992, alors intitulé : « Les libertés publiques et l'emploi »[1213].

L'expression retenue par le législateur semble ainsi résulter d'un double emprunt, d'une part, à une formule du Conseil d'Etat, celle de « droit des personnes », notion très voisine

---

[1206] Article L. 120-2 devenu L. 1121-1 du Code du travail, introduit par la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage.

[1207] Article L. 122-35 devenu L. 1321-3 du Code du travail, introduit par la loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, dite loi « Auroux » : le règlement intérieur « ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

[1208] CE 1er février 1980, n° 06361, concl. A. BACQUET : *Dr. soc.*, 1980, p. 310 ; *AJDA*, 1980, p. 438, obs. Y. ROBINEAU et p. 407 A. FEFFER (lequel a pu décider de l'illicéité d'une clause d'un règlement intérieur attentatoire aux « droits des personnes »).

[1209] *Ibid*, §13.

[1210] A. BACQUET, concl. préc., p. 315-316.

[1211] « Les droits des travailleurs », Rapport au Président de la République et au Premier ministre, sept. 1981, *La Documentation française*, 1981.

[1212] *Ibid*, p. 7.

[1213] G. LYON-CAEN, « Les libertés publiques et l'emploi », *op. cit.*

des droits de la personnalité, et, d'autre part, au champ des libertés publiques mais en prenant le soin de gommer l'adjectif « public », se focalisant alors sur les relations privées, et en juxtaposant la notion de droit, « de valeur constitutionnelle »[1214].

288. – Même si le législateur n'en fait pas expressément mention, le caractère public des libertés ainsi visées semble sous-entendu[1215], et se retrouve dans la manière dont est mobilisé ce texte par la jurisprudence. D'ailleurs, une évolution peut être observée : d'abord centré sur le contrôle du pouvoir de l'employeur sur le salarié au travail[1216], le recours à cette disposition a été progressivement étendu à la prise en considération de la vie privée du salarié, dans l'exercice de ses libertés fondamentales dans sa vie extra-professionnelle. Si la liberté du travail [1217] et la liberté d'expression [1218] sont principalement concernées, la Cour de cassation a pu en élargir le champ en s'intéressant à l'impact du pouvoir de direction de l'employeur sur la vie personnelle et familiale du salarié[1219] ou son domicile[1220], ne s'interdisant pas de l'associer à l'article 9

[1214] A. LYON-CAEN et I. VACARIE, « Droits fondamentaux et droit du travail », *in* Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, p. 421.

[1215] J.-E. RAY, « Une loi macédonienne ? Étude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992. "Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles" », *Dr. soc.*, 1993, p. 103.

[1216] *Cf* les deux premiers arrêts rendu au visa de ce texte : Cass. soc., 10 décembre 1997, n° 95-42.661, *Bull. civ.* V, 1999, n° 434 - s'agissant d'un système de vidéosurveillance illicite ; Cass. soc., 14 décembre 1999, n° 97-41.995, *Bull. civ. V*, 1999, n° 488 - caractérisant l'absence d'abus de liberté d'expression au temps et lieu de travail.

[1217] Au travers principalement du contrôle des clauses venant limitée l'exercice de cette liberté : clause d'exclusivité pour les salariés à temps partiel (*cf* not. Cass. soc., 11 juillet 2000, n° 98-40.143, *Bull. civ.* V, 2000, n° 276) ou des clauses de non-concurrence (une recherche sur *Légifrance-gouv.fr* fait état de 116 arrêts rendus par la chambre sociale au visa de l'article L. 120-2 ou L. 1121-1 du Code du travail sur le thème des obligations de non concurrence du salarié, constituant environ la moitié des décisions ainsi visées).

[1218] La Cour vise cette disposition indifféremment selon que les faits reprochés se situent en dehors ou non du lieu et du temps de travail ; hors travail, *cf* not. : Cass. soc., 9 janvier 2002, n° 99-45.875, Inédit ; Cass. soc., 6 juillet 2005, n° 04-46.085, Inédit ; Cass. soc., 26 octobre 2005, n° 03-41.796, Inédit ; Cass. soc., 28 mars 2006, n° 04-41.016, *Bull. civ. V*, 2006, n° 126 : *JCP S*, 2008, n° 1381 obs. P.-Y. VERKINDT ; *DA*, 5 avril 2006, E. CHEVRIER.

[1219] Cass. soc., 14 octobre 2008, n° 07-40.523, *Bull. civ. V,* 2008, n° 192 : *JCP S*, 2008, n° 1668, note B. BOSSU ; *JCP E*, 2009, n° 1125, note S. BEAL, C. TERRENOIRE ; *RDT*, 2008, p. 731, obs. G. AUZERO ; Cass. soc., 13 janvier 2009, n° 06-45.562, *Bull. civ. V,* 2009, n° 4 ; Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-69.127, Inédit ; Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-14.702, *Bull. civ. V,* 2011, n° 246 ; Cass. soc., 17 octobre 2012, n° 11-18.029, Inédit ; Cass. soc., 12 janvier 2016, n° 14-21.439, Inédit ; Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-17.576, Inédit.

[1220] Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942 ; Cass. soc., 12 juillet 2005, n° 04-13.342, *cf infra*, note n° 1894 ; Cass. soc., 7 mars 2007, n° 05-21.017 ; Cass. soc., 28 février 2012, n° 10-18.308, *op. cit.* ; Cass. soc., 12 décembre 2012,n° 11-24.633.

du Code civil ainsi que l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme[1221].

Ce triple visa tend d'ailleurs à être de plus en plus présent dans les décisions de la chambre sociale. Ainsi, si la Cour a pu se contenter un temps de viser conjointement les articles L. 1121-1 du Code du travail et 9 du Code civil, il semble désormais que l'ajout de l'article 8 de la Convention devienne incontournable. En effet, parmi ses décisions rendues depuis 2012, une seule ne vise que les deux premières dispositions[1222], alors que les trois suivantes sollicitent le dernier texte en plus[1223]. Doit-on y voir une consécration de ce triptyque ?

Cette évolution doit être rapprochée de celle observée également concernant les situations pour lesquelles la Cour a cru bon d'utiliser ce triple visa. En effet, pendant un temps, cet emploi semblait se concentrer sur les problématiques rencontrées en matière d'utilisation personnelle des outils informatiques, s'agissant de la question de l'accès par l'employeur aux fichiers ou aux mails identifiés comme « personnels », ainsi que ceux relevant de messageries personnelles. Toutefois, il convient de noter une décision isolée en 2012 ne visant uniquement que l'article L. 1121-1 et l'article 9, au sujet de l'envoi d'un courriel entre deux messageries personnelles[1224]. Par ailleurs, le triple visa a pu être utilisé dans deux autres types de situations : le premier type, dès le début de cet emploi, en matière de filature illicite[1225], le second type, plus récemment, concernant la liberté de choix du domicile[1226]. La protection de cette dernière liberté par la Cour n'avait tendance jusqu'à présent à ne pas nécessiter de sa part le recours supplémentaire à l'article 8 de la Convention[1227]. Le triple visa ainsi étendu à cette situation semble renforcer l'idée d'une pérennité de cette association de ces trois dispositions.

[1221] 12 arrêts ont été rendus par la Cour de cassation au double visa articles 9 et L. 1121-1 (ou L. 120-2), 8 arrêts en y associant l'article 8 de la Convention ; un seul arrêt a pour le moment été rendu au visa conjoint de l'article L.1121-1 et de l'article 8 : Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-23.645, s'agissant d'un système de géolocalisation.

[1222] Cass. soc., 26 janvier 2012, *op. cit.*

[1223] Cass. soc., 28 février 2012, *op. cit.* ; Cass. soc., 12 décembre 2012, *op. cit.* ; Cass. soc., 7 avril 2016, *op. cit.*

[1224] Cass. soc., 26 janvier 2012, *op. cit.*

[1225] Cass. soc., 26 novembre 2002, *op. cit.*

[1226] Cass. soc., 28 février 2012, *op. cit.* ; Cass. soc., 12 décembre 2012, *op. cit.*

[1227] Décisions protégeant la liberté de choix du domicile et mobilisant conjointement les articles L. 1121-1 du Code du travail et 9 du Code civil : Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, *op. cit.* ; Cass. soc., 12 juillet 2005, *op. cit.* ; Cass. soc., 7 mars 2007, *op. cit.* ; Cass. soc., 23 septembre 2009, *op. cit.*

289. – L'appréciation extensive de l'article L. 1121-1 du Code du travail s'oppose alors aux partisans d'une frontière imperméable entre la vie professionnelle et extra-professionnelle, lesquels réservent au contraire son champ d'application aux hypothèses où la subordination se manifeste, à savoir au temps et au lieu de travail. Selon eux, mobiliser l'article L. 1121-1 en-dehors de l'entreprise, c'est-à-dire lorsque le salarié est normalement libre, reviendrait à envisager la possibilité de restrictions dans cette sphère, dès lors qu'elles seraient justifiées et proportionnées, alors qu'elles devraient en être exclues.

De plus, une contradiction peut apparaître entre certaines dispositions utilisées conjointement : « si l'article L. 1121-1 du Code du travail avait une portée dépassant la vie professionnelle, il serait en contradiction avec l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui proclame le droit au respect de la vie privée et familiale et ne permet d'ingérence dans cette vie que si elle émane d'une autorité publique »[1228]. Ainsi, une restriction apportée par un employeur à l'exercice par le salarié d'une liberté dans sa vie extra-professionnelle relèverait davantage des libertés publiques, autrement dit du ressort de l'article 8 de la Convention.

290. – Néanmoins, la tendance à élargir le contrôle des restrictions opérées à l'égard des droits et libertés individuelles tient compte d'une réalité, l'extrême porosité[1229]des frontières, et ce quelque soit les lignes tracées. L'interprétation large de l'article L. 1121-1 du Code du travail semble davantage relever d'une volonté de rechercher une disposition commune, permettant de limiter les restrictions aux droits et aux libertés, quelque soit le temps et le lieu d'exercice. De même, l'association de l'article 9 du Code civil et de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, d'interprétation large, confirment qu'il s'agit davantage de la liberté qui semble protégée, celle de la vie privée. La mobilisation conjointe de ces trois dispositions constitue donc l'assise textuelle de la liberté de la vie privée du salarié, qu'elle soit exercée en dehors du lien de subordination ou non[1230]. Au final, l'article L. 1121-1

[1228] Ph. WAQUET, « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *op. cit.*

[1229] « Il y a place pour des espaces de vie personnelle au temps et lieux de travail. Inversement, le salarié reste tenu par des obligations professionnelles en dehors du temps et du lieu de travail » : C. MATHIEU-GÉNIAUT, « L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question », *Dr. soc.*, 2006, p. 848.

[1230] Un arrêt récent mobilise ces trois textes pour casser la décision des juges d'appel n'ayant pas déterminé si le « message électronique litigieux n'était pas issu d'une boîte à lettre électronique

semble davantage constituer une adaptation entre d'une part, le souci de prendre en compte ces libertés et, d'autre part, la volonté de l'appliquer entre particuliers, dans un rapport contractuel[1231]. Mi liberté publique, mi liberté civile, la liberté de la vie privée semble ainsi protégée.

291. – La prise en compte des libertés du salarié a donc mis à mal l'idée selon laquelle la vie privée se réduit à l'intimité. Comme le souligne un auteur : « L'ordre public ce n'est plus que la vie privée soit conforme aux ''bonnes mœurs'' de la société. C'est désormais le droit de revendiquer les ''mœurs'' que l'on veut. Et d'interdire à quiconque de les juger bonnes ou mauvaises »[1232]. Le salarié est donc libre d'agir dans sa vie privée, mais encore faut-il que sa protection soit assurée. Afin de rendre effective cette protection, le juge a dû se doter d'outils d'interprétation spécifiques.

---

personnelle distincte de la messagerie professionnelle dont la salariée disposait pour les besoins de son activité » : Cass. soc., 7 avril 2016, n° 14-27.949, *op. cit.*

[1231] Cette conception est toutefois propre au droit du travail car la récente réforme du droit des obligations a abandonné l'une proposition du rapport Terré, également présenté dans la version antérieure du projet de loi : la proclamation de la nécessaire conformité du contrat aux droits et libertés fondamentaux.

[1232] B. BEIGNIER, L'ordre public et les personnes, in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, *op. cit.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

292. – L'idée d'une séparation de la vie du salarié entre différentes sphères est séduisante, en ce qu'elle conduit à mettre à l'écart de la vie professionnelle de celui-ci, des éléments appartenant à sa sphère extra-professionnelle ou privée. Partant, cette dernière peut faire l'objet d'une protection spécifique conduisant la jurisprudence à vouloir en assurer l'effectivité.

Toutefois, l'approche se heurte à deux limites. D'une part, la recherche d'un fondement juridique peut susciter des divergences d'opinions, selon l'acception des sources de droit mobilisées. Dès lors, si le recours à des notions prétoriennes, à l'instar de la vie personnelle, permet de contourner la difficulté, la protection de la vie privée s'ampute néanmoins de tout fondement légal.

D'autre part, la délimitation des frontières implique un cloisonnement qui se révèle inadapté à la situation du salarié. En effet, la vie privée de celui-ci ne peut être cantonnée uniquement dans sa sphère extra-professionnelle, et encore moins être exclue de sa vie professionnelle.

La volonté de dépasser ces limites induit la recherche d'une notion plus large, que la liberté de la vie privée peut incarner.

Ces considérations théoriques ne semblent toutefois pas animer la jurisprudence, laquelle s'est saisie de la question de la protection de la vie privée du salarié. Variant autant les fondements que les concepts, elle a pu développer une protection de la vie hors travail du salarié.

CHAPITRE 2 – LA PROTECTION DE LA VIE HORS TRAVAIL

293. – La reconnaissance d'une liberté implique d'assurer sa protection effective. Or, la liberté de la vie privée du salarié s'est affirmée conjointement aux éléments tendant à en assurer sa jouissance. Ainsi, les différentes décisions consacrant l'existence d'une vie hors travail du salarié ont chacune contribué au renforcement de sa protection, par l'émergence de notions et la mobilisation de dispositions générales, manifestation du pouvoir grandissant du juge en la matière. Ce dernier s'est alors employé à contrôler les atteintes directes ou non, effectives ou potentielles, que l'employeur pouvait réaliser envers la jouissance par le salarié de sa vie hors travail. Si les bases ont été jetées au début des années 1990, la jurisprudence s'est peu à peu étoffée, connaissant parfois certains revirements, pouvant laisser encore certains points de questionnement.

La protection s'est ainsi manifestée à deux niveaux : d'abord par la délimitation stricte du champ des atteintes possibles à la vie hors travail du salarié (Section 1) mais également en renforçant l'encadrement des effets juridiques découlant de ces atteintes (Section 2).

SECTION 1 : DES ATTEINTES STRICTEMENT ENTENDUES

294. – Les restrictions apportées aux libertés, et précisément à celle de la vie privée, ont nécessité une justification (§1), laquelle s'est par ailleurs doublée d'un souci d'objectivation (§2).

§1 : L'importance de la justification

295. – La justification est d'abord apparue dans le cadre du contrôle du pouvoir disciplinaire de l'employeur (A), avant de s'étendre à l'exercice de son pouvoir de direction (B).

A/ Le contrôle du pouvoir disciplinaire

296. – Notion légale impérative, la « cause réelle et sérieuse » de licenciement assure au salarié une protection contre l'arbitraire. Instrument déjà bien ancien[1233] au service du juge, ce texte a toutefois fait l'objet d'évolutions législatives[1234], la dernière touche ayant été apportée par la loi du 2 août 1989[1235], laquelle a introduit une présomption favorable au salarié en matière de preuve : « Si un doute subsiste, il profite au salarié »[1236]. Le risque de la preuve pesant désormais sur l'employeur, les juges ont été contraints de condamner celui-ci « dans le doute », renforçant dès lors « l'obligation qui pèse sur les juges de "former leur conviction" sur le caractère réel et sérieux des motifs invoqués »[1237]. Abandonnant la jurisprudence du « motif en apparence réel et sérieux », qui faisait prévaloir l'allégation de l'employeur sur la contestation du salarié, la Cour de cassation a donc naturellement renforcé son contrôle sur la réalité de la cause du licenciement pour motif personnel, après une période où il avait pu être observé un certain « retrait »[1238] de sa part, car elle se limitait à une censure « de type disciplinaire, sanctionnant les seules décisions dont la motivation était insuffisante ou incorrecte »[1239]. Cette latitude laissée aux juges du fond leur avait ainsi permis une appréciation *in concreto* des motifs relevant de l'intérêt de l'entreprise, en fonction notamment de la nature des fonctions exercées[1240] ou de la finalité spécifique de l'entreprise[1241].

[1233] Fruit de l'importante loi du 13 juillet 1973, dispositions aujourd'hui codifiées aux articles L. 1232-1 et suivants du Code du travail.
[1234] Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise (dite loi « Auroux ») ; Loi n° 86-1320 du 30 décembre 1986 relative aux procédures de licenciement ; Loi n°89-549 du 2 août 1989 modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion.
[1235] Loi du 2 août 1989, *op. cit.*
[1236] Article L. 122-14-3 al. 2, devenu article L. 1235-1 du Code du travail.
[1237] F. GAUDU, « Le licenciement pour perte de confiance », *Dr. soc.*, 1992, p. 32.
[1238] I. GALLOT, « La cause des licenciements non disciplinaires », *Dr. soc.*, 1992, p. 758.
[1239] *Ibid*.
[1240] Vol commis par un préposé au gardiennage : Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 89-44.605, *Bull. civ. V,* 1991, n° 512 : *Dr. soc.*, 1992 p. 79 ; *RJS* 1/92, n° 3, p. 26 ; publicité donnée à une affaire pénale concernant un salarié chargé d'une importante mission de représentation : Cass. soc., 12 mars 1991, n° 88-43.051, *Bull. civ.* V, 1991, n° 120 : *CSBP*, 1991, n° 30, p. 152.
[1241] Pour une société de gardiennage : Cass. soc., 20 novembre 1991, *op. cit.* ; pour une association à caractère religieux : Cass. soc., 17 avril 1991, *op. cit.*

297. – Toutefois, certains auteurs ont pu observer une évolution de la Cour de cassation dans la formulation de ses décisions[1242]. Ne se retranchant plus derrière l'appréciation souveraine des juges du fond[1243], la Haute Cour a pu, s'agissant de la censure d'un licenciement pour perte de confiance[1244], sans proposer une définition complète de la « cause réelle et sérieuse », affirmer que la cause réelle doit être fondée sur des éléments objectifs. Position saluée par une partie de la doctrine, estimant que la Cour exerçait « pleinement son rôle, qui consiste à assurer une interprétation uniforme des lois sur l'ensemble du territoire français »[1245], assurant ainsi « sa mission unificatrice du droit »[1246], constituant dès lors un gage de sécurité juridique, conforme à l'ordre public de protection[1247].

Ce mouvement s'est alors renforcé par l'utilisation de chapeaux, témoignant de la portée qu'elle entendait conférer à ces arrêts qualifiés « de principe » par la doctrine, tels que « la perte de confiance ne constitue pas en soi un motif de licenciement »[1248], ou encore « chacun a droit au respect de sa vie privée [...] il ne peut être procédé au licenciement pour une cause tirée de la vie privée du salarié »[1249].

Néanmoins, ce changement d'approche n'a pu se réaliser que dans un certain « contexte socio-politique dans lequel baigne le droit du travail »[1250], amenant à ce que le pouvoir patronal soit désormais reconnu en principe, ce qui a permis aux juges de pouvoir y apporter certaines limites. « Le triomphe de l'entreprise rend superflues les solutions jurisprudentielles qui, peut-il sembler, n'avaient été adoptées que pour préserver un pouvoir patronal naguère jugé menacé »[1251].

[1242] J. SAVATIER, *Dr. soc.*, 1991, p. 185: la précision progressive de la notion de cause réelle et sérieuse aboutit à un contrôle de qualification ; dans le même sens, J. PÉLISSIER, « La perte de confiance n'est pas en soi un motif de licenciement » : *D.*, 1991, p. 190.

[1243] Notamment, par la disparition de l'attendu type : « en l'état de ces constatations, les juges du fond, par une décision motivée, n'ont fait qu'user des pouvoirs qu'ils tiennent de l'article L. 122-14-3 du Code du travail » ; à titre d'exemple : Cass. soc., 12 juillet 1990, n° 89-43.446, Inédit (relevant que la mésentente des époux était étrangère à l'exécution du contrat de travail).

[1244] Cass. soc., 29 novembre 1990, *Fertray*, n° 87-40.184, *Bull. civ. V*, 1990, n° 597, p. 359 : *Dr. soc.,* 1991, p. 99, J. SAVATIER ; *RJS*, 1991, n°15 ; *CSBP*, n° 26, A5 ; *D.*, 1991, p. 190, note J. PÉLISSIER ; Dr. soc., 1992, p. 32, note F. GAUDU.

[1245] J. PÉLISSIER, *op. cit.*

[1246] I. GALLOT, *op. cit.*

[1247] M. BÉRAUDO, « L'évolution de la jurisprudence en matière d'énonciation des motifs de licenciement », *RJS*, 4/92, p. 231, spéc. p. 234.

[1248] Cass. soc., 29 novembre 1990, *op. cit.* ; Cass. soc., 9 janvier 1991 : F. GAUDU, *Dr. soc.* 1992 p. 38, *op. cit.*

[1249] Cass. soc., 22 janvier 1992, *op. cit.*

[1250] F. GAUDU, « Le licenciement pour perte de confiance », *Dr. soc.*, 1992, p. 32.

[1251] F. GAUDU, *op. cit.*

298. – Ainsi contextualisée, l'évolution de la Cour de cassation en matière de droit au respect de la vie privée du salarié se comprend davantage, cette dernière ayant été amenée à développer les attendus de principe mais également par la technique du visa, à renforcer la nécessaire justification du pouvoir de sanction de l'employeur. De plus, disposée à affirmer la protection de la vie privée du salarié, c'est par le biais de son pouvoir normatif, à travers notamment l'expression de « vie personnelle », créée spécialement, qu'elle a pu en garantir l'effectivité.
Même si cet outil peut faire l'objet de réserves, il présente l'utilité d'affirmer l'existence d'une sphère privée, en tant que contre-pouvoir patronal, également présente dans la mise en œuvre par l'employeur de son pouvoir de direction.

B / Le contrôle du pouvoir de direction

299. – La jurisprudence, parallèlement à l'admission progressive de l'approche contractuelle du pouvoir[1252], a souhaité encadrer les effets de ce dernier, dans un souci de protection du salarié. En effet, certaines décisions de modification du rapport de travail peuvent impacter de manière substantielle la liberté de la vie privée du salarié, et notamment dans sa composante familiale. La Cour de cassation s'est d'abord concentrée sur l'analyse contractuelle d'une telle modification, avant d'inclure progressivement des considérations relevant de la liberté de la vie privée du salarié.

300. – Première étape de cette évolution, le rejet par la Cour de l'acceptation tacite du salarié en cas de modification importante du rapport de travail, affirmant ainsi que la modification substantielle du contrat de travail ne peut résulter de la poursuite par le salarié du travail[1253]. Son accord exprès devenant un préalable nécessaire, cette décision a pu conférer au contrat de travail « une force obligatoire non plus théorique, mais effective »[1254]. Néanmoins, le législateur a pu mettre un terme à cette jurisprudence,

---

[1252] Pour une présentation de les théories de l'institution et contractuelle du pouvoir, *cf* not. G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis, *op. cit.*, spéc. n° 610 et s.
[1253] Cass. soc., 8 octobre 1987, n°84-41.902 et 84-41.903, *Raquin*, *Bull. civ. V*, 1987, n° 541 : *D.*, 1988, p. 57, note Y. SAINT-JOURS; *Dr. soc.*, 1988, p. 135, note J. SAVATIER ; dans le même sens, Cass. soc., 17 décembre 1987, n° 85-41.556, *Bull. civ. V*, 1987, n° 746 ; Cass. soc., 4 février 1988, n° 85-45.000**,** *Bull. civ. V*, 1988, n° 96 ; Cass. soc., 25 février 1988, n° 85-41.296, *Bull. civ. V*, 1988, n° 140.
[1254] G. AUZERO, E. DOCKÈS, *op. cit.*, spéc. n°612.

acceptant les effets du silence du salarié en matière de licenciement pour motif économique[1255].

Dans un second temps, la Cour est venue préciser les contours de cette modification, par l'abandon de la distinction entre modifications « substantielles » et « non substantielles »[1256]. Cette dernière tendait jusqu'alors, à reconnaître à l'employeur la faculté d'apporter unilatéralement une modification contractuelle dès lors que cette dernière n'était pas substantielle[1257]. La nouvelle distinction opérée entre ce qui relève de la modification du contrat ou au contraire du changement des conditions de travail a ainsi contribué à une nouvelle approche du rapport de travail[1258]. Si cette conception a pu conférer une certain force au contrat sur le pouvoir de l'employeur, notamment lorsqu'il s'agit de l'opposer à un acte unilatéral tel qu'une sanction disciplinaire[1259], elle a également permis à la jurisprudence de renforcer son contrôle de la modification du contrat de travail[1260].

Certes, si le pouvoir patronal n'a pas totalement disparu, le refus de la modification du contrat par le salarié pouvant donner lieu au final à un licenciement[1261], l'employeur doit désormais être capable d'expliquer aux juges en quoi la mise en œuvre de la modification refusée a été dictée par l'intérêt de l'entreprise : « la loyauté suppose un minimum de transparence »[1262]. À ce titre, la Cour a pu notamment qualifier

---

[1255] Loi n° 93-1313 quinquennale du 20 décembre 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, laquelle a introduit la règle désormais prévue par l'article L. 1222-6 du Code du travail : B. TEYSSIÉ, « Sur un fragment de la loi n° 94-126 du 11 février 1994 : commentaire de l'article L. 120-3 du Code du travail », *Dr. soc.*, 1994, p. 667 ; J. MOURY, « L'acceptation de l'offre de contrat ou de modification du lien contractuel peut-elle résulter du silence de l'une des parties ? », *D.*,1994, p. 69.

[1256] Cass. soc., 10 juillet 1996, n° 93-41.137, *Bull. civ. V*, n° 278, *Le Berre*, : *Dr. soc.*, p. 976, obs. H. BLAISE ; *Dr. ouvr.*, 1996, p. 457, note P. MOUSSY; *JCP*, 1997, II, 22768, note Y. SAINT-JOURS ; cf ég. Cass. soc., 17 octobre 1990, n° 93-41.794, Inédit ; Cass. soc., 30 septembre 1997, *Dr. soc.*, 1997, p. 1094, obs. J.-E. RAY.

[1257] L'employeur pouvant prendre acte du refus du salarié pour rompre le contrat : *cf* Cass. soc., 1er février 1984, n° 81-42.223, *Bull. civ. V*, 1984, n° 39.

[1258] Parmi ses défenseurs, *cf* not. Ph. WAQUET, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *RJS,* 12/96, p. 791 ; *Ibid.*, « Le renouveau du contrat de travail », RJS, 5/99, p. 383 ; H. BLAISE, obs. ss Cass. soc. 10 juillet 1996, *Dr soc.*, 1996, p. 976 ; J.-E. RAY, « Quelques questions autour de la loi Aubry I », *Dr. soc.*, 1998, p. 764 ; G. LYON-CAEN, « Le juge et l'entreprise », colloque de la Cour de cassation du 27 novembre 1998 ; contra *cf* not. J. PÉLISSIER, « Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat et les changements des conditions de travail », *Mélanges offerts à P. COUVRAT*, PUF, 2001 ; P. MOUSSY, « Un pas en avant, deux pas en arrière (à propos de l'effet boomerang du "renouveau" du contrat de travail », *Dr. ouvr.*, 1999, p. 1.

[1259] Cass. soc., 16 juin 1998, n° 95-45.033, *op. cit.*

[1260] Par ex. : Cass. soc., 28 janvier 1998, n° 95-40.275, *Bull. civ. V*, 1998, n° 40 : *RJS*, 3/98, p. 172.

[1261] Article L. 1233-3 du Code du travail : « Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour des motifs non inhérents à la personne du salarié résultant […] d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail ».

[1262] P. Moussy, *op. cit.*

d'« économique », le motif du licenciement faisant suite à un refus d'une modification du contrat de travail par le salarié[1263], ôtant à ce dernier tout caractère disciplinaire. De plus, la cause de licenciement ne résidant pas dans le refus lui-même[1264] mais dans l'élément générateur de la proposition de modification, l'évaluation de l'intérêt de l'entreprise se fera au regard de la motivation[1265].

301. – Ce souci de justification dans l'exercice par l'employeur de son pouvoir de direction s'observe également sur le terrain du changement des conditions de travail. Certes, la Cour de cassation considère que le salarié ne peut s'y opposer sous peine de commettre une faute[1266], mais elle renvoi aux juges du fond l'appréciation du caractère sérieux[1267]. Cette évaluation *in concreto* était déjà opérée par la Cour avant le changement de terminologie, que la modification soit substantielle ou non. Le risque de subjectivité qui pouvait en découler avait justement amené à l'adoption d'une grille de lecture différente. L'étude des décisions de la Cour montre que cette approche est demeurée, notamment par la prise en compte d'abord de l'ampleur du changement des conditions de travail[1268], ensuite de leur impact sur le droit au repos et sur la vie personnelle et familiale du salarié[1269]. Cette dernière considération peut ainsi sembler en contradiction avec une volonté de placer à l'écart ce qui relève de la vie privée du salarié.

Afin de limiter cette prise en compte, et l'incertitude juridique qu'elle peut induire, certaines clauses contractuelles sont ainsi insérées, à titre préventif, à l'instar des clauses de mobilité, de domiciliation ou encore de modification des horaires de travail. Elles ne constituent cependant pas un rempart contre toute préoccupation de la vie privée du salarié, puisque soumises aux dispositions légales en la matière[1270], ainsi qu'au pouvoir d'appréciation du juge, lequel peut en écarter l'application en raison des

---

[1263] Cass. soc., 15 octobre 2002, n° 99-45.948, Inédit ; Cass. soc., 24 septembre 2008, n° 07-40.694, inédit.
[1264] Cass. soc., 15 juillet 1998, n° 97-43.985, *Bull. civ. V,* 1998, n° 381.
[1265] Cass. soc., 14 mai 1997, n° 94-43.712, *Bull. civ. V,* 1997, n° 177 : cassation du motif économique car la cour d'appel « s'est bornée à retenir que la mutation imposée au salarié était nécessitée par la bonne gestion de l'entreprise sans constater qu'elle était consécutive à des difficultés économiques, à des mutations technologiques ou à une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ».
[1266] La faute grave a été retenue dans un premier temps : Cass. soc., 10 juillet 1996, *op. cit.*
[1267] Cass. soc. 16 mai 2000, n° 97-45.256, *Bull. civ. V*, 2000, n° 181.
[1268] Ainsi, d'un passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit (Cass. soc., 27 févr. 2001, n° 98-43.783, *Bull. civ. V*, n° 61 ; *cf infra*, n° 436.
[1269] *Cf infra*, n° 436.
[1270] Article L. 1121-1 du Code du travail.

impacts réels pour le salarié[1271]. À l'opposé, ces clauses, dans leurs rédactions, s'imposent à l'employeur, participant également à une protection accrue de la vie privée du salarié[1272].

302. – Le propos n'étant pas d'étudier ici les motivations du contrôle du pouvoir de direction de l'employeur[1273], son exercice est néanmoins soumis au même contrôle que celui opéré en matière de sanction avec, pour entrée commune, la justification. Pour autant, celle-ci doit tendre vers une objectivité, autre mode de protection de la liberté de la vie privée du salarié.

§2 : L'objectivation de l'atteinte

303. – La nécessité d'une cause implique la mesure de sa pertinence. Dans le souci d'évaluer la justification de l'atteinte à la liberté de la vie privée du salarié, la jurisprudence s'est employée à adopter une démarche d'objectivation de la cause pouvant être avancée par l'employeur. Le processus d'objectivation repose sur deux axes complémentaires qui transparaissent dans la définition de la notion d'objectivité.
En effet, d'une part, d'un point de vue ontologique, l'objectivité est ce qui caractérise un objet, par opposition à un sujet. Il s'agit ainsi de mettre à l'écart les personnes et se concentrer sur l'objet. D'autre part, d'un point de vue épistémologique, l'objectivité caractérise la validité d'une connaissance, d'un raisonnement. Si elle ne constitue pas la vérité, elle a tendance dans l'esprit commun à vouloir s'y confondre. Cette acception repose sur l'altérité de l'objet vis-à-vis du sujet, autrement dit son extériorité. Cette distance vis-à-vis du sujet se retrouve également dans son acception éthique, l'objectivité désignant alors ce qui est neutre, désintéressé, impartial.

[1271] Ainsi d'une clause de mobilité non justifiée par l'intérêt de l'entreprise (Cass. soc., 9 mai 1990, n° 87-40.261, *Bull. civ. V*, 1990, n° 210), ou portant atteinte à la vie personnelle et familiale du salarié (Cass. soc., 13 janvier 2009, n° 06-45.562, *op. cit.* ; Cass. soc., 17 octobre 2012, n° 11-18.029, *op. cit.* ; Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-17.576, *op. cit.*).
[1272] Des stipulations contractuelles précises peuvent restreindre son pouvoir de direction : ainsi lorsque sont fixés les horaires (Cass. soc., 11 juillet 2001, n° 99-42.710, *Bull. civ. V*, 2001, n° 264) ou encore lorsqu'est mentionnée expressément l'exclusivité du lieu de travail (Cass. soc., 30 novembre 2010, n° 08-43.499, *Bull. civ. V,* 2010, n° 273) à défaut ce dernier n'a qu'une valeur informative (Cass. soc., 3 juin 2003, n°s 01-43.573, 01-40.376, *Bull. civ. V,* 2003, n° 185 ; Cass. soc., 15 mars 2006, n° 02-46.496, *Bull. civ. V,* 2006, n° 102 ; Cass. soc., 26 septembre 2006, n° 04-46.734, Inédit ; Cass. soc., 26 octobre 2011, n° 09-71.322, Inédit).
[1273] *Cf infra*, n° 360 et s.

Ce double souci transparaît dans l'évaluation jurisprudentielle de la cause de l'atteinte à la liberté de la vie privée du salarié. D'abord centrée sur la caractérisation de la cause de cette atteinte (A), elle s'est ensuite employée à conserver une distance quand à l'évaluation de cette cause (B).

A/ La caractérisation de la cause objective

304. – La nécessité de justifier le licenciement constitue déjà en elle-même une objectivation, la cause réelle et sérieuse en étant l'instrument. Il s'agit ainsi de rattacher la rupture prononcée à l'existence d'une cause objective, indépendante des personnes : tant celle ayant provoquée la cause, que celle à l'initiative de la rupture[1274]. L'objet du rapport de travail étant la prestation réalisée par le salarié au profit de son employeur, la faute dans l'exécution de celle-ci constitue un élément objectif d'appréciation. Partant, ce qui se situe en dehors de cette exécution est dénué d'un tel caractère. Le licenciement pour motif personnel s'entend ainsi de façon stricte comme la rupture causée par un défaut d'exécution par le salarié de ses obligations contractuelles. Néanmoins, ce caractère « disciplinaire »[1275] du licenciement coexiste avec d'autres motifs personnels, « non-disciplinaires »[1276]. Cette catégorie semble donc intégrer des éléments pouvant justifier une rupture de contrat de travail, indépendamment de toute faute dans son exécution. Entaché d'une forte subjectivité, ce type de licenciement a fait l'objet d'un encadrement jurisprudentiel, empreint d'objectivation.

305. – La Cour de cassation a voulu dans un premier temps supprimer les situations pour lesquelles la subjectivité pouvait sembler trop présente. Ainsi, une première évolution a pu s'observer en matière de prise en compte des poursuites pénales du salarié. Statuant sur la légitimité pour l'employeur de les considérer en tant que motif de licenciement, la Cour a pu affirmer la présomption d'innocence en rejetant cette cause

[1274] A. GARDIN, « L'éviction de la perte de confiance : une nouvelle étape dans l'objectivation du licenciement pour motif personnel », *D.*, 2000, p. 921.
[1275] J. PÉLISSIER, « Le licenciement disciplinaire », *op. cit.*
[1276] I. GALLOT, « La cause des licenciements non disciplinaires », *op. cit.*

dès lors que le salarié avait fait l'objet d'une relaxe par les juridictions pénales[1277]. Cette position s'est ensuite affinée par la prise en compte d'éléments atténuant la culpabilité du salarié[1278], la Cour prenant le soin de dénoncer à cette occasion le défaut d'objectivité inhérent aux simples soupçons et à la perte de confiance, arguments bien souvent avancés pour justifier le licenciement[1279]. L'abandon de ce second motif a d'ailleurs constitué l'élément fort de ce mouvement jurisprudentiel.

306. – En effet, peu de temps après ces premières décisions, la Cour a pris position de manière plus explicite énonçant ainsi que : « la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas en soi un motif de licenciement »[1280]. Les hauts magistrats ont pris le soin d'expliquer ce changement de position[1281], en y associant, en ouverture, un autre attendu de principe : « un licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs ». Il est vrai que l'ancienne jurisprudence pouvait sembler contestable[1282] puisque permettant la résiliation du contrat de travail en invoquant « l'absence de confiance réciproque mettant obstacle au maintien des relations de travail »[1283]. Rendue au visa de l'ancien article L. 122-14-3 du Code du travail[1284], cette décision de la Cour a ainsi mis fin à la contradiction[1285] inhérente à l'admission de ce motif, purement subjectif, en tant que cause autonome de licenciement. Toutefois, sous couvert d'éléments objectifs non contestés, concomitants à une modification de la situation personnelle du salarié, l'employeur conservait la faculté

[1277] Cass. soc., 16 juin 1988, n° 85-46.252, Inédit : J. PRALUS-DUPUY, « L'incidence d'un jugement de relaxe sur le licenciement du salarié », *D.*,1990, p. 70.
[1278] Cass. soc., 12 juillet 1989, n° 85-45.945, Inédit et Cass. soc., 21 juin 1989, n° 86-43.002, Inédit : *Jur. soc. UIMM*, 1989, n° 521, p. 460 ; *D.*, 1990, 132, obs. J. PRALUS-DUPUY, annonçant déjà « le déclin de la perte de confiance ».
[1279] La doctrine portait depuis longtemps un regard critique à ce sujet pour laquelle le soupçon ne pouvait être un motif légitime de licenciement puisque : « par définition, (il) ne peut être objectivement établi » : M. ROGER, « Les effets de la délinquance d'un salarié sur son contrat de travail », *Dr. soc.*, 1980, p. 185.
[1280] Cass. soc., 29 novembre 1990, *Fertray*, *op. cit.*
[1281] Pour des décisions anciennes, *cf* not.. : Cass. soc., 4 avril 1979, n° 78-40.554, *Bull. civ. V*, 1979, n° 315 ; CA Paris 4 juin 1987 : *D.*, 1987, p. 610, note J. MOULY.
[1282] J. PÉLISSIER, *op. cit.*, lequel la qualifiait de « curiosité jurisprudentielle ».
[1283] Cass. soc., 26 juin 1980, n° 79-40.859, *Bull. civ. V*, 1980, n° 573 ; *D.*, 1981, IR, p. 127, obs. P. LANGLOIS ; Cass. soc., 6 juillet 1983, n° 81-41.079, *Bull civ. V*, 1983, n° 395 ; *contra* : les seules relations familiales ou affectives entre membres du personnel d'entreprises concurrentes ne sauraient justifier le licenciement de l'un d'eux : Cass. soc., 30 mars 1982, *Bull. civ. V*, 1982, n° 229 ; CE, 17 juin 1987, n° 32805 : *JCP*, 1987, IV, p. 352.
[1284] Devenu L. 1235-1 du Code du travail.
[1285] Sur cette contradiction : A. CHIREZ, « La perte de confiance de l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ? », *D.*, 1981, chron. p. 193.

de justifier un licenciement prenant en compte une altération de la confiance[1286]. La Cour a donc cru bon de réaffirmer plus tard cette exclusion de manière encore plus stricte : « la perte de confiance ne peut jamais constituer une cause de licenciement même quand elle repose sur des éléments objectifs », ajoutant que « seuls ces éléments objectifs peuvent, le cas échéant, constituer une cause de licenciement, mais non la perte de confiance qui a pu en résulter pour l'employeur »[1287].

Ainsi, l'abandon de la perte de confiance a très certainement pu tenir à l'écart de la cause objective des éléments relevant de la vie privée du salarié, et à ce titre il n'apparaît pas étonnant que la Cour ait pu viser l'article 9 du Code civil dans le cadre de son contrôle de l'objectivité du licenciement[1288].

307. – Cette tendance jurisprudentielle au renforcement de l'objectivation de la cause personnelle de licenciement a conduit *de facto* à exclure les motifs inhérents à la personne du salarié, appartenant à sa vie privée. Ainsi, la Cour a-t-elle pu estimer à la même période comme étrangère à la relation de travail, la mésentente entre époux[1289], indiquant plus tard que ce motif « ne peut constituer une cause de licenciement que si elle repose objectivement sur des faits imputables au salarié concerné »[1290]. La même position a également été adoptée en matière d'incompatibilité d'humeur : si un tel motif doit être rejeté à défaut de « fait matériellement vérifiable »[1291], il peut être admis lorsqu'il découle « d'actes d'insubordination et de propos de dénigrement »[1292]. Dans un autre registre, le même souci d'objectivité semble également de mise en matière d'accident ou de maladie d'origine non-professionnelle[1293].

[1286] « Si la perte de confiance n'est pas en soi un motif de licenciement, elle peut être un motif légitime de rompre le contrat de travail dès lors que l'employeur démontre à l'encontre du salarié, auquel il a retiré sa confiance, des faits personnels, objectifs et vérifiables » : CA Bourges, 16 octobre 1998 (citée par A. Gardin, *op. cit.*, note n° 9 ; V. ég. autres décisions citées : CA Colmar, 23 mars 1998 ; CA Toulouse, 7 avril 2000) ; CE, 31 janvier 2001, RJS 07/01, n° 891 ; reprenant une solution déjà énoncée : CE, 1er avril 1992, *D.*, 1994, Somm. p. 242, obs. Prétot et Chelle ; Dr. soc., 1992, concl. D. KESSLER.

[1287] Cass. soc., 29 mai 2001, n° 98-46.341, *Bull. civ. V*, 2001, n° 183.

[1288] *Cf* not. Cass. soc., 22 janvier 1992, *op. cit.* ; Cass. soc., 30 juin 1992, *op. cit.*

[1289] Cass. soc., 12 juillet 1990, n° 89-43.446, *op. cit.* : « il n'était pas établi que Mme X... aurait eu, depuis le début des difficultés conjugales, une attitude nuisible à l'égard de son employeur ou aurait mal exécuté le travail qui lui était dévolu, […] la situation résultant de la procédure de divorce n'était pas incompatible avec la poursuite du contrat de travail ».

[1290] Cass. soc. 27 novembre 2001, *Bull. civ. V*, 2001, n° 360.

[1291] Cass. soc. 17 janvier 2001, n° 98-44.354, *Bull. civ. V*, 2001, n° 13.

[1292] Cass. soc., 21 mars 2001, n° 98-46.163, inédit.

[1293] La Cour admettant le licenciement en cas de « situation objective de l'entreprise » dans « la nécessité de pourvoir au remplacement définitif » du salarié : Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-40.110, *Bull. civ. V*, 2001, n° 84 : *D.*, 2001, Jur. p. 2339, note H. KOBINA GABA ; *Dr. soc.*, 2001, p. 558, obs. J.-Y. FROUIN.

308. – Ce souci d'objectivation s'est également observé en matière d'exercice par l'employeur de son pouvoir de direction. Le contrat peut constituer l'objet permettant de justifier une atteinte à la liberté de la vie privée. Le renforcement par la jurisprudence de la force obligatoire du contrat a pu ainsi traduire la volonté de mettre à l'écart tout élément tenant à la personne. Si la mobilisation de l'article 1134 du Code civil[1294] par la Cour de cassation dans ses décisions confirme cette tendance, la théorie de la modification du contrat n'en reste pas moins difficile à appréhender[1295], en témoigne les différences de qualification par la doctrine. Cette dernière parle tantôt de « socle contractuel »[1296], ou de procédé de « contractualisation »[1297], ou d'opposition entre « sphère du contrat » et « sphère du pouvoir »[1298] ou bien encore d' « objectivation »[1299].

Il s'agit néanmoins de donner une force à l'objet contractuel sur les parties qui l'exécutent. C'est dans cet esprit que doit se comprendre la distinction opérée par la Cour de cassation entre modification du contrat et changement des conditions de travail. Ainsi soucieuse de définir de manière objective, *in abstracto*, ce qui relève de chacune de ces deux catégories, la Cour a identifié progressivement la nature juridique des différents éléments appartenant à la relation contractuelle afin de déterminer leur champ respectif, indépendamment de la situation personnelle du salarié.

L'approche révèle néanmoins certaines difficultés[1300], notamment celle de déterminer précisément le contenu du contrat de travail[1301]. Si les propositions doctrinales ne manquent pas[1302], il apparaît admis « quatre piliers contractuels »[1303], à savoir : la

---

[1294] Devenu article 1103 du Code civil, modifié par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

[1295] P. LOKIEC, « La modification du contrat de travail », *RDT*, 2006, p. 76.

[1296] Ph. WAQUET, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *op. cit.*

[1297] G. BORENFREUND, « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », *Dr. ouvr.*, 1997, p. 523 ; V. RENAUX-PERSONNIC, « De la contractualisation obligatoire à la décontractualisation possible des objectifs », *RJS*, 2001, p. 99.

[1298] V. J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 22e éd., 2004, n° 371 et s.

[1299] G. BORENFREUND, *op. cit.*, p. 517 ; D. CORRIGNAN-CARSIN, « Conséquences du refus d'un changement des conditions de travail », *JCP*, 2001, II, 10523 ; de manière générale, cf. Th. REVET, « Objectivation ou subjectivation du contrat, quelle valeur juridique », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. C. JAMIN, D. MAZEAUD, Dalloz, 2003, p. 83

[1300] J. PÉLISSIER, « Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », in *Mélanges offerts à P. COUVRAT*, PUF, 2002 p. 101.

[1301] A. JEAMMAUD, « Les polyvalences du contrat de travail », in *Les transformations du droit du travail*, études offertes à G. LYON-CAEN, Dalloz, 1989 p. 299.

[1302] F. GAUDU et R. VATINET, « Les contrats de travail », in *Traité des contrats,* LGDJ, 2001, n° 370, « Les éléments du contrat de travail », *RJS* 5/99 p. 383, Ph. WAQUET, « Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail », *Dr. soc.* 1999, p. 566 ; G. COUTURIER, « Pot-pourri autour des modifications du contrat de travail », *Dr. soc.* 1998, p. 878 ; P.-H. ANTONMATTEI, « Les

rémunération, les fonctions du salarié, le lieu de travail et la durée du travail. Néanmoins, la jurisprudence, confrontée à la diversité des situations, contribue par ses décisions à atténuer les frontières entre ce qui relève « du consentement (contrat) et de l'autorité (subordination) »[1304], certains éléments pouvant se retrouver tantôt dans ces deux champs[1305].

Si cette « démarche rationnelle de recherche des éléments du contrat »[1306] n'est pas parvenue à faire disparaître toute casuistique dans l'appréciation des juges[1307], elle a eu le mérite de renforcer la prégnance de l'objet sur le sujet, du contrat sur les parties.

309. – Dans cette quête d'objectivité, la Cour peut s'inspirer de la pratique du « test contractuel » [1308] opéré par les juridictions anglo-saxonnes, lequel consiste « à confronter le changement aux prévisions des contractants » [1309]. En découle alors la possibilité d'opérer certaines modifications, dès lors que ces dernières entrent dans la prévision des parties. Ce test permet ainsi « d'appréhender une situation de fait par rapport à un acte préexistant, l'accord des volontés »[1310].

Il se différencie alors de celui dit « de raisonnabilité »[1311], opéré dans un second temps, lequel place à l'écart les prévisions des contractants permettant ainsi de justifier une modification contractuelle sur la base d'une certaine légitimité. Alors associée « à une

---

éléments du contrat de travail », *Dr. soc.* 1999, p. 330 ; C. RADÉ, « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.* 2001 p. 802 ; J.-E. RAY, *Mutations de l'entreprise et modification du contrat de travail*, *éd. Liaisons*, 2000 ; S. KOLECK-DESAUTEL, « La notion de modification du contrat de travail », Thèse Bordeaux, 2000.

[1303] Ph. WAQUET, *Dr. soc.* 1998, p. 1045, obs. ss Cass. soc. 20 octobre 1998, *Bonimond,* Bull. civ. V, 1998, n° 433.

[1304] M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieu de travail », *Dr. soc.*, 2002, 1064.

[1305] « Le marbre de la rémunération s'effrite au contact de ses modes de calcul ou de répartition ; la qualification n'est pas affectée par le changement de tâche ; le périmètre du lieu de travail s'élargit au « secteur géographique de l'entreprise » ; quant à la durée, elle oscille entre seuil de référence et modification des horaires » : M.-C. ESCANDE-VARNIOL, *op. cit.* et notes afférentes.

[1306] F. FAVENNEC-HÉRY, « Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif », *RJS*, 6/03, p. 459.

[1307] F. FAVENNEC-HÉRY, *op. cit.* ; J. PÉLISSIER, « Difficultés et danger de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *op. cit.*

[1308] P. LOKIEC, *op. cit.*, expression alors importée du droit anglais ; V. not. réf. citées par l'auteur : « Contract test » ; « Reasonableness test », *Farrant v. The Woodroffe School*, [1998] ICR 184, EAT ; *Stephenson & Co (Oxford) Ltd v. Austin*, [199O] ICR 609 EAT ; le droit anglais préfère souvent aux définitions abstraites des « tests », procédés qui permettent de donner sens à une notion dans son contexte d'application.

[1309] *Ibid.*

[1310] *Ibid.*

[1311] *Ibid.*

idée de "justice" indépendante de la volonté des parties »[1312], cette seconde analyse semble se rapprocher de l'acception épistémologique de la notion d'objectivité, laquelle s'intéresse davantage à l'appréciation de l'objet qu'à sa caractérisation, et qui a constitué le cœur des développements jurisprudentiels dans l'évaluation de la cause de l'atteinte à la liberté de la vie privée.

B/ L'appréciation de la cause objective

310. – Une fois la cause objectivement caractérisée, encore faut-il pouvoir l'évaluer de la même manière. L'appréciation objective par les juges de la cause de l'atteinte à la liberté de la vie privée a ainsi nécessité une certaine prise de distance de ces derniers par rapport à cet objet d'étude, tant dans le cadre du licenciement qu'en matière de modification du contrat de travail.

311. – La notion de « trouble »[1313], connue depuis longtemps par la doctrine travailliste[1314], a pu constituer pour la Cour de cassation un premier degré d'objectivation. La Cour l'a mobilisé une première fois en 1991 estimant qu' « il peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière »[1315]. En l'occurrence, les juges ont estimé le licenciement injustifié, faute de caractérisation par la cour d'appel de ce trouble laquelle s'était « bornée à mettre en cause les mœurs du salarié sans avoir constaté d'agissements de ce dernier ayant créé un trouble caractérisé au sein de l'association ».
L'attendu d'ouverture semble ainsi indiquer que le trouble lui-même participe à l'évaluation objective de la cause du licenciement, et donc de l'atteinte à la liberté du

[1312] *Ibid*, réf. citée par l'auteur : « Fairness », L. Denning, *in* Western Excavating (E.C.C.) Ltd. v. Sharp., [1978] ICR 221.
[1313] Notion déjà utilisée dans différentes branches du droit, par exemple en droit civil « troubles du voisinage », pour une étude d'ensemble : C. GUILLEMAIN, « Le trouble en droit privé », thèse, Bordeaux, *PUAM*, 2000.
[1314] « La rupture du contrat de travail peut être motivée par des actes extérieurs à l'entreprise, s'il en résulte un trouble possible dans les relations de travail, par exemple quand une condamnation pénale révèle le manque d'honorabilité du salarié » : DURAND et VITU, Traité de droit du travail, tome II, *Dalloz*, 1950, p. 878.
[1315] Cass. soc., 17 avril 1991, *op. cit.*

salarié de se comporter comme il l'entend dans sa vie privée. L'évaluation ne porte ainsi plus sur l'acte de la vie privée mais sur l'impact potentiel de ce dernier sur l'entreprise. En effet, le trouble se distingue du dommage. Et c'est justement pour éviter ce dernier que l'employeur peut être autorisé à licencier, suffisamment en amont afin d'atténuer les conséquences de ce trouble voire de les éviter[1316]. Qu'il soit constitutif d'une faute civile ou pénale, ou bien qu'il émane de l'exercice d'un droit, le comportement de la vie privée n'est donc pas décisif. La cause du trouble est indifférente à la caractérisation du trouble.

X. La nécessité d'éléments objectifs avait déjà été mentionnée par la chambre sociale peu de temps auparavant, cette dernière ayant retenu la validité du licenciement d'un salarié, en raison « d'une part qu'une large publicité avait été donnée, dans la presse, à une condamnation prononcée pour des infractions à la législation sur les sociétés concernant un salarié occupant des fonctions importantes de représentation vis-à-vis des administrations, des collectivités publiques et d'autres sociétés, d'autre part que cette situation était de nature à entraver la marche de l'entreprise »[1317]. Ces éléments de justification laissaient ainsi supposer l'existence d'un « trouble » sans le désigner expressément. Les arguments ainsi retenus préfigurent les éléments d'analyse permettant une étude objective de l'impact de ce trouble que constituent la nature des fonctions occupées et la finalité propre de l'entreprise.

Par la suite, l'apposition par la Cour de l'adjectif « objectif » à la notion de « trouble » semble donc témoigner de ce souci d'objectiver l'analyse. Ainsi cette dernière a pu rejeter le licenciement validé par la cour d'appel au motif que cette dernière s'était « bornée à constater le simple achat d'un véhicule sans relever le moindre trouble objectif apporté à l'entreprise par le comportement incriminé de la salariée » [1318].

Poursuivant sa démarche de construction prétorienne, la Cour adoptera finalement la formule plus complète de « trouble objectif caractérisé »[1319], laquelle constituera dès lors une référence.

[1316] La Cour a pu admettre le licenciement préventif en cas de trouble inéluctable : Cass. Soc., 1er avril 1992, n° 89-43.391, Inédit : *RJS*, 5/02, n° 577 ; Cass. soc., 9 juillet 2002, n° 91-42.040, Inédit : *RJS*, 11/02, n° 1212.

[1317] Cass. soc., 12 mars 1991, n ° 88-43.051, *op. cit.*

[1318] Cass. soc., 22 janvier 1992, n° 90-42.517, *op. cit.*

[1319] Cass. soc. 30 juin 1992, 89-43.840, *op. cit.* : « alors que les motifs allégués étaient tirés de la vie privée du salarié et qu'elle n'a relevé aucun trouble objectif caractérisé apporté à l'entreprise par le comportement incriminé du salarié, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

312. – Malgré ce choix sémantique une question demeure : quand un trouble devient-il suffisamment sérieux pour constituer une cause légitime de licenciement pour motif personnel ? Une comparaison avec le droit civil, amène à penser que l'intensité de ce trouble constitue le critère d'appréciation. À l'instar des troubles du voisinage, nécessitant un caractère excessif pour justifier leur réparation[1320], le licenciement doit reposer sur une cause suffisamment sérieuse. Dans le cas contraire, « l'employeur pourrait invoquer toute réaction, même la plus anodine et s'ériger ainsi en censeur de tous les choix de vie du salarié »[1321].

Ainsi, une même situation pourra générer des troubles à des degrés différents, et donc justifier ou non un licenciement. Ainsi, par principe le licenciement du salarié résultant d'infractions commises dans sa vie privée ne peut être retenu, faute de caractérisation du trouble, et ce quelque soit l'infraction commise[1322]. Néanmoins le licenciement reste possible, à condition toutefois de caractériser le risque de discrédit sur l'entreprise ainsi causé par les faits délictueux[1323]. Toutefois, depuis quelques années, la Cour de cassation tend à se livrer à une appréciation extensive tendant à justifier le trouble par une obligation de probité[1324] dévolue au salarié. Ainsi, la Cour a pu valider le licenciement d'une employée de banque alors poursuivie pour une affaire de vol et de trafic de véhicules, en retenant que cette dernière était astreinte à une obligation particulière de

---

[1320] « Il est inévitable de causer des troubles à son voisin et chacun a l'obligation d'en supporter les inconvénients normaux, sans pouvoir être indemnisé. Mais le dommage anormal, parce qu'excessif, doit être réparé, même s'il est commis sans faute » *:* P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « Les obligations », *Défrénois*, 2003, n° 123 ; *cf* par ex. Cass. civ. 3ème, 24 octobre 1990, *Bull. civ.* III., 1990, n° 295. *cf* ég. en ce sens, C. GUILLEMAIN, thèse préc.

[1321] C. MATHIEU-GÉNIAUT, « L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question », *op. cit.*

[1322] Aide au séjour irrégulier d'un étranger : Cass. soc., 16 décembre 1997, n° 95-41326, *op. cit.* ; condamnation pénale pour violences commises sur une mineure : Cass. soc., 19 décembre 2007, n° 06-41.731, Inédit ; un employé de banque ayant émis des chèques sans provisions : Cass. soc., 30 juin 1992, n° 89-43.840, *op. cit.* ; un employé du CEA poursuivi pour extorsion de fonds et portant une arme lors de son interpellation en flagrant délit : Cass. soc., 26 février 2003, n° 01-40.255, Inédit : *Dr. soc.*, 2003, p. 630.

[1323] Un employé d'une société de gardiennage se livrant à des vols à l'étalage dans une entreprise cliente en dehors de son temps de travail, « ce qui avait entraîné un retentissement sur le crédit et la réputation » de l'entreprise qui l'employait : Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 89-44.605, *op. cit.* ; l'agent de vente ayant commis un vol dans un supermarché relevant de son secteur de prospection, ces agissements ayant « nui gravement à la réputation de l'employeur et avaient contraint celui-ci à procéder à son remplacement en raison du refus de poursuite des relations avec ce salarié opposé par un groupe de 56 magasins » : Cass. soc., 3 décembre 2002, n° 00-44.321, Bull. civ. V, 2002, nº 361.

[1324] Qui n'est pas sans rappeler la moralité réclamée par d'anciennes jurisprudences : Cass. soc., 22 février 1961, *Bull. civ. IV*, 1961, p. 508, laquelle a admis un licenciement par précaution d'un salarié suspecté par les services de police d'être mêlé à un incendie de dépôts d'essence mais contre lequel aucune charge n'avait finalement été retenue ; V. not. M. DESPAX, 1963, *op. cit.*

probité, et que dès lors ces faits avaient créé un trouble caractérisé au sein de l'établissement[1325].

Cette décision a été critiquée par une partie de la doctrine, laquelle a relevé fort justement que la Cour n'a donné « aucun indice sur la réalité du trouble et encore moins sur son intensité » [1326], aucun élément de l'arrêt ne permettant au lecteur « d'identifier la réalité et l'importance de la réaction de la clientèle ou du personnel de l'entreprise »[1327].

Par ailleurs, le rattachement opéré à son obligation de loyauté laisse apparaître un lien « beaucoup plus lâche »[1328] entre les actes reprochés à la salariée et sa fonction, en comparaison avec de précédentes décisions ayant abouties à une solution similaire[1329].

Ce « retour en arrière discutable »[1330] opéré par la Cour vient s'ajouter à une autre tendance, toute aussi critiquable, consistant en l'intégration « artificielle »[1331] d'éléments de la vie privée au sein de la vie professionnelle[1332], ayant pour effet non seulement de permettre le licenciement disciplinaire mais aussi celui d'écarter l'appréciation objective des faits reprochés.

Ces derniers éléments participent ainsi à un risque accru d'insécurité juridique, qu'une construction jurisprudentielle équilibrée[1333] avait pu un temps écarter, soulevant alors la nostalgie d'une partie de la doctrine souhaitant un retour sur ces bases[1334]. Pourtant la jurisprudence des années 1990 comportait déjà une brèche, la Cour de cassation ayant approuvé dans son arrêt *Léger*, le licenciement d'un agent de surveillance pour un vol à l'étalage hors de son temps de travail, en raison de la nécessité pour l'entreprise de gardiennage qui l'employait de disposer d'un « personnel dont la probité ne peut être

---

1325 Cass. soc., 25 janvier 2006, n° 04-44.918, *Bull. civ. V,* 2006, n° 26 : *JCP G*, n°13, II, 10049, note B. BOSSU ; *JCP E*, 2006, n° 1507, note C. PUIGELIER ; *Dr. soc.*, 2006, p. 839, comm. J. MOULY et p. 848, comm. C. MATHIEU-GENIAUT.

1326 B. BOSSU, *op. cit.*

1327 *Ibid.*

1328 J. MOULY, *op. cit.*

1329 Cass. soc., 25 février 2003, n° 00-42.031, *op. cit.* : Dr. soc., 2003, p. 625, obs. J. SAVATIER, *contra* v. not. Cass. soc. 26 février 2003, n° 01-40.255, Inédit (même note).

1330 J.-Y. FROUIN, « Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », *JCP S*, 2010, 1087.

1331 *Ibid.*

1332 Cass. soc., 2 décembre 2003, n° 01-43.227, *Bull. civ. V*, 2003, n° 304 ; v. ég., Cass. soc., 19 mars 2008, n° 06-45.212 (licenciement d'un chauffeur en raison de son retrait de permis) : C. VIGNEAU, « Le rattachement des faits de la vie personnelle à la vie professionnelle : la Cour de cassation persiste », *Dr. soc.*, 2008, p. 818.

1333 J. MOULY, « Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance », *op. cit.*

1334 J.-Y. FROUIN, *op. cit.* ; B. BOSSU, « L'ascension du droit au respect de la vie personnelle », J*CP S*, 2015, 1241 ; Ph. WAQUET, « Le "trouble objectif dans l'entreprise" : une notion à redéfinir », *RDT*, 2006, p. 304 ; J. MOULY, op. cit. ; P.-H. ANTONMATTEI, « Le licenciement pour trouble objectif », *Dr. soc.*, 2012, p. 10.

mise en doute » et que les faits reprochés avaient ainsi « entraîné un retentissement sur le crédit et la réputation de cette dernière »[1335]. Si depuis 2006, la Cour semble s'être rapprochée de solutions antérieures[1336], le spectre de l'arrêt *Léger* demeure et peut ressurgir à tout moment une certaine subjectivité dans l'appréciation de la cause de licenciement inhérent à la personne du salarié.

313. – Un risque similaire de subjectivité s'observe dans l'appréhension de la modification du contrat et du changement des conditions de travail. Il a déjà été montré la tendance à l'effacement des frontières par l'appréciation *in concreto* à laquelle se livre la jurisprudence. Cette dernière, soucieuse notamment de vouloir « concilier subordination et liberté contractuelle avec la garantie des droits fondamentaux du salarié »[1337], doit parfois se livrer à certaines adaptations dans l'appréciation de la modification du contrat. En effet, certains éléments « sont à la charnière entre vie privée et vie professionnelle dont ils fixent les frontières "physiques" »[1338]. S'agissant notamment des horaires, le salarié adaptera sa vie personnelle à ceux convenus lors de la conclusion du contrat. Ces derniers étant considérés hors du socle contractuel, le refus du salarié de leur changement, pourra constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement[1339], conduisant les juges à évaluer le degré d'insubordination, exercice par nature subjectif[1340]. De même, la Cour de cassation a pu développer certains éléments d'appréciation permettant la protection de la liberté de la vie privée du salarié, notamment par la prise en compte d'abord de l'ampleur du changement des conditions de travail[1341], ensuite de leur impact sur le droit au repos et sur la vie personnelle et familiale du salarié[1342]. Quelque soit la notion mobilisée, il s'agit finalement de protéger

---

[1335] Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 89-44.605, *op. cit.*
[1336] Cass. ch. mixte,18 mai 2007, n° 05-40.803, *op. cit.* : *JCP S,* 2007, 1538, comm. A. BARÈGE et B. BOSSU ; *D.*, 2007, p. 2137, comm. J. MOULY.
[1337] M.-C. ESCANDE-VARNIOL, *op. cit*
[1338] *Ibid.*
[1339] Cass. soc., 10 juillet 1996, *op. cit.* ; s'agissant du refus d'un changement des horaires de travail, *cf* not. Cass. soc., 2 février 1999, n° 96-42.831, *Bull. civ. V*, 1999, n° 47 ; Cass. soc., 22 février 2000, n° 97-44.339, *Bull. civ. V,* 2000, n° 67 : *D.* 2000, p. 377, obs. T. AUBERT-MONPEYSSEN.
[1340] G. GÉLINEAU-LARRIVET reconnaît qu'en matière de changement des conditions de travail on est « conduit nécessairement à rechercher si l'intéressé a ou non commis une faute, ce qui relève, à l'évidence, du subjectif », Journées d'études des 29 et 30 septembre 1999 ENM, INT et AFDT, p. 17.
[1341] Ainsi, d'un passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit : Cass. soc., 27 février 2001, n° 98-43.783, *Bull. civ. V*, 2001, n° 61 ; *cf infra*, n° 436.
[1342] Cass. soc., 17 octobre 2000, n° 98-42.177, *Bull. civ. V*, 2000, n° 327 et 328 : *RJS,* 12/00, n° 1306 ; *RJS*, 12/00, n° 1222 ; Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-14.702, *op. cit.* ; Cass. soc., 8 novembre 2011, n° 10-19.339, Inédit.

la liberté de la privée, ce qui rend plausible d'envisager l'hypothèse d'une référence plus systématique à cette notion plus générale.

314. – Le refus de la modification du lieu de travail, élément contractuel, devrait *a priori* laisser à l'écart toute appréciation *in concreto*. Néanmoins, la conception souple de la notion de lieu, par référence au secteur géographique, confère à ce dernier une dimension variable, selon les situations. Ainsi, la Cour de cassation a pu considérer en tant que changement des conditions de travail, le déplacement du lieu de travail dans une même région[1343], dans un bassin d'emploi[1344], dans la couronne urbaine[1345] ou encore dans un même département[1346]. Les juges tentent de renverser cette subjectivité en mobilisant des indicateurs faisant tantôt pencher la balance du côté de la modification du contrat de travail, tantôt du côté d'un simple changement des conditions de travail, tels que : la distance[1347], le temps de trajet[1348] ou encore les facilités de transports[1349]. Néanmoins, faute de seuils fixés par la jurisprudence permettant de déterminer une frontière entre pouvoir de direction et force contractuelle, une subjectivité demeure.

315. – Ainsi, l'évaluation de la justification des atteintes, bien que guidée par un désir d'objectivation, laisse demeurer une part de subjectivité, incompressible. Celle-ci reste inhérente au pouvoir d'appréciation du juge confronté à une diversité de situations entraînant tantôt la prise en compte des intérêts de l'entreprise, tantôt la protection des droits et libertés du salarié, permettant ainsi d'assurer une certaine liberté dans sa vie privée. La jurisprudence ne s'est toutefois pas contentée d'étudier uniquement le fondement des atteintes à la vie privée, en élargissant son contrôle à leurs effets.

[1343] Région parisienne : Cass. soc., 20 octobre 1998, n° 96-40.757, *Bull. civ. V*, 1998, n° 431 : *RJS*, 1/99 n° 8.
[1344] Cass. soc., 26 janvier 2011, n° 09-40.285, Inédit.
[1345] Cass. soc., 3 mai 2006, n° 04-41.880, *Bull. civ. V*, 2006, n° 158.
[1346] Cass. soc., 23 mai 2013, n° 12-15.461, Inédit.
[1347] Cass. soc., 17 novembre 2010, n° 09-66.755, Inédit ; Cass. soc., 25 octobre 2011, n° 10-21.191, Inédit ; Cass. soc., 12 avril 2012, n° 11-15.971, Inédit.
[1348] Modification du contrat : Cass. soc., 26 janvier 2011, n° 09-40.285, *op. cit.*
[1349] Changement des conditions de travail : Cass. soc., 25 janvier 2006, n° 04-41.763, *op. cit.* ; Cass. soc., 16 novembre 2010, n° 09-42.337 ; *contra* : Cass. soc., 15 juin 2004, n° 01-44.707

SECTION 2 : DES ATTEINTES CONTENUES DANS LEURS EFFETS

316. – L'admission restreinte des possibilités d'attenter au respect à la vie hors travail du salarié a permis de garantir un premier niveau de protection. Un renforcement a été opéré par la jurisprudence par la volonté d'atténuer les effets pouvant découler de ces atteintes. En effet dépassant l'analyse de la cause de ces atteintes, les juges se sont également employés à contenir leurs conséquences juridiques. Si parmi ces dernières, le licenciement constitue la principale matérialisation de l'atteinte, ce contrôle s'applique plus généralement sur la mise en œuvre de toute décision pouvant avoir un effet sur l'existence ou l'exécution du contrat de travail[1350].

Ainsi, le juge a t-il dû se prononcer sur la portée de la prise en compte d'un élément de la vie privée du salarié dans le cadre de l'exercice par l'employeur de son pouvoir de sanction (§1). Par ailleurs, la jurisprudence s'est également employée à neutraliser les effets de ces atteintes, notamment en cas de défaut de justification de celles-ci (§2).

§1 : La limitation du pouvoir de sanction

317. – Si le pouvoir disciplinaire résulte de la faculté pour l'employeur de prononcer une sanction, celle-ci suppose alors une faute commise par le salarié. Cette dernière n'étant pas définie légalement[1351], elle semble d'appréciation subjective. En effet, l'employeur est libre de considérer un élément comme fautif et de le sanctionner au titre de son pouvoir disciplinaire. Cette liberté n'est cependant pas totale, car en cas de contentieux, le contrôle judiciaire de la sanction disciplinaire[1352] permet d'évaluer la justification et la proportionnalité. Certains éléments ont été progressivement mis à l'écart de toute considération de faute. La vie privée du salarié a constitué un fondement de cette limitation du pouvoir disciplinaire de l'employeur (A). Néanmoins, cette mise à

[1350] Le licenciement n'est pas la seule sanction concernée mais également d'autres sanctions moins sévères peuvent être visées, ex. : un célèbre arrêt déjà évoqué concernait une « rétrogradation avec réduction corrélative de son salaire » : Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, *op. cit.* ; d'une manière générale, on parle de pouvoir disciplinaire incluant donc l'ensemble de l'échelle des sanctions.

[1351] Article L. 1331-1 du Code du travail : « Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ».

[1352] Article L. 1333-1 du Code du travail lequel charge le conseil de prud'hommes d'apprécier, en cas de litige, « si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction ».

l'écart de principe a connu quelques tempéraments, notamment par le biais d'un rattachement au contrat de travail (B).

A/ Le détachement de la vie privée du pouvoir disciplinaire

318. – L'affirmation d'une vie extra-professionnelle[1353] du salarié implique de placer à l'écart du rapport de travail tous les éléments relevant de la liberté de la vie privée de ce dernier. En effet, dès lors qu'il a quitté son travail, le salarié se trouve détaché de toute subordination vis-à-vis de son employeur, lequel n'est plus en droit de lui donner des ordres, et encore moins de sanctionner des actes commis par lui durant cette période de liberté[1354]. « Il échappe par conséquent à son pouvoir de direction et, du même coup, à son pouvoir disciplinaire » [1355]. « Il existe donc une présomption de non-application des règles du travail – et donc de l'autorité de l'employeur – dans la vie personnelle »[1356].

319. – Si cette exclusion du pouvoir disciplinaire a déjà pu être affirmée par des jurisprudences anciennes[1357], un cadre n'est réellement apparu qu'avec les arrêts de principe rendus en matière de reconnaissance de la vie privée du salarié au début des années 1990. En effet, en se concentrant sur la nécessité d'une cause réelle et sérieuse, la Cour de cassation va condamner les licenciements disciplinaires reposant sur des éléments appartenant à la vie privée du salarié. On songe particulièrement à la jurisprudence sur la perte de confiance[1358], ou encore à l'arrêt *Painsecq* consacrant l'impossibilité de s'appuyer sur les mœurs du salarié pour justifier un licenciement[1359]. Si ces décisions ne mentionnent pas expressément cette mise à l'écart du pouvoir disciplinaire[1360], elles ont tout de même abouti au rejet de licenciements disciplinaires dans les espèces concernées. La doctrine qui s'est exprimée à l'occasion des nombreux

---

[1353] M. DESPAX, *op. cit.*
[1354] Ainsi, une sanction ne peut intervenir *a priori* que dans la relation de travail : A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, Sirey, 1958, p. 779.
[1355] J. MOULY, « Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance », *op. cit.*
[1356] Ph. WAQUET, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *op. cit.*
[1357] Cf. par exemple Cass. soc., 5 février 1959, *op. cit.*
[1358] Cass. soc., 29 novembre 1990, *Fertray*, *op. cit.*
[1359] Cass. soc., 17 avril 1991, *op. cit.*
[1360] Tout au plus la Cour a pu préciser peu après l'exclusion du « licenciement », sans autre qualification explicite, en estimant de façon générale qu'« il ne peut être procédé à un licenciement pour une cause tirée de la vie privée du salarié » : Cass. soc., 22 janvier 1992, *op. cit.* ; Cass. soc., 30 novembre 1992, *op. cit.*

commentaires relatifs à ces décisions, s'est alors saisie de la question de la qualification du licenciement[1361].

320. – Selon une partie des auteurs, le rejet du licenciement disciplinaire semblait tenir davantage de la nécessité d'une cause réelle et sérieuse, que de la volonté expresse d'exclure l'application du pouvoir disciplinaire. En effet, l'intérêt de l'arrêt *Painsecq* ne réside pas tant dans la récusation du licenciement disciplinaire, que dans la consécration d'un nouveau motif de licenciement, le trouble caractérisé. S'est alors posée la question de la place de la faute et donc du pouvoir disciplinaire lorsque ce motif est avancée. Un commentateur de cette dernière décision[1362] s'est ainsi interrogé sur la mobilisation par la Cour de textes relatifs au licenciement disciplinaire[1363]. Selon lui, il semblait ne pas y avoir application de tels textes car il est « difficile de qualifier de fautes disciplinaires des agissements du salarié relevant de sa vie privée et totalement étrangers à sa prestation de travail », la discipline s'exerçant « seulement lorsque le travailleur se trouve sous l'autorité de l'employeur ». À défaut de faute, le licenciement intègre alors la catégorie plus vaste des licenciements non disciplinaires[1364]. Certains auteurs ont d'ailleurs proposé de requalifier le trouble objectif en inaptitude, estimant que le salarié dans cette affaire était « par son comportement, devenu incapable de remplir correctement ses fonctions »[1365].

Ces réflexions doctrinales semblent avoir trouver une résonance auprès de la Cour de cassation, laquelle a pu profiter de l'émergence de la notion de vie personnelle pour adopter une position plus claire au sujet de la place du pouvoir disciplinaire de l'employeur.

321. – La consécration de la notion de vie personnelle a entraîné la reconnaissance plus nette de cette mise à l'écart du pouvoir disciplinaire. Si le premier arrêt de la Cour de cassation mobilisant cette notion nouvelle ne se positionne pas clairement à ce sujet, se contentant d'indiquer que « les agissements du salarié dans sa vie personnelle n'étaient

---

[1361] V. not. J. PÉLISSIER, note ss Cass. soc., 29 novembre 1990, *op. cit.* ; J. SAVATIER, « Le licenciement, à raison des mœurs, d'un salarié d'une association à caractère religieux », *op. cit.*
[1362] J. SAVATIER, *op. cit.*
[1363] Visa de la Cour : article L. 122-35 devenu article L. 1321-3 et article L. 122-45 devenu article L. 1134-2 du Code du travail.
[1364] I. GALLOT, « La cause des licenciements non disciplinaires », *op. cit.*
[1365] A. SÉRIAUX, note ss Cass soc., 17 avril 1991, *op. cit.*

pas constitutifs d'une cause de licenciement »[1366], la décision qui a suivi énonce de manière très explicite qu' « un fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne peut constituer une faute »[1367].

En l'espèce, une étude notariale avait licencié un de ses clercs condamné pour aide à un séjour irrégulier d'un étranger, eu égard à la diffusion régionale d'un article de presse relatant cette information et rédigé en des termes de « nature à nuire à la bonne réputation de l'office notarial ». Le visa de l'article L. 122-40 du Code du travail[1368] témoigne dès lors de la volonté des juges de placer à l'écart le licenciement disciplinaire. La faute est désormais bannie dès lors que les éléments reprochés, quelque soit leur impact, appartiennent à la « vie personnelle »[1369]. Saluée par la doctrine[1370], cette solution a pu être confirmée à plusieurs reprises par la même Cour[1371], notamment pour des sanctions autres que le licenciement[1372]. Néanmoins, l'abandon de la faute ne résout pas le sort des autres fautes, sous-entendu non-disciplinaires. Un auteur se posait déjà cette question : « Comment traiter alors des fautes commises au cours de sa vie personnelle [du salarié], sans rapport avec les ordres donnés pour l'exécution de la prestation de travail et qui nuisent à l'employeur ou à la bonne marche de l'entreprise ? »[1373].

322. – Certains auteurs estiment que la faute ne sert pas « à déterminer le champ d'application des règles de droit disciplinaire »[1374]. Partant de cette idée, la notion de

---

[1366] Cass. soc., 14 mai 1997, n° 94-45.473, *op. cit.*

[1367] Cass. soc., 16 décembre 1997, n° 95-41.326, *op. cit.*

[1368] Devenu L. 1331-1, *op. cit.*

[1369] Ainsi en matière d'infractions pénales commises par le salarié dans sa vie personnelle : Cass. soc., 26 février 2003, n° 01-40.255, *op. cit.* : J. SAVATIER, *Dr. soc.*, 2003, p. 620 ; dans le même sens, dans le cas du blocage d'un péage : Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-41.374, *op. cit.* : *RDT*, 2007, p. 586, obs. T. AUBERT-MONPEYSSEN.

[1370] Des auteurs particulièrement autorisés affirment ainsi que le trouble caractérisé constitue une cause objective de licenciement mais non une faute disciplinaire : R. de la TOUR, « La vie personnelle du salarié. Étude sur la jurisprudence récente de la Cour de cassation », rapport Cour cass. 1999, La Documentation française 2000, p. 19 ; J-Y FROUIN, « La protection des droits, de la personne et des libertés du salarié », *CSBP*, 1998, n° 99, p. 123. spéc. note 3 ; Ph. WAQUET « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », *Dr. soc.*, 2000, p. 1051.

[1371] *Cf* not. Cass. soc., 11 juillet 2000, n° 98-42.305, Inédit ; Cass. soc., 26 septembre 2001, n° 99-43.636, Inédit ; Cass. soc., 21 octobre 2003, n° 00-45.291 et 01-44.761, *Bull. civ. V*, 2003, n° 259.

[1372] Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, *op. cit.* : « rétrogradation avec réduction corrélative de son salaire ».

[1373] M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « Le fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne peut constituer une faute », *JCP E*, 1999, p. 1247.

[1374]: J. PÉLISSIER, « Le licenciement disciplinaire », *op. cit.* : « Le Code du travail part de la notion de sanction et non de la notion de faute pour présenter l'ensemble des règles de droit disciplinaire ».

faute pourrait donc être utilisée pour désigner un comportement de nature à pouvoir justifier une rupture du contrat de travail mais situé en-dehors du droit disciplinaire.
Ainsi, la notion de trouble caractérisé a pu un temps être assimilée à une faute. En effet, la Cour de cassation a retenu la faute grave à l'encontre d'un salarié d'une banque mêlé à une affaire de vol et de trafic de voitures, en raison notamment du trouble créé au sein de son entreprise[1375]. Cet arrêt peut paraître en lui-même « troublant », rappelant d'ailleurs une solution plus ancienne[1376]. La critique de la doctrine de cette incursion du disciplinaire[1377], a pu trouver une réception favorable auprès de la Cour, réunie en chambre mixte pour l'occasion, laquelle affirme désormais clairement « qu'un trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise ne permet pas en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est survenu »[1378]. Le trouble objectif étant causé par un fait de la vie privée du salarié, la Cour a donc rattaché cette immunité à celle dont bénéficie la vie personnelle : « un fait de la vie personnelle occasionnant un trouble dans l'entreprise ne peut justifier un licenciement disciplinaire »[1379].

323. – Néanmoins, si le disciplinaire est écarté, l'entreprise peut tout de même rompre le contrat de travail pour un motif non-disciplinaire[1380], révélant ainsi la « fonction palliative »[1381] du trouble objectif caractérisé. Pour autant, si la rupture est possible, le salarié bénéficie tout de même d'une protection en écartant la possibilité de toute autre sanction, ainsi que des effets qui leurs sont attachés. Ainsi, le licenciement pour faute grave n'étant plus admis, il paraît donc impossible de pouvoir écarter physiquement le salarié de l'entreprise et ce même si le trouble est caractérisé et la menace que celui-ci entraîne sur l'entreprise est avérée. S'il le désire, l'employeur pourra toujours dispenser

---

[1375] Cass. soc., 25 janvier 2006, *op. cit.*
[1376] Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 89-44.605, *op. cit.*
[1377] « Cette position n'était plus tenable. A partir du moment où un salarié exerce un droit ou une liberté, sans abus de sa part, il ne peut commettre une faute » : Ph. WAQUET, « Le "trouble objectif dans l'entreprise" : une notion à redéfinir » ; *RDT*, 2006, p. 304 ; *contra* P. SARGOS, « Interférences des droits, libertés et devoir en matière de licenciement disciplinaire », *BICC*, 15 oct. 2004, n° 606, p. 3, n° 31.
[1378] Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, *op. cit.*
[1379] Cass. soc., 9 mars 2011, n° 09-42.150, *Bull. civ. V*, 2011, n° 69 : *JCP S*, n° 1230, note J. MOULY.
[1380] *Cf* not. Cass. soc., 4 décembre 2007, n° 06-42.795 ; Cass. soc., 14 septembre 2010, n° 09-65.675.
[1381] « destinée à tempérer la séparation entre la vie personnelle du salarié et son activité professionnelle et l'interdiction corrélative faite à l'employeur d'imputer à faute à son personnel des comportements relevant de la sphère privée » : J. MOULY, « Secret des correspondances, trouble objectif dans l'entreprise et vie personnelle du salarié : le rejet du "tout disciplinaire" », *D.*, 2007, p. 2137.

le salarié de la réalisation de son préavis[1382]. Le disciplinaire peut donc être écarté. Il n'appartient pas au juge d' « inventer » une faute pour satisfaire les seuls intérêts de l'employeur[1383].

Le contrôle opéré par le juge semble alors s'inscrire dans une vision « institutionnelle »[1384] du pouvoir disciplinaire. Ce dernier devant être mis en œuvre par le chef d'entreprise « dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien »[1385], le juge contrôlera la « fidélité de l'exercice à l'investiture »[1386]. Le pouvoir disciplinaire, « inhérent à la qualité de patron »[1387], est donc « un pouvoir finalisé dont l'exercice peut être soumis à un contrôle de conformité à la finalité poursuivie »[1388].

Néanmoins, le rapport de travail ne saurait uniquement être interprété à l'aune de l'exercice d'une autorité émanant de l'employeur. À l'opposé, la jurisprudence récente semble alors lui préférer une approche reposant davantage sur le contrat en tant mode de régulation des rapports au travail.

B / Le rattachement de la vie privée au contrat de travail

324. – La référence au contrat dans l'analyse du pouvoir disciplinaire de l'employeur, ne remet pas en cause l'idée d'une mise à l'écart de la vie privée du salarié. En effet, dès lors que celui-ci se trouve en-dehors de l'exécution de ses obligations professionnelles, les faits pouvant appartenir à sa sphère privée se situent « hors du champ contractuel »[1389], et ne peuvent constituer un licenciement pour motif disciplinaire[1390]. Inversement, comme l'a rappelé la Cour de cassation, tout « manquement de l'intéressé à ses

---

[1382] Article L. 1234-5 du Code du travail.

[1383] J. MOULY, « Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance », *op. cit.*

[1384] La vie d'un corps social serait compromise si l'autorité responsable ne pouvait sanctionner les règles de conduites imposées aux membres du groupe » : P. Durand, Traité de droit du travail, *Dalloz*, 1947, t. I, p. 437. Dans le même sens, J. BRÈTHE de la GRESSAYE, « Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise », *Dr. soc.* 1960, p. 633., spéc. p. 634 ; F. GIVORD qualifie cette conception de « moderne », par rapport à la conception contractuelle « classique » : « Rapport français », in *Actes du Vème Congrès international de droit du travail et de la sécurité sociale*, Lyon, 1963, t. II, p. 751 s., spéc. p. 754.

[1385] É. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, thèse, 1981, Paris II, spéc. n°20, p. 21.

[1386] G. CORNU, préf. thèse E. Gaillard, *op. cit.*, spéc. p. 3.

[1387] Cass. soc. ,16 juin 1945 : *Dr. soc.*, 1946, p. 427, note P. DURAND ; *cf* la « théorie du pouvoir inhérent » en droit japonais : T. YAMAGUCHI, « Le pouvoir de direction dans les entreprises japonaises », *in* Les transformations du droit du travail, *op. cit.*, p. 431.

[1388] S. FROSSARD, « Les évolutions du droit disciplinaire », *D.*, 2004, p. 2450.

[1389] F. GAUDU, « Le licenciement pour perte de confiance », *op. cit.*

[1390] J. MOULY, *Dr. soc.*, 2006, *op. cit.*

obligations découlant du contrat »[1391], quand bien même il découlerait d'un fait de la vie privée du salarié, légitime la sanction. Ainsi, « la sanction que peut prononcer l'employeur n'est qu'un aspect des conséquences qu'est susceptible d'avoir une faute du salarié dans l'exécution de son contrat »[1392]. La mobilisation du contrat comme référence permet donc d'abandonner une vision plus personnifiée du pouvoir, en se fixant sur la chose des parties. Comme le souligne très justement un auteur : « en droit, si le salarié est tenu d'obéir à l'employeur, ce n'est pas parce que ce dernier est naturellement un chef, ni parce qu'il est en fait puissant, ni parce que cela découle de sa puissance économique. En droit français, seul le contrat individuel de travail peut être reconnu comme norme d'habilitation du pouvoir juridique de l'employeur. Cette interprétation est la seule qui permette d'identifier la source juridique du pouvoir et l'élément essentiel de sa justification. C'est bien en effet parce que le salarié a consenti par contrat au pouvoir de l'employeur qu'il y est juridiquement soumis »[1393].

325. – Ainsi admis dans le rapport contractuel[1394], le pouvoir de l'employeur sera encadré juridiquement par référence au contrat. Néanmoins, cela nécessite d'identifier ce qui relève ou non du contrat et donc ce qui peut être considéré comme une faute contractuelle ou non. Dans ce cadre, il est admis qu'il peut sembler « difficile de qualifier de fautes disciplinaires des agissements du salarié relevant de sa vie privée et totalement étrangers à sa prestation de travail »[1395]. En effet, cette dernière constituant l'objet du contrat de travail, seule son inexécution ou sa mauvaise exécution volontaire peuvent *a priori* constituer une faute contractuelle, sanctionnée au plan disciplinaire. À ce sujet, s'est posée la question de l'incidence des faits de la vie privée sur cette exécution. En effet, certains évènements peuvent parfois conduire le salarié à ne plus pouvoir fournir le travail convenu. Le cas le plus courant est celui de la maladie et

---

[1391] Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-67.464, *Bull. civ. V*, 2011, n° 105 : *JCP*, 2011, 1275, note J. MOULY ; *JCP S*, 2011, n° 1312, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *cf* déjà, CE, 15 décembre 2010, n° 316856 : *RDT*, 2011, p. 99, concl. G. DUMORTIER ; *RDT*, 2011, p. 116, note P. ADAM ; Cass. soc., 23 juin 2009, n° 07-45.256, *Bull. civ. V*, 2009, n° 160 : *RDT*, 2009, p. 657, obs. C. MATHIEU-GÉNIAUT ; *JCP G*, 2009, 243, note D. CORRIGNAN-CARSIN.

[1392] D. FROSSARD, *Ibid.*

[1393] E. DOCKÈS, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en Droit social, Etudes offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 203.

[1394] Le pouvoir peut être admis dans le rapport contractuel, *cf* P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, LGDJ, 2004.

[1395] J. SAVATIER, « Le licenciement, à raison de ses mœurs, d'un salarié d'une association à caractère religieux », *op. cit.*

conduit à une simple suspension du contrat de travail[1396]. Une même solution a été adoptée par la jurisprudence en matière de détention provisoire du salarié pour des faits ne se rattachant pas à son activité professionnelle[1397]. Dans les deux cas, la suspension est limitée dans le temps et n'entraîne pas de dysfonctionnement important de l'entreprise. Certes, l'absence temporaire nécessite une réorganisation ou un remplacement, mais l'impact reste limité et ne justifie pas de rupture de contrat sur ces motifs. À l'inverse, les juges admettent le licenciement en cas de perturbation du bon fonctionnement de l'entreprise causé par les absences à répétition[1398].

326. – Cette solution semble équilibrée et a trouvé également application lorsque le salarié ne peut plus remplir sa fonction contractuelle, bien que présent physiquement, en raison d'une incapacité temporaire. Ainsi, le cas de la suspension du permis de conduire a conduit la Cour de cassation à hésiter sur les effets qu'un tel élément appartenant à la vie privée du salarié, pouvait produire au plan disciplinaire. C'est par le biais du défaut d'exécution du contrat que les hauts magistrats ont dans un premier temps admis le licenciement du salarié privé de sa capacité de conduire son véhicule professionnel[1399]. Néanmoins, sous l'impulsion d'une solution contraire adoptée par le Conseil d'Etat[1400], la Cour a revu sa position en déclarant que « le fait pour un salarié qui utilise un véhicule dans l'exercice de ses fonctions de commettre, dans le cadre de sa vie personnelle, une infraction entraînant la suspension ou le retrait de son permis de conduire ne saurait être regardé comme une méconnaissance par l'intéressé de ses obligations découlant de son contrat de travail »[1401], de tel sorte qu'il ne peut justifier un licenciement disciplinaire[1402]. Abandonnant ainsi le « rattachement » à la vie

[1396] Cass. soc. 24 octobre 1990, n° 87-44.969, Inédit.
[1397] Cass. soc., 21 novembre 2000, n° 98-41.788, *Bull. civ. V,* 2000, n° 383 : *RJS*, 1/01, n°26, Chr. J.-Y. FROUIN p. 3 ; *Adde,* Cass. soc., 16 septembre 2009, n° 08-42.816, Inédit.
[1398] Cass. ass. plén., 22 avril 2011, n° 09-43.334, Bull. ass. plén., 2011, n°3 : *JCP*, 2011, n° 723, note F. DUMONT ; *JCP E*, 2011, n° 1491, comm. J. COLONNA et V. RENAUX-PERSONNIC ; *RDT*, 2011, p. 732, note B. LARDY-PÉLISSIER ; *Adde* Cass. soc., 21 septembre 2011, n° 10-15.127, Inédit.
[1399] Cass. soc., 2 décembre 2003, n° 01-43.227, *Bull. civ. V,* 2003, n° 304 : *JCP G*, 2004 II, n° 10025, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *D.*, 2004, p. 2462, note B. BOUDIAS ; *Dr. soc.*, 2004, p. 550, note J. SAVATIER - « le fait pour un salarié affecté en exécution de son contrat de travail à la conduite de véhicules automobiles de se voir retirer son permis de conduire pour des faits de conduite sous l'empire d'un état alcoolique, même commis en dehors de son temps de travail, se rattache à sa vie professionnelle » ; dans le même sens : Cass. soc., 19 mars 2008, n° 06-45.434, Inédit : *Dr. soc.*, 2008, p. 822, note C. VIGNEAU.
[1400] CE, 15 décembre 2010, Req. n° 316856, *op. cit.*
[1401] Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-67.464, *op. cit.*
[1402] L'employeur conserve la possibilité de licencier le salarié en apportant la preuve d'un trouble objectif caractérisé induit par la suspension du permis de conduire, ce qui ne peut être vraisemblablement le cas lorsque le salarié n'est pas affecté exclusivement à une activité de conduite : *cf* not. Cass. soc., 4 mai 2011,

professionnelle opéré dans la première décision, la Cour s'est alignée sur sa jurisprudence en matière de mise à l'écart de la sanction en matière de vie privée du salarié. Néanmoins, d'autres voies de rattachement se sont révélées moins protectrices.

327. – L'exécution du contrat appelle d'autres obligations, inhérentes à tout contrat[1403] ou spécifiques au contrat de travail[1404]. Le législateur a ainsi pu rappeler utilement l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail[1405]. Le champ contractuel s'étend donc aux obligations participant à la bonne exécution de la prestation de travail et ne semble pas *a priori* porter atteinte à la vie privée du salarié, à condition toutefois de bien cerner le périmètre d'inclusion.
S'appuyant sur une vision étendue de la faute contractuelle, la jurisprudence a admis en tant que violation d'une « obligation découlant du contrat » [1406], certains éléments relevant pourtant de la vie privée du salarié. Ce rattachement au contrat s'est opéré de deux manières.

328. – D'une part, la Cour de cassation a admis à plusieurs reprises la violation d'une obligation contractuelle en raison des fonctions exercées par le salarié. Les faits sont rattachés à la vie professionnelle car ils se sont déroulés sur le lieu de travail[1407] ou en raison de l'utilisation par le salarié de moyens fournis par l'entreprise[1408]. Néanmoins, la Cour a parfois opéré un rattachement plus général à la vie professionnelle du salarié, sans fournir d'explications plus précises. A titre d'exemple, les hauts magistrats ont pu admettre le licenciement d'un salarié, lequel « avait agressé un de ses subordonnés chargé de récupérer un véhicule de l'entreprise à son domicile, ce dont il résultait que

---

n° 09-43.192, Inédit ; Cass. soc., 18 janvier 2012, n° 10-30.677, Inédit ; Cass. soc., 15 avril 2016, n° 15-12.533, Inédit.

[1403] Y. PICOD, « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », thèse, 1987, Dijon, préf. G. COUTURIER, 1989, LGDJ ; Article 1104 du code civil : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi », introduit par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, anc. Article 1134 al. 3 du Code civil.

[1404] « Mais le contrat de travail comporte d'autres obligations dont la violation ne peut sans doute pas être qualifiée de faute disciplinaire. C'est le cas pour l'obligation de réserve ou de loyauté, qui pèse sur le salarié même dans sa vie extra-professionnelle. C'est cette obligation qui vient alors limiter sa liberté et non pas le rapport de subordination. » : J. SAVATIER, « Le licenciement, à raison de ses mœurs, d'un salarié d'une association à caractère religieux », *op. cit.*

[1405] Article L. 1222-1 du Code du travail.

[1406] *Cf supra,* note n° 1391.

[1407] Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-43.823, *Bull. civ. V,* 2000, n° 127.

[1408] Cass. soc., 24 juin 1998, n° 96-40.150, *Bull. civ. V*, 1998, n° 127 : « les faits reprochés à M. X... ne relevaient pas de sa vie personnelle, mais concernaient sa vie professionnelle, puisqu'il a utilisé, pour réaliser une escroquerie, les services de la banque qui l'employait ».

les faits se rattachaient à la vie professionnelle du salarié »[1409]. Inversement, la Cour a considéré qu'une salariée ayant commis un détournement de fond au détriment d'une association en étroite relation avec son employeur ne constituait pas un manquement à ses obligations professionnelles[1410].

329. – D'autre part, la Cour de cassation a étendu le périmètre du contrat par le biais de l'obligation de loyauté. Comme le rappelle M. Jean-Yves Frouin, « le salarié est astreint à un devoir de loyauté qui s'étend au-delà de sa vie professionnelle de sorte que l'on ne peut exclure certains comportements, relevant certes de la vie personnelle, mais constituant des manquements à cette obligation »[1411]. De portée générale en droit du travail[1412], l'obligation de loyauté est sollicitée depuis très longtemps par la Cour de cassation et notamment pour sanctionner des faits relevant de la vie privée du salarié en indélicatesse avec cette obligation. L'obligation de non-concurrence en cours de contrat constitue la principale manifestation de cette obligation de loyauté[1413], cette dernière survivant d'ailleurs à la suspension du contrat de travail. En effet, que ce soit en période d'arrêt maladie[1414] ou encore lors d'un congé sabbatique[1415], le salarié demeure « tenu d'obligations contractuelles qui viennent en fait restreindre sa liberté »[1416].
L'obligation de loyauté est fortement liée aux fonctions exercées par le salarié. Ainsi, le degré de loyauté exigé peut varier selon la place qu'occupe le salarié dans l'entreprise. La catégorie des cadres semble davantage concernée, astreints au respect d'une sorte de « civisme contractuel »[1417] ou bien encore d' « obligation renforcée de coopération »[1418] . Ainsi, la Cour de cassation a pu écarter l'atteinte à la vie privée, lorsqu'un employeur

---

[1409] Cass. soc., 6 février 2002, n° 99-45.418, Inédit.
[1410] Cass. soc., 23 juin 2009, n° 07-45.256, *op. cit.*
[1411] Cass. soc., 6 février 2002, n° 99-45.418, *op. cit.*
[1412] « Il serait vain de dresser l'inventaire des obligations de bonne foi ou de loyauté, tant la notion a une portée générale » : A. MAZEAUD, « Contrat de travail (Exécution) », *Rép. Dr. trav*., Dalloz, n° 49.
[1413] *Cf* not. : un salarié apportant un concours actif à une entreprise concurrente (Cass. soc., 7 mai 1969, *Bull. civ. V*, 1969, n° 298) ; un cadre investi d'importantes fonctions auxquelles il doit consacrer toute **s**on activité, devenu président d'une société concurrente et utilisant sa secrétaire (Cass. soc., 2 février 1966, *Bull. civ. IV*, 1966, n° 130) ; un directeur administratif d'une société qui avait inclus dans ses activités la révision de machines d'horlogerie en vue de leur revente, créant une société de révision de machines outillages et détournant la clientèle de son employeur (Cass. soc. 27 mai 1992 : *D.*, 1992, I. R. p. 177) ; Arrêts plus récents : Cass. soc., 30 mars 2005, n° 03-16.167**,** *Bull. civ. V*, 2005, n° 110 ; Cass. soc., 22 octobre 2008, n°s 07-41.792 et 07-42.020, *Bull. civ. V*, 2008, n° 200.
[1414] Cass. soc., 21 juillet 1994, n° 93-40.554**,** *Bull. civ. V*, 1994, n° 250.
[1415] Cass. soc., 5 juin 1996, n° 93-42.588**,** *Bull. civ. V*, 1996, n° 231.
[1416] J. SAVATIER, « La liberté dans le travail », *op. cit.*
[1417] Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, op. cit.*
[1418] Cass. soc., 27 novembre 1991, n° 88-44.110, *Bull. civ. V*, 1991, n° 535 : *Dr. soc.*, 1992, p. 334, obs. J. SAVATIER ; *D.*, 1992, p. 296, note Y. PICOD.

demande à un ingénieur-système de venir un samedi sur les lieux de travail pour assurer la mise en service d'un ensemble informatique, alors que ce dernier était prévenu de cette mission depuis plusieurs mois, la demande de l'employeur entrant en effet « dans le cadre des obligations professionnelles »[1419].

330. – La fonction est également présente lorsqu'il s'agit de rattacher un fait de la vie privée aux tâches effectuées par le salarié. La Cour de cassation a pu valider le licenciement d'une salariée d'une caisse d'allocations familiales ayant commis une fraude à ce même organisme, cependant en tant qu'allocataire dans une autre caisse[1420]. Pour justifier sa position la Cour a relevé que la salariée était chargée de suivre les fraudeurs, ce qui la soumettait dès lors à une « obligation particulière de loyauté et de probité ». Cette expression appelle deux remarques. D'une part, la « particularité » de l'obligation témoigne du lien de rattachement à la fonction. C'est en effet l'exercice de cette dernière qui entraîne l'existence d'une telle obligation. D'autre part, l'adjonction de la notion de probité semble au contraire plus « contestable »[1421]. Elle n'est pourtant pas nouvelle[1422]. Son emploi par la Cour de cassation a néanmoins suscité la critique de la doctrine à l'occasion d'un arrêt ayant validé le licenciement pour faute grave d'une cadre commerciale employée de banque, alors poursuivie dans sa vie privée, pour des délits reconnus d'atteinte à la propriété d'autrui. Certains auteurs ont ainsi souligné le « caractère extensif de l'obligation de loyauté »[1423], dans un contexte de « banalisation des tempéraments »[1424] apportés à la jurisprudence de 1997. Il est vrai que l'emploi de la notion de probité, en tant qu' « observation rigoureuse des principes de la justice et de la morale » [1425], pose la question de son application aux relations de travail. Si cette obligation s'admet aisément dans le cadre de l'exercice des fonctions, « exiger également

---

[1419] Ibid.
[1420] Cass. soc., 25 février 2003, n° 00-42.031, *op. cit.*
[1421] J. MOULY, « Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance », *op. cit.*
[1422] Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 89-44.605, *op. cit.* : « M. X... était agent de surveillance dans une entreprise de gardiennage, qui a l'obligation d'avoir un personnel dont la probité ne peut être mise en doute, » (*cf* ég. CA Pau, 1er octobre 1993 : RJS 04/94, n° 511) ; Cass. soc., 16 mars 2004, n° 01-45.062, Inédit : *JCP E*, 2004, n° 1499 note J. COLONNA. L'auteur intitule d'ailleurs sa note : « Licenciement disciplinaire et fait de vie personnelle : une décision qui jette le trouble ».
[1423] Ph. WAQUET, « Le "trouble objectif dans l'entreprise" : une notion à redéfinir », *RDT*, 2006, p. 304.
[1424] J. MOULY, *op. cit.*
[1425] B. BOSSU, note ss Cass. soc., 25 janvier 2006, *op. cit.*

du salarié un respect strict de la loi dans le cadre de sa vie extra-professionnelle est plus discutable »[1426].

331. – L'obligation de loyauté se rattachant aux fonctions exercées, le lien de rattachement peut paraître lâche s'agissant d'une infraction commise sans rapport avec le métier. Ainsi, faute de lien suffisant, et en l'absence de trouble caractérisé, aucun effet ne saurait être attaché à de certains éléments de la vie privée du salarié. Par ailleurs, quand bien même un lien pourrait être caractérisé, un contrôle de pertinence doit être conservé. Il ne saurait exister de présomption de rattachement en raison d'une simple connexité thématique entre les faits délictueux et la fonction. On ne saurait reprocher au comptable, des problèmes de gestion de ses propres comptes, ou encore à l'enseignant, des difficultés dans l'éducation de ses enfants, et ce quand bien même « la femme du cordonnier n'en serait que plus heureuse… ». Enfin, il demeure la question de la justification du rattachement aux fonctions exercées, que la notion subjective de probité ne saurait expliquer. Apparaît ainsi en filigrane le « retour discret de la perte de confiance »[1427].

332. – De l'appréciation du lien de rattachement au contrat découle le degré de protection de la vie privée du salarié. Comme le soulignait déjà un auteur au début de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation : « le champ contractuel envahit le domaine de la vie privée, comme ne pourrait le faire le champ disciplinaire »[1428]. Cette évolution doit être suivie avec attention, au risque de retomber dans une subjectivité à laquelle la jurisprudence tente désespérément de ne pas céder. Ce risque justifie alors la nécessité de renforcer la protection de la vie privée du salarié, par le biais d'un contrôle supplémentaire sur les effets d'une sanction dépourvue de justification.

[1426] *Ibid.*
[1427] J. MOULY, *op. cit.*
[1428] F. GAUDU, « Le licenciement pour perte de confiance », *op. cit.*

§2 : Le renforcement de la sanction de l'atteinte injustifiée

333. – Le défaut de justification implique une absence de légitimité. Dépourvu de cet attribut, tout acte juridique ne pourrait en théorie pouvoir produire un quelconque effet. La nullité semble donc la seule mesure qui puisse être prononcée, en ce qu'elle entraîne la restitution[1429], autrement dit la remise en l'état des parties au contrat[1430]. La neutralisation des effets de l'acte juridique implique de rétablir la situation antérieure. Néanmoins, force est de constater qu'invoquer la nullité en droit du travail n'est pas chose aisée. La doctrine milite pourtant depuis longtemps pour son développement dans la relation de travail[1431], et spécifiquement s'agissant du licenciement[1432]. Elle se heurte pourtant à une jurisprudence plutôt réticente au prononcé d'une telle mesure.

La nécessité d'un texte est souvent exigée par le juge (1), ce qui rend peu aisée la construction prétorienne d'une nullité en raison de la violation de la liberté de la vie privée (2).

A / Une sanction prévue par les textes

334. – « Droit de critique », la nullité consiste en la possibilité de se prévaloir de l'inefficacité d'un acte juridique[1433]. Dotée d'une puissance certaine, sa vocation première concerne d'abord le contrat. C'est d'ailleurs dans le domaine du droit des obligations et précisément en matière de formation du contrat, qu'une importante doctrine s'est développée pour construire une véritable théorie des nullités[1434]. Ainsi, en

---

[1429] Article 1178 nouveau du Code civil, alinéa 2 : « Les prestations exécutées donnent lieu à restitution » ; *Quod nullum est nullum producit effectum.*

[1430] B. BOSSU, *La remise en l'état en droit du travail*, thèse, 1993, Lille.

[1431] G. COUTURIER, « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *in* Le contrat au début du XXIe siècle – Etudes offertes à Jacques GHESTIN, p. 273.

[1432] G. COUTURIER, « Les nullités du licenciement », *Dr. soc.*, 1977, p. 215 ; B. GAURIAU, *La nullité du licenciement*, thèse, 1992, Paris I ; *Ibid*, « La nullité du licenciement et la personne du salarié », *Dr. soc.*, 1993, p. 738.

[1433] G. COUTURIER, « La théorie des nullités… », *op. cit.*

[1434] Différentes approches peuvent être mises en relief, traduisant une évolution chronologique : telle l'idée selon laquelle la nullité est un droit de critique : R. JAPIOT, *Des nullités en matières d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle*, thèse, 1909, Dijon ; E. GAUDEMET, *Théorie générales des obligations*, Sirey, 1937, p. 141 et s. (théorie des nullités), plus récemment O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM, 1999, préf. P. ANCEL ; pour une d'autre approches : P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*,

matière de formation du contrat de travail, l'*intuitu personae* peut parfois conduire au prononcé de sa nullité en cas de vice du consentement[1435]. Ce cas de figure reste néanmoins rare et s'appuie sur une conception prudente de la nullité, préférant la survie du contrat à son annulation pure et simple. Cette logique de maintien du contrat anime également le juge dans l'interprétation de clauses litigieuses, préférant la conformité du contrat plutôt que son anéantissement. Ainsi, s'agissant de clauses excessives, le prononcé de leur inefficacité n'entraîne pas la disparition du contrat de travail dans lequel elles sont intégrées. Ces dernières ne sont d'ailleurs pas systématiquement annulées, le juge préférant parfois simplement les modifier[1436]. Leur appréciation par le juge implique néanmoins la prise en considération des effets que de telles clauses peuvent produire sur les droits et libertés du salarié, à l'instar des clauses de non-concurrence[1437] ou encore des clauses de mobilité[1438]. On y retrouve un certain esprit de la nullité, celui de la protection de la partie faible au contrat[1439]. C'est dans cet objectif que le législateur est intervenu progressivement, s'intéressant alors de façon plus large à un autre acte juridique, unilatéral : le licenciement[1440].

335. – La femme enceinte constitue une des premières catégories de travailleurs ayant bénéficié d'une protection renforcée. L'employeur ne peut ainsi résilier le contrat de travail d'une salariée dès lors qu'il est fait état de sa grossesse médicalement

---

thèse, Paris, LGDJ, 1969 ; G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, thèse, Paris, LGDJ, 1972 ; C. GUELFFUCI THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse, Paris I, 1989.

[1435] *Cf supra*, n° 38.

[1436] Ainsi en matière de clause de non-concurrence, le juge pourra réduire sa portée : « la cour d'appel a pu décider qu'il y avait lieu de réduire le champ d'application géographique de la clause aux seuls départements dans lesquels le salarié avait exercé effectivement ses fonctions » - Cass. soc., 25 mars 1998, n° 95-41.543, *Bull. civ. V*, 1998, n° 174 : obs. R. VATINET, *Dr. soc.*, 1998, p. 534.

[1437] « Ayant pour effet d'apporter une restriction au principe de liberté du commerce et de l'industrie posé par l'article 7 de la loi des 16-24 août 1791 et à la liberté du travail garantie par la Constitution, la clause de non-concurrence n'est licite que dans la mesure où la restriction de liberté qu'elle entraîne est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise » - Cass. soc., 19 novembre 1996, n° 94-19.404, *Bull. civ. V*, 1996, n° 392 : *Dr. soc.*, 1997, p. 95, obs. G. COUTURIER.

[1438] « Toute personne a droit au respect de son domicile ; que le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit ; qu'une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché » - Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40.755, *op. cit.*

[1439] Certains auteurs parlent de nullité de protection, pour laquelle son régime doit être déterminé en fonction de la nature des intérêts que la règle est destinée à sauvegarder, et donc dont seul le salarié peut se prévaloir : *cf* not. G. COUTURIER, *op. cit.*

[1440] La question de la transposition de la théorie des nullités à un acte unilatéral tel que le licenciement semble *a priori* possible car d'autres formes de ruptures connaissent un sort similaire, à l'instar du congé du bailleur à peine de nullité : *cf* P.H. BRAULT, « baux commerciaux : sur les conditions de forme du congé », *JCP E*, 1992, I, n° 191.

constaté[1441]. Le non respect de cette interdiction laisse néanmoins une certaine ambigüité quand à sa sanction. En effet, l'article L. 1225-71 du Code du travail prévoit d'abord une indemnisation de la salariée licenciée en méconnaissance de la protection dont elle bénéficie[1442]. Cette disposition indique dans un second temps que « lorsque, en application des dispositions du premier alinéa, le licenciement est nul, l'employeur verse le montant du salaire qui aurait été perçu pendant la période couverte par la nullité ». La mention d'une indemnisation, en lien avec la nullité, a ainsi pu conduire le juge à se concentrer sur cette réparation. Or, la nullité impliquant une remise en l'état du salarié dans son emploi, la réintégration de la salariée aurait pu être également envisagée. Néanmoins, pendant longtemps, cette dernière n'a pas été prononcée par le juge[1443], la Cour de cassation opérant tardivement un revirement[1444]. Cette frilosité à l'égard de la réintégration peut témoigner d'une certaine réticence à l'égard de cette sanction, laquelle peut constituer une limite conséquente du pouvoir patronal. Préservant le pouvoir de direction, il n'apparaît pas surprenant que le juge privilégie l'indemnisation de la victime, préférant « payer plutôt que réintégrer »[1445]. Néanmoins, la préférence du juge pour l'indemnisation peut également s'expliquer dans l'interprétation littérale du texte, ne prévoyant pas la réintégration. Cet « oubli » peut s'expliquer par l'antériorité de ce texte, alors adopté avant l'essor de la réintégration dans la jurisprudence sociale. Cette dernière a d'ailleurs fait preuve de plus de dynamisme dans l'application de la protection contre le licenciement du salarié investis de fonctions représentatives dans l'entreprise[1446].

[1441] Article L. 1225-4 du Code du travail, ancien article L. 122-25-2 du Code du travail, anc. Art. 29, I du livre 1er du Code du travail, introduit par la loi n° 66-1044 du 30 décembre 1966 relative à la garantie de l'emploi en cas de maternité.

[1442] « L'inobservation par l'employeur des dispositions des articles L. 1225-1 à L. 1225-28 et L. 1225-35 à L. 1225-69 peut donner lieu à l'attribution de dommages et intérêts au profit du bénéficiaire, en plus de l'indemnité de licenciement ».

[1443] Certains auteurs parlant de « nullité dégénérée » : PAGÈS, note ss CA Rennes, 27 avril 1976, *D.*, 1978, p. 101 ; *cf* par ex., Cass. soc., 8 mars 1978, n° 76-13.580, *Bull. civ. V*, 1978, n° 172 : *D.*, 1978, IR p. 388, obs. J. PÉLISSIER ; Cass. soc., 10 novembre 1993, n° 89-42.302, *Bull. civ. V*, 1993, n° 262 : *D.*, 1994, IR, p. 12 ; Cass. soc., 19 novembre 1996, n° 93-40.509, Inédit : *CSBP*, 1997, n° 87, A 10, p. 43.

[1444] Cass. soc., 30 avril 2003, n° 00-44.811, *Bull. civ. V*, 2003, n° 152 : B. GAURIAU, « Licenciement nul et droit à réintégration : la salariée enceinte est un salarié comme les autres », *Dr. soc.*, 2003, p. 827 ; *D.*, 2004, p. 178, obs. B. LARDY-PÉLISSIER ; pour une première avancée : Cass. soc. 9 octobre 2001, n° 99-43.016, *Bull. civ. V*, 2001, n° 341 : N. DAMAS, « La nullité du licenciement de la salariée enceinte ou qui vient d'accoucher ouvre droit à réintégration », *D.*, 2002, p. 1234.

[1445] H. SINAY, « La réintégration dans l'entreprise », *in* Les transformations en droit du travail, *op. cit.*, *Dalloz*, 1989, p. 415.

[1446] Cf not. Arrêt *Revêt-Sol*, Cass. soc., 14 juin 1972, n° 71-12.508, *Bull. civ. V*, 1972, n° 425 : *JCP*, 1972, II, 17275, note G. LYON-CAEN ; *Dr. soc.*, 1972, p. 465, obs J. SAVATIER ; *D.*, 1973, p. 114, note N. CATALA.

336. – La nullité, lorsque celle-ci est prévue textuellement, est désormais appliquée par le juge, tel qu'en matière de grève[1447], d'accident de travail[1448] ou bien encore en matière de discrimination[1449]. Cette référence étant dotée d'effectivité, sa mobilisation croissante[1450] par le législateur tend à renforcer l'idée d'une volonté de sanctionner plus sévèrement le défaut de justification du licenciement, se situant ainsi à contre-courant de l'objectif premier de la nullité : « conçue comme une sanction juridique des règles qui régissent la formation des actes juridiques, la nullité qui atteint le licenciement n'a pourtant point été instituée afin d'en sanctionner le défaut de cause réelle et sérieuse »[1451].

Cet essor amène alors à s'interroger sur les critères déterminant le législateur à doter l'exercice d'un droit ou d'une liberté d'une telle protection, hautement symbolique[1452]. Il peut être admis que ce dernier se repose sur des éléments de justification extérieurs au contrat de travail[1453], tels que la protection de la citoyenneté, tant à l'extérieur qu'au sein de l'entreprise[1454]. La nullité du licenciement discriminatoire s'inscrit dans cette démarche et participe plus globalement à la protection de la personne au travail. Il semble donc envisageable dans cette optique de pouvoir étendre la nullité à toute violation d'un droit ou d'une liberté exercé par un salarié. Pourtant, le législateur n'a pas saisi cette occasion lors de l'adoption de l'article L. 1121-1 du Code du travail[1455], certains auteurs ayant d'ailleurs soulevé ce paradoxe[1456], délégant ainsi au juge le soin

---

[1447] Article L. 2511-1 du Code du travail ; Cass. soc., 26 septembre 1990, n° 88-41.375, *Bull. civ. V,* 1990, n° 387 : *GADT*, 4e éd., n° 206 ; *D.*, 1990, IR 228 ; *Dr. soc.*, 1991, p. 60, rapp. Ph. WAQUET, note J.-E. RAY ; *Dr. ouvr.*, 1990, p. 457, note F.S. ; *RJS*, 1990, p. 542, n° 812.

[1448] Article L. 1226-13 du Code du travail ; Cass. soc. 25 février 1998, n° 95-44.019 et 95-44.742, *Bull. civ. V*, 1998, n° 102 : *CSBP*, 1998, 105, A. 25; *RJS*, 1998, p. 282, n° 451; *TPS*, 1998, n° 151 ; *cf* ég. Cass. soc., 11 juillet 2001, n° 99-42.902, *Bull. civ. V*, 2001, n° 263.

[1449] Article L. 1132-1 du Code du travail ; « Le licenciement d'un salarié en raison de ses activités syndicales étant nul de plein droit, le juge doit ordonner, si l'intéressé le demande, la poursuite de l'exécution du contrat de travail qui n'a pas été valablement rompu » (Cass. soc. 17 mars 1999, n° 97-45.555, *Bull. civ. V*, 1999, n° 126 : *D.*, 1999, IR 105 ; *Dr. soc.*, 1999, p. 535, obs. M. GRÉVY ; *RJS*, 1999, p. 422, n° 694) ; *cf* ég. en matière de discrimination pour état de santé du salarié (Cass. soc. 9 juillet 2008, n° 07-41.845, *Bull. civ. V*, 2008, n° 155 : *Dr. soc.*, 2008, p. 1146, obs. G. COUTURIER ; *RJS*, 2008, p 804, n° 980; *JS Lamy*, 2008, n° 240-2; *JCP S*, 2008, 1563, note L. DRAI).

[1450] A l'instar de celle prévue en matière de harcèlement moral et sexuel : articles L. 1152-3 et L. 1153-4 du Code du travail.

[1451] B. GAURIAU, *Dr. soc.*, 1993, *op. cit.*

[1452] En effet, la sanction n'est pas seulement la conséquence de la règle mais « signe » de celle-ci, son degré de gravité révélant le degré d'importance de celle-ci : *cf* G. Couturier, « Les nullités du licenciement », *Dr. soc.,, op. cit.*

[1453] H. SINAY, *op. cit.* ; F. GAUDU, « Les nullités du licenciement et le "principe" pas de nullité sans texte », *Dr. soc.*, 2010, p. 151.

[1454] B. GAURIAU, *op. cit.*

[1455] Ancien article L. 120-2 du Code du travail, introduit par la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992, *op. cit.*

[1456] B. GAURIAU, *op. cit.*

de l'effectivité du respect de cette disposition, par le biais de ce que la doctrine dénomme la « nullité virtuelle »[1457].

B / Une sanction construite par la jurisprudence

337. – En l'absence de texte la prévoyant, il n'y a point de nullité. Issu du droit civil processuel[1458], si ce principe transcende toutes les branches du droit la chambre sociale de la Cour de cassation l'a pourtant mobilisé de manière partielle, affirmant que : « le juge ne peut, en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, annuler un licenciement »[1459]. Si le cas d'espèce n'appelait pas un tel attendu de principe[1460], celui-ci retient l'attention par ses potentialités[1461].
La nullité ne se présumant point[1462], le juge doit désormais justifier sa mobilisation, et amène à se questionner sur la part d'initiative qui lui est laissée. Ce dernier a pourtant joué un rôle non négligeable dans l'émancipation de la notion de nullité dans le champ du droit du travail, tel qu'en matière de protection des représentants du personnel[1463], débouchant alors sur une évolution textuelle[1464]. À l'inverse, d'autres prises de positions

---

[1457] Expression originaire du droit de la famille : *cf* not. PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français, t. 2, 2e éd., 1952, par ROUAST, LGDJ, n° 246 – *cf* ég. MARTY et RAYNAUD, *loc. cit.* - TERRÉ et FENOUILLET, Droit civil, La famille, 8e éd., 2011, Précis Dalloz, n° 131 ; en droit du travail, expression utilisée par certains auteurs, not. B. GAURIAU, « La nullité du licenciement et la personne du salarié », *op. cit.* ; F. GAUDU, « Les nullités du licenciement… », *op. cit.*
[1458] Article 114 du Code de procédure civile : « Aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'en est pas expressément prévue par la loi, sauf en cas d'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public ».
[1459] Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-45.735, *Bull. civ. V,* 2001, n° 87 : *D.*, 2001, IR, p. 1215; *RJS*, 5/2001, n° 590 ; *Dr. soc.,* 2001, p. 1117, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *cf* ég. Cass. soc., 30 octobre 2002, n° 00-45.608, *Bull. civ. V*, 2002, n° 331 : *RJS*, 1/03, n° 24, p. 29.
[1460] En l'occurrence, la Cour a approuvé la décision des juges d'appel ayant rejeté la demande de réintégration au profit d'une simple indemnisation de la rupture abusive du contrat de travail, faisant suite à la demande par la salariée de la requalification de son contrat de travail à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée.
[1461] Obs. C. ROY-LOUSTAUNAU, *op. cit.*
[1462] Cons. const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC : à propos des articles 96 (entré en vigueur puis suspendu) et 108 de la loi de modernisation sociale, spéc. cons. n° 12 et n° 21.
[1463] Arrêt *Rada*, Cass. crim., 28 mai 1968, n° 67-92.037, *Bull. crim.*, 1968, n° 181 : J.-M. PÉLISSIER, « La réintégration des représentants du personnel et des délégués syndicaux : conquête ou revendication ? », *D.*, 1969, Chr. p. 197 ; *D.*, 1969, p. 471, note J.-M. VERDIER ; Arrêt *Detoeuf*, Cass. civ. 2ème, 10 novembre 1966, n° 906 : *D.*, 1967, p. 178, note G. LYON-CAEN, et Cass. ch. mixte, 25 octobre 1968, n° 66-60.055, *Bull. ch. mixte*, 1968, n° 1 : *Dr. soc.*, 1969, p. 177 ; *D.*, 1968, p. 706 ; J.-M. VERDIER, « Du contrat au statut et du droit individuel aux libertés publiques », *JCP G*, 1971, I, 2422 ; Arrêt *Revêt-Sol*, Cass. soc., 14 juin 1972, *op. cit*.
[1464] Loi du 28 octobre 1982, *op. cit.*

n'ont pas entraîné de tels effets. L'arrêt *Clavaud*[1465] a pu susciter un temps des espoirs d'une consécration de la nullité en matière d'exercice de droits et de libertés considérés comme fondamentaux. Le législateur tout en reconnaissant leur existence[1466], n'a pourtant pas jugé utile d'en prévoir la sanction. Peut-être redoutait-il que la généralité d'une telle disposition puisse venir limiter trop fortement le pouvoir de direction de l'employeur ? La doctrine mentionne souvent la force de la nullité quand à l'encadrement de ce pouvoir : « contraindre un employeur à reprendre à son service et sous son autorité un indésirable, c'est lui dénier le pouvoir de direction »[1467].

338. – C'est pourquoi la jurisprudence semble faire preuve de prudence afin de ménager le pouvoir de l'employeur. En effet, le juge n'est pas toujours enclin à prononcer la nullité ou à ordonner la réintégration, profitant ainsi de la liberté qui lui est donnée par certains textes. Ainsi, l'indemnisation a pu un temps évincer la réintégration, au risque parfois d'adopter une position contraire à l'esprit du texte[1468]. Le législateur laisse désormais rarement le choix en cas de nullité. À l'inverse, une plus grande liberté demeure en matière de licenciement. En effet, l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement peut entraîner la réintégration du salarié dans l'entreprise[1469], laissant toutefois la possibilité à l'employeur ou au salarié de la refuser[1470]. Ce compromis est apparu comme raisonnable, et par ailleurs compatible avec les textes internationaux[1471].

[1465]Cass. soc., 28 avril 1988, *Affaire Clavaud*, n° 87-41.804, *Bull. civ. V*, 1988, n° 257 : *Dr. soc.*, 1988, p. 428, concl. H. ECOUTIN et obs. G. COUTURIER ; *Dr. ouvr.*, 1988, p. 250, concl. H. ECOUTIN et note A. JEAMMAUD et M. LE FRIANT ; D., 1988 p. 437, note E. WAGNER ; *Rev. prat. dr. soc.*, 1988, p. 184, obs. G. LYON-CAEN ; *Ibid*, 1988, p. 218, obs. M. COHEN ; *Ibid*., p. 259, Fr. ROCHOIX ; *Jurispr. soc.,* UIMM, n° 88/504, p. 263 ; *Cahiers prud.*, n° 8/1988, p. 132 ; *Journ. soc.* 1988, n° 68-3, note L. Lagrange ; G. Couturier, « Annuler les actes illicites, la réintégration obligatoire », *Dr. ouvr.*, 1988, p. 133 ; J.-M. VERDIER, « Libertés et travail, problématiques des Droits de l'homme et rôle du juge », *D.*, 1988, p. 63.

[1466] Article L. 120-2, devenu L. 1121-1 du Code du travail.

[1467] H. SINAY, *op. cit.*

[1468] Tel en matière de licenciement d'une femme enceinte.

[1469] Article L. 1235-3 du code du travail, al. 1er : « Si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis ».

[1470] Ibid, al. 2 : « Si l'une ou l'autre des parties refuse, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois ».

[1471] « L'article L. 1235-3 du code du travail, subordonnant la réintégration du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse à l'accord de l'employeur, qui, d'une part, ne porte atteinte ni au droit au respect des biens, ni au droit de propriété, d'autre part, opère une conciliation raisonnable entre le droit de chacun d'obtenir un emploi et la liberté d'entreprendre, à laquelle la réintégration de salariés licenciés est susceptible de porter atteinte, n'apporte aucune restriction incompatible avec les dispositions de l'article 6. 1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, ni, en tout état de cause, avec celles de l'article 1er du protocole additionnel n° 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » : Cass. soc., 14 avril

Cette disposition n'entraîne pas en pratique de réintégration effective. En effet, rares sont les employeurs désireux de reprendre à leur service, un salarié écarté de manière injustifiée. Toutefois, le juge ayant le choix entre l'indemnisation et la réintégration, la seconde voie semble constituer une sanction plus avantageuse pour le salarié. Même refusée, on pourrait penser que la proposition de réintégration formulée par le juge produise des conséquences pécuniaires similaires à celles induites par celle ordonnée en cas de nullité. Même en l'absence de continuité du contrat de travail, il semble donc que le juge puisse prendre en compte le symbolisme attaché à la réintégration dans l'évaluation du préjudice subi par le salarié, amenant alors à y intégrer les rémunérations perdues durant sa période d'absence jusqu'au prononcé du jugement. Cette réparation renforcée pourrait dès lors constituer une sanction plus sévère à l'égard de l'employeur abusant de son pouvoir disciplinaire. Elle reste néanmoins rattachée au régime d'indemnisation du licenciement et se trouve donc exposée aux variations législatives quand à l'évaluation du préjudice[1472]. La nullité semble donc constituer la seule sanction réellement protectrice du salarié. Elle doit dès lors s'appliquer dans des situations réclamant une telle protection.

339. – Même si la nullité repose d'abord sur un texte, la jurisprudence se laisse une possibilité de l'invoquer, en cas de violation d'une « liberté fondamentale »[1473]. La Cour de cassation admet ainsi dans cette catégorie, le droit d'ester en justice[1474]. La Cour a ainsi pu décider que la rupture illicite d'un contrat à durée déterminée avant l'échéance du terme, visant à sanctionner l'exercice, par le salarié, de son droit d'agir en justice, constituait la violation d'une liberté fondamentale, autorisant le juge des référés à

2010, n°08-54.247, *Bull. civ. V*, 2010, n° 96 : *D.*, 2010. Actu. 1151 ; *DA*, 4 mai 2010, obs. MAILLARD ; *RJS*, 2010, p. 440, nº 499; *Dr. soc.*, 2010, p. 815, note J. MOULY ; *JS Lamy*, 2010, nº 279-3.

[1472] A l'instar de l'Article 30 du projet de loi, dans sa version initiale, visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, dite « loi El Khomri ».

[1473] Cass. soc., 13 mars 2001, *op. cit*

[1474] Cass. soc., 3 février 2016, n° 14-18.600, A paraître ; Cass. soc. 28 avril 2011, n° 10-30.107, *Bull. civ. V,* 2011, n° 96: *JCP S*, 2011, n° 1374, obs. B. BOSSU.

ordonner la poursuite de la relation contractuelle[1475]. Il en est de même du droit de témoigner[1476].

Toutefois, la Cour semble parfois s'écarter de son principe directeur en admettant la nullité sans mentionner expressément le caractère fondamental du droit ou de la liberté concernée. Elle a ainsi pu admettre de cette manière la nullité en cas d'atteinte à la liberté syndicale[1477], ou encore en matière d'exercice par le salarié de son droit de retrait[1478]. Dès lors, l'admission de la nullité de l'atteinte à l'exercice de ces droits et libertés permet-elle de conclure en la reconnaissance de leur caractère fondamental ?[1479] Il est vrai que tant la liberté syndicale[1480] que le droit à la santé et à la sécurité du travailleur[1481] bénéficient d'une protection à la hauteur du caractère fondamental que semble leur attribuer la Cour. Pour autant, il aurait été souhaitable de le préciser, afin d'éviter à l'avenir toute tentation d'exclusion, faute de positionnement clair.

340. – *A contrario*, certains droits semblent être dénués d'un tel caractère et se trouvent donc écartés du champ d'application de la nullité. Ainsi, la Cour de cassation a pu estimer que « la méconnaissance par l'employeur du droit du salarié à une action de

---

[1475] Cass. soc., 6 février 2013, n° 11-11.740 et a., *Bull. civ. V,* 2013, n° 27 : *RDT*, 2013, p. 630, obs. P. ADAM ; *Dr. soc.*, 2013, p. 415, note J. MOULY ; *Dr. ouvr.*, 2013, p. 549, obs. A. MAZIÈRES ; *JS Lamy*, 2013, nº 340-4 ; *JCP S*, 2013, n° 1385, obs. F. BOUSSEZ ; Comp. antérieurement le refus d'annuler le licenciement d'un salarié qui avait agi pour la violation du principe « à travail égal, salaire égal » - Cass. soc., 20 février 2008, nº 06-40.085, *op. cit.* : *Dr. soc*, 2008, p. 530, note C. RADÉ ; *Dr. ouvr.*, 2008, p. 519, note M. POIRIER.

[1476] Est nul le licenciement prononcé en violation de la liberté fondamentale de la défense (Cass. soc., 28 mars 2006, n° 04-41.695, *Bull. civ. V,* 2006, n° 127 : *D.*, 2006, IR, 1128 ; *RJS*, 2006, nº 474) ; Cass. soc., 26 septembre 2007, n° 06-40.039, *op. cit.* (se référant à une nullité textuelle : article L. 313-24 du code de l'action sociale et des familles).

[1477] Et ce malgré l'existence d'une indemnisation prévue par l'article L. 2141-8 du Code du travail - Cass. soc., 10 juillet 2001, n° 99-21.884, *Bull. civ. V*, 2001, n° 261 : *Dr. soc.*, p. 1035, obs. J.-M. VERDIER ; *Dr. soc.*, p. 1131, obs J. SAVATIER.

[1478] Cass. soc., 28 janvier 2009, n° 07-44.556, *Bull. civ. V*, 2009, n° 24 : *RDT*, 2009, p. 167, obs M. MINÉ ; *RJS*, 2009, n° 361, p. 308 ; *JCP S*, 2009, n° 1226, note P.-Y. VERKINDT ; *Dr. soc.*, 2009, p. 489 ; Rendu au visa des articles L. 231-8-1 devenu l'article L. 4131-3 du Code du travail, ensemble l'article L. 1121-1 du même code interprété à la lumière de l'article 8 § 4 de la directive 89/391/CEE du 12 juin 1989.

[1479] *RJS*, 2009, n° 361, *op. cit.*

[1480] Article 11 de la CESDH ; CE, ord., 28 mars 2006, Cne de Saint-Chely d'Apcher, req. n° 291399, Lebon T. 1017.

[1481] Alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « « Elle [la Nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs » ; Principe à valeur constitutionnelle : Cons. constit. 15 janvier 1975, déc. n° 75-54 DC : *Interruption volontaire de grossesse*, *in* Louis FAVOREU et Loïc PHILIP, *Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel,* Dalloz, 9e éd. 1997, n° 23, p. 305 et ss. ; Cons. constit. 18 janvier 1978, déc. n° 77-92 DC : *Contre-visite médicale*, *RJC* p. 57 ; *contra* le droit à la santé n'est au nombre des libertés fondamentales auxquelles s'applique l'article L. 521-2 du code de justice administrative : M. LAUDIJOIS, « Le droit à la santé n'est pas une liberté fondamentale », *AJDA*, 2006, p. 376.

formation professionnelle, prévu par l'article L. 1225-59 du Code du travail, ne caractérise pas la violation d'une liberté fondamentale »[1482]. En l'occurrence, la salariée avait été licenciée pour insuffisance professionnelle après 13 ans d'absence de l'entreprise pour congé parental. Dans un autre registre, la Cour a pu également décider que le licenciement en raison d'une condamnation pénale publiquement prononcée, pour des faits étrangers aux obligations contractuelles, ne portait pas atteinte à une liberté fondamentale, et n'était donc pas atteint de nullité[1483]. Enfin, sans s'exprimer sur la nullité[1484], la Cour a pu considérer que « la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu du travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales »[1485].
Ces décisions, pourtant très différentes dans les faits, affectent toutes la liberté de la vie privée du salarié. Ainsi, l'absence pour raison familiale étant à l'origine de l'insuffisance professionnelle, la mise à l'écart de la nullité incite à ne pas solliciter un tel congé. De même, l'autonomie de la personne se trouve touchée lorsque le licenciement reposant sur une infraction pénale sans lien avec le travail, conduit au final à la possibilité pour l'employeur de pouvoir évincer le salarié de l'entreprise. Par ailleurs, l'exclusion générale de la liberté de se vêtir de la sphère professionnelle, critiquée par une partie de la doctrine[1486], conduit à limiter fortement le droit à l'autodétermination et le droit à l'épanouissement, prônés par les défenseurs de la liberté de la vie privée.

341. – Il peut être regretté le manque de détails sur ce qui permet à la Cour de déterminer ce qui présente ou non un caractère fondamental. L'enjeu est important car dépend de cette appréciation la protection conférée par la nullité. Si la jurisprudence se prononce au fur et à mesure, et au cas par cas, ces droits et libertés semblent pourtant pour la plupart d'entre elles, pouvoir être intégrés dans l'exercice d'une liberté plus générale, celle de la vie privée. D'autant que cette dernière revêt également un caractère fondamental[1487].

[1482] Cass. soc., 5 mars 2014, n° 11-14.426, *Bull. civ. V*, 2014, n° 69.
[1483] Cass. soc., 29 septembre 2014, n° 13-18.344, Inédit.
[1484] Certains auteurs inscrivent toutefois cette décision en rapport avec la jurisprudence de la Cour en matière de nullité du licenciement : *Dr. soc.*, 2003, p. 808, obs Ph. WAQUET.
[1485] Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273, *Bull. civ. V*, n° 178 : *D.*, 2003, p. 2718, note F. GUIOMARD ; *JCP*, 2003, II, 10128, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *RJPF*, 2003-9/12, obs B. BOSSU ; *RTD civ.*, 2003., p. 680, obs J. HAUSER ; *GADT*, 4e éd., nº 69*; RJS*, 2003, p. 664, nº 975 ; P. LOKIEC, « Tenue correcte exigée – Des limites à la liberté de se vêtir à sa guise », *Dr. soc.*, 2004, p. 132.
[1486] *Cf* not. Ph. WAQUET, *op. cit.* ; F. GUIMARD, *op. cit.*
[1487] Article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; *cf supra,* n° 283.

Pourtant, il ne paraît pas nécessaire de devoir distinguer, là où le législateur n'a pas prévu de le faire. L'article L. 1121-1 du Code du travail ne mentionnant pas une telle catégorisation, il nous semble au final qu'une violation de cette disposition pourrait voir s'appliquer la nullité virtuelle.

Une sanction à la mesure de la violation de cette liberté pourrait très certainement renforcer le sentiment de protection de l'individu au travail, et dès lors contribuer à sa liberté d'être et d'agir.

Une question demeure, celle de la pertinence du traitement différencié de l'individu en-dehors et à l'occasion de sa vie professionnelle. Autrement dit, ne faut-il pas considérer que la protection de la liberté du salarié dans sa vie privée s'applique également dans l'entreprise ?

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

342. – Tant la jurisprudence, que le législateur, se sont employés à renforcer progressivement la protection de la vie extra-professionnelle du salarié, lui reconnaissant ainsi le droit au respect de sa vie privée. Deux voies parallèles ont été suivies.

D'une part, la justification de l'atteinte a constitué un premier moyen de contrôle, sous l'impulsion du législateur, en permettant au juge de se livrer à une appréciation de la cause de l'atteinte à la vie privée. Dès lors, l'examen de la justification s'est progressivement doublé d'une analyse de l'objectivité de la cause de l'atteinte, ce qui favorise l'élaboration d'un cadre stable.

D'autre part, l'attention s'est également focalisée sur les effets de la violation de la vie privée du salarié, tant par la volonté d'une mise à l'écart du pouvoir disciplinaire, que par celle d'accorder une réparation à la mesure de l'atteinte. Toutefois, le rattachement au contrat de travail tend à restreindre le périmètre d'immunité du salarié. De même, l'application nuancée de la nullité amène à amoindrir l'effectivité de la protection de la vie privée du salarié.

CONCLUSION DU TITRE 1

343. – L'affirmation d'une vie hors-travail a permis de reconnaître progressivement au salarié un droit au respect de sa vie privée. En parallèle, une protection croissante contre les atteintes à sa jouissance a permis d'asseoir davantage l'acceptation d'une vie privée du salarié.
Toutefois, un certain plafonnement s'observe dans cette évolution favorable au salarié. Ce dernier peut s'expliquer en partie par une multiplicité des instruments de protection, chacun contribuant à sa mesure à la protection de la vie privée du salarié. Faute de rattachement à une disposition légale, leur légitimité peut être discutée, ce qui peut conduire à leur effacement devant d'autres notions prétoriennes protectrices des intérêts de l'entreprise.

Ainsi, émerge le besoin d'une notion large et dotée d'un fondement juridique lui accordant la légitimité nécessaire. S'agissant de la protection de la vie hors travail du salarié, la liberté de la vie privée semble bien remplir cet office. Elle convient toutefois d'être confrontée à une autre problématique, celle de la liberté du salarié dans sa vie professionnelle.

TITRE 2 : UNE LIBERTE DU SALARIE DANS SA VIE PROFESSIONNELLE

344. – Le droit du travail n'est pas seulement, ou n'est plus, un droit des travailleurs, il est aussi un droit de la personne au travail[1488]. Cette affirmation témoigne de l'importance qui est désormais accordée à l'individu, s'émancipant peu à peu de sa condition de salarié subordonné.

Pourtant, une conception traditionnelle de la relation de travail a pendant longtemps affirmé l'importance du rapport de subordination dans la détermination des droits de la personne au travail. Lorsque le salarié est à la disposition de l'employeur, il est sous son autorité : « il a donc abdiqué sa liberté pour se soumettre aux instructions de l'employeur dans l'exécution de sa tâche »[1489]. Toutefois, la doctrine nuançait déjà cette vision considérant que le salarié ne renonce pas, contre rémunération, aux droits reconnus à toute personne[1490]. De même, les droits de la personne, à la différence des droits patrimoniaux, sont inaliénables[1491].

345. – Cette affirmation de l'individu sur le salarié se manifeste particulièrement en matière de vie privée. Le salarié n'étant pas seulement un « être de travail », son identité intime doit être respectée[1492]. Si cette idée s'est imposée peu à peu lorsque le salarié se situe dans sa vie hors travail, il peut être constaté une propension à investir le champ de la vie professionnelle. Dès lors, la dichotomie opérée entre la vie d'homme libre et celle de salarié subordonné semble s'estomper. Ceci peut se justifier en ce que la mobilisation de la notion de vie privée appelle une abstraction de la relation de travail : « dépouillés de leurs qualités respectives, salariés et employeurs ne sont perçus qu'en tant que personnes »[1493]. Si l'affirmation d'une telle égalité nie délibérément le déséquilibre

[1488] J.-E. RAY, « D'un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail », *Dr. soc.*, 2010, p. 3.
[1489] J. SAVATIER, « La liberté dans le travail », *op. cit.*
[1490] J.-M. VERDIER, « Libertés et travail, problématiques des droits de l'homme et rôle du juge », *D.*, 1988, p. 63.
[1491] G. LYON-CAEN, « Les libertés publiques et l'emploi », *op. cit.*, spéc. n° 172.
[1492] *Ibid*, spéc. p. 158.
[1493] A. LEPAGE, « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », *op. cit.*

inhérent au rapport de travail, c'est parce qu'une telle situation ne peut être tolérée en matière de droits de la personne. Néanmoins, cette égalité ne supprime pas l'existence d'un rapport conflictuel entre l'intérêt de l'individu au travail et celui de l'entreprise. La volonté de rééquilibrer le rapport risque d'« aboutir à une situation où les exigences de l'entreprise sont reléguées au second rang : ce qui impliquerait, en termes de droits fondamentaux, que les exigences liées à la liberté d'entreprendre deviennent secondes »[1494]. Aussi, la volonté d'affirmer les droits de la personne au travail ne peut s'affranchir totalement de ceux de l'entreprise et amène à comprendre les tempéraments apportés à cette évolution. Néanmoins, la protection croissante de la personne du salarié lorsque celui-ci se trouve en situation de travail constitue assurément un aboutissement de l'évolution initiée en matière de préservation de la vie extra-professionnelle.

346. – À l'instar de la vie hors-travail, l'appréciation de la vie privée du salarié dans le cadre de sa vie professionnelle doit être large, en ce qu'elle vise au-delà de la protection de l'intimité de la vie privée, la jouissance de cette dernière, autrement dit sa liberté. Le renforcement de cette liberté accordée au salarié s'est alors réalisée en deux étapes, évoluant d'une protection des libertés de l'individu au travail (Chapitre 1) vers une affirmation de la liberté de la personne dans sa vie professionnelle (Chapitre 2).

[1494] B. MATHIEU, Propos introductifs, Conférence du 14 octobre 2010, organisée par la Société de législation comparée, avec le soutien du Conseil constitutionnel : « Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux », *Nouv. Cah. du Cons. Const.,* 2011, n° 31, p. 195.

CHAPITRE 1 – LA LIBERTE DE L'INDIVIDU AU TRAVAIL

347. – Le salarié est un avant tout un individu. « Corps considéré comme un tout distinct par rapport à l'espèce à laquelle il appartient »[1495], il s'agit par ce terme de distinguer entre ce qui relève de l'individuel et de l'ensemble composé par la somme d'individualités. La nation est ainsi composée d'individus, chacun dotés de la personnalité juridique, titulaires de droits et d'obligations. La jouissance de ses droits, permise par la nation à laquelle il appartient, confère à l'individu la qualité de citoyen de celle-ci[1496]. En tant que tel, il peut ainsi exercer individuellement ses droits et libertés, mais également les opposer à l'ensemble dans lequel il se situe, à savoir la société, lorsque ceux-ci semblent menacés. Cette affirmation de l'intérêt particulier sur le collectif a pu trouver application dans un autre domaine où ces deux forces aux intérêts parfois antagonistes peuvent entrer en conflit : la relation de travail salarié.

348. – L'entreprise, objet collectif, est composée de la même façon d'intérêts particuliers, dirigés vers une finalité commune. Les individus qui y appartiennent peuvent également être amenés à opposer leur intérêt personnel à celui de l'entreprise, et notamment à faire valoir les droits et libertés qui leurs sont reconnus en tant que citoyen. Néanmoins, à la différence de la nation, il s'agit d'une opposition d'intérêts uniquement privés, qui amène à s'interroger sur la possibilité de transposer les mécanismes de régulation à l'œuvre en matière de libertés publiques dans le cadre de la relation de travail. Une partie de la doctrine travailliste s'est interrogée sur ce point[1497] et a pu parfois exprimer une certaine réticence à cet égard[1498]. Cependant, l'intervention du législateur en matière de libertés du salarié dans l'entreprise[1499] a permis d'affirmer l'application de la notion de citoyenneté dans l'entreprise. Le rapport Auroux,

---

[1495] E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, *op. cit.*, « individu ».

[1496] « Celui, celle qui jouit du droit de cité dans un État. Exercer les droits de citoyen », E. LITTRÉ, *op. cit.* ; « Personne jouissant, dans l'État dont il relève, des droits civils et politiques, et notamment du droit de vote (par opposition aux étrangers) » : Le Larousse, *Dictionnaire de la langue française*.

[1497] Voir J.-M. VERDIER, « Libertés et travail. Problématiques des droits de l'homme et rôle du juge », *D.*, *op. cit.*, *cf* ég. le colloque « L'entreprise et les libertés publiques », tenu à Nanterre les 20-21 novembre 1981, *Dr. soc.*, 1982 , p. 417 et s.

[1498] Ph. ARDANT, Introduction à la table ronde « Les libertés du citoyen dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 1982, p. 428 : « il est d'une part difficile de définir la liberté publique et si, d'autre part, ce préalable levé, sa présence dans le litige emporte quelques conséquences, il n'est pas sûr qu'elles intéresseront toujours les travaillistes. Le caractère opérationnel de la notion de liberté publique n'est pas très affirmé ».

[1499] Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise.

préparatoire à la loi du même nom, proclame ainsi que « l'exercice des libertés publiques individuelles, élémentaires en particulier, doit être assuré dès lors que le principe de citoyenneté dans l'entreprise est réaffirmé »[1500]. La doctrine intègre désormais cette notion[1501], ce qui s'inscrit dans une évolution du droit, lequel tend à réduire les sujétions qui s'imposent à l'individu salarié pour valoriser les droits qui appartiennent au citoyen par ailleurs salarié[1502]. Dès lors, une véritable démarche de « civilisation de l'entreprise »[1503] émerge, par « la volonté d'instaurer une démocratie économique en donnant, aux citoyens de l'entreprise que sont les travailleurs, certains droits à l'égard du titulaire du pouvoir au sein du groupe social constitué par l'entreprise. Il s'agit, dans l'organisation de cette petite société, de transposer les droits de l'homme et du citoyen qui ont été affirmés dans le cadre de la société politique »[1504].

La citoyenneté apparaît ainsi d'abord comme une justification de la protection des droits et libertés du salarié. Homme-libre au travail, elle illustre également la constance de l'individu, lequel conserve ses attributs de citoyen tant en-dehors, qu'au travail. Dès lors, la protection du citoyen-salarié[1505] vient renforcer la liberté de la vie privée du salarié au travail (Section 1).

Toutefois, la coexistence d'intérêts multiples induit des situations de conflits entre droits et intérêts équivalents. Dès lors, apparaît nécessaire de resituer la jouissance de ces libertés individuelles au sein de la vie professionnelle (Section 2).

[1500] J. AUROUX, *Les droits des travailleurs*, Rapport, septembre 1981, La documentation française, coll. des rapports officiels, spéc. p. 7.

[1501] Ph. WAQUET, *Les libertés dans l'entreprise : du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, Éd. Liaisons, 2003.

[1502] B. MATHIEU, *op. cit.*.

[1503] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 2007.

[1504] J. SAVATIER, « La liberté dans le travail », *op. cit.*

[1505] A. MAZEAUD, « Droit d'expression des salariés », *Rép. Dr. trav., Dalloz*, n° 8 et s., lequel distingue le citoyen-salarié et le salarié-citoyen ; Ph. WAQUET, Y. STRUILLOU et L. PÉCAUT-RIVOLIER, *Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié*, collection « Droit vivant », éditions Liaisons, 2014.

SECTION 1 : UNE LIBERTE RECONNUE AU CITOYEN-SALARIE

349. – « Salarié-citoyen » ou « citoyen-salarié » ? Une question de sémantique qui traduit une évolution de statut : de citoyen de l'entreprise, le salarié a évolué vers celui de citoyen dans l'entreprise. La nuance est fine[1506] car ces acceptions s'accompagnent toutes deux d'un accroissement des droits et des libertés accordés au travailleur-salarié. La différence provient alors tant de la finalité des nouvelles prérogatives ainsi conquises, que de leur dimension. En effet, dans un premier temps, le salarié a pu jouir d'une partie des attributs du citoyen dans la participation active à la vie de l'entreprise. D'un point de vue collectif, le salarié a pu être représenté, s'exprimer, défendre ses intérêts, en somme importer la vie démocratique liée à la citoyenneté dans l'entreprise[1507]. Cette conquête progressive a connu un aboutissement avec la reconnaissance du droit d'expression, droit individuel à dimension collective[1508]. A cette occasion une seconde étape a été franchie, exprimée par le législateur de l'époque : « Citoyens dans la cité, les travailleurs doivent l'être aussi dans leur entreprise »[1509]. Ainsi, par l'encadrement du pouvoir réglementaire de l'employeur, le salarié a pu bénéficier d'une protection des droits et libertés exercés individuellement[1510], autrement dit conserver sa citoyenneté dans l'entreprise. La jouissance de cette dernière ne se limite donc pas à une vie extra-professionnelle[1511] mais au contraire permet au salarié de vivre à l'intérieur de l'entreprise dans les mêmes conditions qu'à l'extérieur de celle-ci.

[1506] Ce qui peut parfois susciter parfois l'envie d'y voir des synonymes : « le salarié-citoyen (ou le citoyen-salarié) », P. ADAM, « La parabole du lanceur d'alerte », *SSL*, 2015, n° 1670.

[1507] « La démocratie économique dans l'entreprise » : rapport Auroux, *op. cit.*

[1508] Article L. 2281-1 du Code du travail : « Les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail».

[1509] J. AUROUX, *Les droits des travailleurs*, *op. cit.*, spéc. p. 3.

[1510] M. LAIGNEAU, « L'entreprise et le citoyen salarié : vers une logique d'individualisation ? », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 687, Juin 2011, repère 6.

[1511] Certains auteurs peuvent réserver la notion de « citoyen-salarié » à la protection de la vie extra-professionnelle du salarié : *cf* not. J.-Y. FROUIN, « Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », *op. cit*, lequel estime que le régime de la vie personnelle du salarié du salarié ne saurait être remis en cause, « au seul motif que le comportement du salarié dans sa vie hors travail heurte la conscience, a fortiori la morale, sans quoi c'est le principe même qui les gouverne – la liberté personnelle du citoyen salarié – qui serait ébranlé » ; *contra* : Ph. WAQUET, Y. STRUILLOU et L. PÉCAUT-RIVOLIER, *op. cit.* ; A. MAZEAUD, *op. cit*

La pénétration de la citoyenneté dans le rapport de travail a suscité certaines réticences qui se sont manifestées par une reconnaissance mesurée des libertés publiques du salarié (§1). Elle a néanmoins été l'occasion d'encadrer l'exercice du pouvoir de l'employeur (§2).

§1 : Le citoyen-salarié titulaire de libertés publiques

350. – « Le droit à l'exercice des libertés publiques dans l'entreprise »[1512]. Le titre de la première partie du rapport Auroux témoigne de l'intention du législateur et introduit une notion qui pouvait paraître étrangère à un domaine dominé par des rapports de droit privé (A). Malgré les bonnes intentions, la pénétration pourtant souhaitable des libertés publiques dans l'entreprise s'est avérée plutôt timide (B).

A / Une notion applicable au rapport privé de travail

351. – Le qualificatif de « public » caractérise habituellement l'opposabilité à la puissance publique des libertés du citoyen. Le caractère public peut également désigner la dimension collective dans lesquelles ces libertés sont exercées, comme l'exprime l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ».
Toutefois, cette dimension publique élude t-elle toute mobilisation des libertés publiques dans la relation de travail salarié ? Deux arguments militent en faveur d'une réponse négative.

352. – D'abord, comme le souligne Jean Rivero : « les libertés ne changent pas de nature que les menace une autorité publique ou un particulier »[1513]. Ainsi, « la liberté d'opinion est compromise par le conformisme patronal, comme par le conformisme

[1512] Rapport Auroux, *op. cit.*, dont la première partie intitulée « le droit à l'exercice des libertés publiques dans l'entreprise », p. 7.
[1513] J. RIVERO, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *op. cit.*

gouvernemental »[1514]. En effet, il apparaît cohérent de pouvoir assurer au citoyen-salarié les mêmes garanties d'opposabilité que ce soit vis-à-vis de l'État que de l'employeur, d'autant plus que ce dernier oppose par nature un intérêt privé. Il serait discutable de faire de l'intérêt particulier un motif d'exclusion totale des libertés publiques alors que ces dernières s'expriment dans une dimension plus globale d'intérêt général. Autrement dit, l'intérêt collectif primant sur l'intérêt privé, les libertés publiques trouvent naturellement application dans les rapports entre particuliers.

Néanmoins, la présence d'intérêts privés peut également militer en faveur d'une conception étroite des libertés publiques : dès lors que l'intérêt général n'est pas l'enjeu de la mise en œuvre de ces libertés, leur dimension se restreignent à l'individu. Par ailleurs, les rapports de pouvoir sont également différents : le salarié en sortant de l'entreprise peut se soustraire à l'autorité de l'employeur, alors que le citoyen, sauf à émigrer, ne le peut. La volonté de l'individu de s'affranchir des règles qui s'imposent est donc plus difficile pour le citoyen.

Ainsi, les libertés publiques constitueraient l'échelon le plus élevé des libertés dont jouissent les citoyens, se différenciant des libertés dites « individuelles ». Cette dernière qualification a d'ailleurs connu un certain succès, notamment dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ce dernier a ainsi proclamé que « la liberté individuelle constitue l'un des principes fondamentaux garantis par les lois de la République, et proclamés par le Préambule de la Constitution de 1946, confirmé par le Préambule de la Constitution de 1958 »[1515]. Les décisions rendues ultérieurement ont pu préciser la notion en y intégrant notamment la liberté d'aller et venir et la liberté du mariage en 1993[1516], le respect de la vie privée en 1995[1517] et enfin, l'inviolabilité du domicile en 1997[1518], leur conférant par la même occasion une valeur constitutionnelle.

353. – La responsabilité de la puissance publique constitue un deuxième argument en faveur de l'application des libertés publiques en droit du travail. En effet, comme le souligne Jean Rivero : « c'est de l'État en définitive que relève la protection de la liberté dans les rapports privés : c'est le législateur qui en pose les principes et le juge qui en assure le respect. L'État manquerait donc à son obligation si ses organes se refusaient

[1514] *Ibid.*
[1515] Cons. const., décision n° 76-75 du 12 janvier 1977.
[1516] Cons. const., décision n° 93-325 du 13 août 1993.
[1517] Cons. const., décision n° 94-352 du 18 janvier 1995.
[1518] Cons. const., décision n° 97-389 du 22 avril 1997.

à exercer cette protection ». « L'état, qui s'est engagé à garantir aux citoyens une zone d'autodétermination, manquerait à sa propre logique si ses organes ne la protégeaient pas contre les personnes privées aussi bien que contre eux-mêmes »[1519].

Le juge se pose alors en garant de la protection de ces libertés, ainsi que le souligne l'article 66 de la Constitution, interprété largement par le Conseil constitutionnel[1520], et qui prévoit que l'autorité judiciaire est la gardienne de la liberté individuelle. Même dans un conflit issu de la relation de travail, il peut être amené « à remplir la plus élevée de ses tâches, la seule que la Constitution lui confie expressément : définir la liberté du citoyen »[1521]. Il convient toutefois de noter un affaiblissement du rôle du juge dans l'évolution de la jurisprudence du gardien de la Constitution.

En effet, ce dernier remet en cause pour la première fois en 1998, l'architecture de l'article 66 de la Constitution telle que voulue par le constituant de 1958, en distinguant le respect de la vie privée de la liberté individuelle[1522]. Le Conseil constitutionnel entend alors donner une conception étroite à la notion de liberté individuelle, centrée sur « le domaine des privations de liberté (garde à vue, détention, rétention, hospitalisation sans consentement) »[1523], la distinguant des libertés individuelles constitutionnellement garanties « la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile privé, le respect des correspondances et le respect de la vie privée » protégées par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 »[1524]. Dès lors, certains y voient un affaiblissement de la protection des libertés constitutionnelles désormais situées en-dehors des prérogatives d'un pouvoir judiciaire indépendant[1525]. Toutefois, la nouvelle assise textuelle sur laquelle repose ces libertés tend à confirmer l'idée d'une confusion entre libertés publiques et droits de l'homme[1526].

[1519] J. RIVERO, *op. cit.*

[1520] *Cf* décision dite « fouille des véhicules », n° 76-75 du 12 janvier 1977, *op. cit.* ; *cf* ég. décision n° 93-325 du 13 août 1993 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

[1521] Ph. ARDANT, *op. cit.*

[1522] Cons. const., décision n° 98-405 du 29 décembre 1998.

[1523] Commentaire du Conseil constitutionnel de sa décision n° 2013-357 QPC du 29 novembre 2013, page 7.

[1524] Décision du Conseil constitutionnel, n°2004-492 DC du 2 mars 2004.

[1525] B. LOUVEL, « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ? », *Réflexion à l'occasion de la rencontre annuelle des premiers présidents de cour d'appel et de la Cour de cassation*.

[1526] J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Les libertés publiques*, t. 1, PUF, coll. Thémis.

354. – Qu'elles soient publiques ou individuelles, les libertés demeurent attachées à la citoyenneté, et le débat sémantique ne saurait nier l'évidence d'une application des mécanismes de protection à l'œuvre dans les rapports entre État et citoyen, dans ceux entre employeur et citoyen-salarié. Au-delà du symbolisme attaché à la notion de liberté publique, il demeure toutefois la difficulté de son effectivité dans la relation de travail.

B / Une notion affaiblie dans la relation de travail

355. – L'importation des libertés publiques en droit du travail a pu connaître certaines hésitations : « s'étant saisie de ce concept prestigieux, il est explicable que la doctrine en droit du travail s'en soit servi parfois avec maladresse ou en quelque sorte "à demi", parce qu'insuffisamment rompue aux maniements d'une théorie qui est l'apanage des publicistes »[1527]. En effet, la lecture des contributions doctrinales contemporaines à la publication du rapport Auroux[1528] et à la promulgation de la loi qui en découle, témoigne des interrogations quand à la place des libertés publiques dans la relation de travail.

356. – Les auteurs ont d'abord voulu préciser la notion de liberté publique en la resituant dans le contexte du rapport de travail. Ainsi ont-ils pu distinguer différentes catégories de libertés, d'une part, en raison de leur dimension collective ou individuelle et, d'autre part, entre les libertés dont la jouissance ne s'effectue que dans l'entreprise, autrement dit des « libertés professionnelles », et celles appartenant au citoyen[1529]. Parmi ces dernières, il paraît difficile d'en établir une liste exhaustive même si certains auteurs ont pu en désigner certaines à titre d'exemple : « liberté de la personne physique, de l'opinion et de son expression, de la vie privée »[1530]. « D'aucuns ont souhaité qu'une liste des libertés publiques soit d'abord établie, avant toute réflexion. D'autres, plus réalistes peut-être, ont pensé qu'il fallait s'en tenir aux grandes libertés de

[1527] J.-M. VERDIER, « Travail et libertés », *Dr. soc.*, 1982, p. 418.
[1528] « L'entreprise et les libertés publiques », Actes de colloque de l'Association française de droit du travail et de la sécurité sociale, *Dr. soc.*, 1982, p. 417 et s. ; B. SOINNE, Le contenu du pouvoir normatif de l'employeur, *Dr. soc.*, 1983, p. 509. - ; J. RIVERO, « Note sur le règlement intérieur », *Dr. soc.*, 1979, p. 5.
[1529] J.-M. VERDIER, *op. cit.*
[1530] J. RIVERO, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *op. cit.*

la personne, de la vie privée, ainsi qu'à celles qui encadrent de manière spécifique la vie du travailleur… »[1531].

Ces analyses se rejoignent toutes pour constater une évolution : l'importation des libertés individuelles du citoyen dans la vie professionnelle. Il semble donc admis l'existence de libertés « dont les travailleurs semble maintenant admettre moins facilement qu'ils les laissent au vestiaire en pénétrant dans les ateliers ou les bureaux »[1532].

Ce constat se double d'un sentiment, lui aussi partagé par l'ensemble des auteurs de cette époque : celui de la faible protection des libertés du citoyen-salarié, eu égard à leur faible reconnaissance par la jurisprudence.

357. – Les libertés publiques relevant d'abord du domaine des relations entre citoyens et État, il n'est pas étonnant que la reconnaissance de la liberté au sein de l'entreprise émane en premier lieu de juridictions de l'ordre administratif. Ainsi, le conseil d'État a proclamé l'existence de telles libertés au sein de l'entreprise dans deux arrêts relatifs à la légalité de certaines dispositions de règlements intérieurs. Il a ainsi considéré qu'un règlement intérieur ne doit pas comporter « une limitation qui excède, par sa généralité l'étendue des sujétions que l'employeur peut édicter en vue d'assurer, dans certains cas, le bon ordre et la discipline dans l'entreprise »[1533]. De même, un peu plus tard, le conseil d'État a pu énoncer que, afin d'assurer l'hygiène la sécurité sur les lieux de travail, l'employeur ne peut apporter « aux droits de la personne que les restrictions qui sont nécessaires pour assurer le but recherché »[1534]. Cette seconde formulation renforce la protection du salarié, apparaissant alors plus restrictive en ce qu'elle n'admet plus d'atteinte pour le « bon ordre » de l'entreprise mais uniquement dans un but d'hygiène de sécurité.

358. – En comparaison, les juridictions de l'ordre judiciaire ont fait preuve de plus de réticence à admettre que le travailleur pouvait jouir de libertés dans l'entreprise. Il convient à ce titre de rappeler la position stricte adoptée par la chambre sociale de la Cour de cassation avant l'adoption de la loi Auroux, estimant par exemple qu'un

---

1531 J.-M. VERDIER, *op. cit.*
1532 *Ibid.*
1533 CE, 16 mars 1962, *Cie des tramways d'Oran, Rec.*, p. 176 ; *JCP*, II, 12912, note J. SAVATIER.
1534 CE, 1er février 1980, n° 06361, *Ministre du travail c/ Sté Peintures Corona, op. cit.*

règlement intérieur interdisant l'introduction de journaux au sein de l'entreprise n'étaient pas « en lui-même de nature à entraver la liberté d'opinion des ouvriers »[1535]. De même, a t-elle pu admettre la condamnation d'un salarié ayant distribué un journal syndical pendant la pause « casse-croûte » à l'intérieur de l'usine, les salariés n'ayant pas cessé de demeurer sous le contrôle et l'autorité de l'employeur[1536]. Si la nature syndicale des éléments en cause confère une dimension collective aux libertés concernées par ces décisions, le même constat de réticence peut être établi s'agissant de libertés par nature individuelles, notamment dans les décisions rendues par la Cour légitimant les fouilles des salariés[1537]. Cette dernière était toutefois revenue sur cette position, mais sans reconnaître pour autant l'exercice d'une liberté du salarié, préférant mobiliser la notion de décence[1538]. Il convient enfin de rappeler que la même frilosité s'observait en matière de protection de la vie privée du salarié. Ainsi, la saga judiciaire relative à la liberté matrimoniale[1539] s'est conclue par un arrêt d'assemblée plénière du 19 mai 1978 énonçant que s'il ne pouvait être porté atteinte sans abus à la liberté mariage par un employeur que dans des cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement[1540]. En l'occurrence, le caractère religieux de l'établissement employant l'enseignante à qui il était reproché de s'être remariée, a pu constituer selon la Cour de telles circonstances exceptionnelles.

359. – Ainsi, « jurisprudence et doctrine convergent : il y a un problème des libertés publiques dans l'entreprise »[1541]. Admettant que « le caractère opérationnel de la notion de liberté publique n'est pas très affirmé »[1542], l'introduction d'instruments permettant d'assurer leur existence dans la relation de travail s'avérait donc nécessaire. En effet, le juge judiciaire « n'est pas obligé de se référer explicitement à la notion de liberté

[1535] Cass. soc., 20 décembre 1961, *Bull. civ. IV*, 1961, n° 1085, p. 866.
[1536] Cass. soc., 22 février 1967, *Bull. civ. IV*, 1967, n° 177.
[1537] Cass. soc., 14 février 1962, *Bull. civ. IV*, 1962, n° 188 ; Cass. soc., 16 décembre 1969, cité in A. BACQUET, *op. cit.*, p. 317
[1538] Cass. soc., 19 décembre 1973, *Bull. civ. I*, 1973, n° 677 : la fouille du salarié par un homme est interdite car constituant « une pratique contraires à la plus élémentaire décence ».
[1539] *Cf infra*, n° 266.
[1540] Cass. Ass. plén., 19 mai 1978, n° 76-41.211, *Bull ass. plén.*, 1978, n° 1 : *D.*, 1978, 541, concl. SCHMELCK, note Ph. ARDANT ; *RTD civ.*, 1978, p. 665, obs. G. CORNU.
[1541] J. RIVERO, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *op. cit.*
[1542] Ph. ARDANT, *op. cit.*

publique, incertaine et aux conséquences imprécises, il peut préférer d'autres voies pour défendre le citoyen à travers le salarié »[1543].

La loi du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise[1544] constitue une première étape vers la reconnaissance de la citoyenneté dans l'entreprise, alternant alors entre encadrement du pouvoir de l'employeur[1545] et reconnaissance de certains droits aux salariés. Un seul droit est d'ailleurs expressément reconnu, celui « à l'expression directe et collective sur le contenu et l'organisation de leur travail ainsi que sur la définition et la mise en œuvre d'actions destinées à améliorer les conditions de travail dans l'entreprise »[1546]. Il n'est pas question d'y voir ici une liberté, sa parenté avec la liberté d'expression restant lointaine, et ce quand bien même la jurisprudence a pu plus tard entretenir un temps le doute à ce sujet. Ce droit s'exerçant collectivement, il participe alors davantage au renforcement du « salarié-citoyen » que du « citoyen-salarié ».

Dès lors, la concentration du législateur sur l'encadrement des pouvoirs disciplinaire et réglementaire accordent une place « assez mince » aux libertés publiques[1547]. D'ailleurs, la loi Auroux ne mentionne qu'une seule fois la notion de liberté, s'agissant des conditions de validité des clauses du règlement intérieur, le législateur préférant ne pas lui accorder le qualificatif de « public », en disposant que le règlement intérieur « ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche accomplir ni proportionnées au but recherché »[1548].

Cela constitue-t-il pour autant un désaveu de la citoyenneté du salarié dans l'entreprise ? La réponse semble négative eu égard aux motivations du contrôle du pouvoir de l'employeur.

[1543] *Ibid.*

[1544] Loi n° 82-689 du 4 août 1982, *op. cit.*

[1545] Deux volets de la loi sont consacrés respectivement à l'encadrement du pouvoir disciplinaire et du pouvoir réglementaire de l'employeur, créant ainsi une nouvelle section dans le Code du travail intitulée : « Règlement intérieur, protection des salariés et droit disciplinaire ».

[1546] Article L. 461-1 du Code du travail, devenu articles L. 2281-1 et s.

[1547] J.-M. VERDIER, « Travail et libertés », *op. cit.*

[1548] Article L. 122-35 du Code du travail, devenu article L. 1321-3.

§2 : Le citoyen-salarié protégé du pouvoir de l'employeur

360. – L'absence de référence explicite à la notion de liberté publique n'ôte pas pour autant le caractère protecteur de l'intervention du législateur. Ce dernier préférant se concentrer sur l'encadrement du pouvoir de l'employeur, a d'abord voulu le limiter (A), ceci ayant eu également pour effet de le renforcer (B).

A / L'encadrement du pouvoir patronal

361. – La limitation du pouvoir de l'employeur s'est construite progressivement, irriguant peu à peu l'ensemble des prérogatives attachées à son statut, et mobilisant différentes techniques selon la catégorie de pouvoir concernée.

Le pouvoir réglementaire a été le premier à faire l'objet d'un encadrement, ce dernier ayant pu susciter certaines critiques eu égard aux nombreuses dérives constatées dans la pratique, attentatoires aux libertés publiques[1549]. De nombreux exemples ont pu être avancés pour étayer ce constat, tels que « des fouilles sans garanties, de l'interdiction de parler ou de siffler, d'avoir des discussions sur des problèmes politiques ou religieux, ou mieux encore des conversations ne portant pas sur le service »[1550]. Le législateur est donc intervenu en se reposant sur deux types d'instruments de régulation.

D'une part, le législateur a opéré une limitation de son champ d'application. Ainsi, la « brutale cure d'amaigrissement du règlement intérieur»[1551] opérée par la loi de 1982, a permis de le cantonner aux domaines de l'hygiène, de la sécurité et de la discipline[1552]. Ce périmètre s'est par la suite élargi par le renforcement du volet hygiène et sécurité, mais également en introduisant dans le même domaine des éléments relatif à l'abus d'autorité en matière sexuelle[1553], ainsi qu'en matière de harcèlement moral[1554]. Toutefois, un pas plus conséquent a été franchi récemment, par l'ajout d'une nouvelle

---

[1549] J. RIVERO, « Note sur le règlement intérieur », *Dr. soc.*, 1979, p. 1.

[1550] G. BÉLIER, « Droit disciplinaire et citoyenneté dans l'entreprise dans la réforme des droits des travailleurs », *Dr. soc.*, 1982, p. 407.

[1551] J.-E. RAY, « Une loi macédonienne ? Étude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1993. " Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles" », *op. cit.*

[1552] Article L. 122-34 du Code du travail tel qu'introduit par la loi du 4 août 1982, *op. cit.*, devenu L. 1321-1.

[1553] Article 10 de la loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992.

[1554] Article 172 de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 ; Article 4 de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016, ajoutant les « agissements sexistes ».

disposition touchant la liberté de conviction du salarié[1555], et dépassant dès lors le caractère exclusif voulu initialement par le législateur[1556]. La rédaction de ce nouveau texte, débutant par « le règlement intérieur peut », manifeste un changement de paradigme. En effet, il ne s'agit plus d'établir une interdiction assortie d'exceptions[1557] mais d'une autorisation à portée limitée.

D'autre part, la limitation du pouvoir réglementaire s'est également opérée par la prise en compte des effets de celui-ci, et notamment de l'intérêt du salarié, exprimée par la formule désormais célèbre selon laquelle il ne peut être apporté « aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché »[1558]. Cette formulation, inspirée de la décision *Peintures Corona*[1559] rendue par le Conseil d'État, fait également l'objet d'une adaptation élargie en matière de conviction du salarié. D'abord, l'impératif de justification jusqu'à présent concentré sur « la nature de la tâche à accomplir » se voit remplacé par « l'exercice d'autres droits et libertés », entraînant dès lors une déconnexion de l'activité professionnelle pour privilégier une prise en compte d'intérêts plus large, de l'entreprise notamment. En effet, apparaît ensuite une expression nouvelle : la « nécessité du bon fonctionnement de l'entreprise », laquelle constitue une motivation possible supplémentaire des restrictions des convictions des salariés, malgré des contours flous[1560]. Cette formulation marque ainsi la rupture d'une évolution, celle de la protection croissante des droits et libertés du salarié depuis la loi Auroux, et dont la loi de 1992[1561] constitue le point culminant.

362. – À côté des mesures relatives au règlement intérieur, la loi de 1982 a également entendu renforcer l'encadrement de l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur. La consécration d'un véritable « droit disciplinaire de l'entreprise privée »[1562], a ainsi

---

[1555] Article L. 1321-2-1 « Le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché », créé par la loi du 8 août 2016, *op. cit.*

[1556] Article L. 1321-1 du Code du travail : « Le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement…»

[1557] Article L. 1321-3 du Code du travail « Le règlement intérieur ne peut contenir… ».

[1558] *Ibid.*

[1559] CE, 1er février 1980, *op. cit.*

[1560] C*f infra*, n° 388.

[1561] Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage.

[1562] J. MOULY, J. SAVATIER, « Droit disciplinaire », *Rép. Dr. trav.*, Dalloz, n° 10.

astreint l'employeur au respect de certaines conditions en cas du prononcé d'une sanction à l'encontre du salarié. Le contrôle jusqu'alors réservé au licenciement s'est ainsi élargi à l'ensemble des sanctions. Ces règles procédurales centrées sur les droits de la défense du citoyen-salarié[1563], ont également investi le champ des libertés, par la prohibition des sanctions discriminatoires[1564]. Toutefois, la liste limitative des motifs considérés comme tels, même si celle-ci a pu faire l'objet de nombreuses extensions ultérieures, ne confère qu'une protection limitée, laissant la possibilité à l'employeur de sanctionner pour des critères situés hors du champ des discriminations. Cette faiblesse découle de la transposition partielle des limites du pouvoir réglementaire[1565] au pouvoir disciplinaire, qu'une symétrie aurait pu gommée.

Cet écueil fut corrigé par le législateur de 1992, introduisant une interdiction de portée générale : « 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 »[1566]. L'emploi du mot « nul »[1567] assure alors à cette disposition un champ d'application très large, y incluant certes l'expression du pouvoir patronal mais s'étendant également à toute mesure, « qu'elle émane même d'un tiers ou qu'elle soit conventionnelle ou contractuelle »[1568]. Si cette formulation visait avant tout à encadrer les dérives des cabinets de recrutement, « la rédaction adoptée permet de contrôler non seulement les accords collectifs, mais aussi les contrats de travail »[1569]. La loi de 1982 ayant restreint le champ du pouvoir réglementaire à certains domaines, ce qui se situait en dehors relevait de la négociation individuelle ou collective. Or, comme a pu le souligner un auteur : « la part du contrat croît, à la mesure de ce qui doit être exclu du règlement intérieur »[1570].

Par ailleurs, la notion de « restrictions » s'entendant également de façon large, il semble désormais que l'ensemble des prérogatives de l'employeur soit conditionné aux impératifs de justification et de proportionnalité. Néanmoins, cette extension contribua

---

[1563] Réclamant une information du salarié, imposant certains délais et lui laissant la possibilité d'être assisté.
[1564] Article L. 1132-1 du Code du travail (Ancien article L. 122-45), dont la liste des critères considérés comme discriminatoires a été maintes fois allongée.
[1565] Article L. 1321-3 du Code du travail (ancien article L. 122-35).
[1566] Article L. 1121-1 du Code du travail (ancien article L. 120-2).
[1567] Issue de la plume de G. LYON-CAEN : « Les libertés publiques et l'emploi », *op. cit.*
[1568] Ph. WAQUET, « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *op. cit.*
[1569] Ph. WAQUET, *op. cit.*
[1570] G. LYON-CAEN, *op. cit.*, spéc. n° 153.

également à conforter un constat déjà opéré lors de la loi de 1982, celui d'un renforcement du pouvoir de l'employeur.

B / L'affirmation du pouvoir patronal

363. – La doctrine s'accorde à dire que la loi Auroux a d'abord reconnu le pouvoir de l'employeur, n'ayant en rien modifié « le modèle hiérarchique traditionnel sur lequel repose la discipline », en ce que « l'employeur cumule encore les qualités de législateur, de partie poursuivante et de juge »[1571]. Ainsi, s'agissant du pouvoir réglementaire, le législateur a fait le choix de l'encadrer plutôt que de le supprimer. L'éradication du pouvoir réglementaire se serait d'ailleurs révélée inefficace, en raison notamment d'autres outils à disposition de l'employeur, à l'instar des notes de services[1572]. Il peut être admis une certaine « ambivalence de l'article L. 1321-3 du Code du travail »[1573]. Si ce dernier impose certaines limites au pouvoir réglementaire de l'employeur, elle lui reconnaît une telle prérogative dès lors que le cadre est respecté. La même remarque a pu être formulée à propos des dispositions de l'article L. 1121-1 du Code du travail : « cet article pose *a contrario* un principe qui devrait réjouir les chefs d'entreprise : le législateur leur reconnaît expressément la possibilité "d'apporter des restrictions aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives", à la double condition qui suit. C'est avouer que le salarié ne peut prétendre, dans l'entreprise, exercer librement *tous* ses droits de citoyen : une personne privée peut légitimement les restreindre, hypothèse inavouable aussi officiellement il y a vingt ans »[1574].

364. – Les restrictions aux droits et libertés du citoyen paraissent en effet relever davantage de l'autorité publique. L'employeur étant une personne privée, « il ne peut prétendre user, à l'encontre des libertés, des prérogatives propres à la puissance

---

[1571] J.-M. BÉRAUD, « La discipline dans l'entreprise », *in* Les transformations en droit du travail, *op. cit.*, spéc. p. 381.
[1572] Lesquelles ont dès lors étaient assimilées au règlement intérieur dès lors qu'elles comportent des règles générales et permanentes aux matières relevant du règlement : Article L. 1321-5 du Code du travail(ancien article L. 122-39).
[1573] Y. CHALARON, J. MOULY, « Règlement intérieur et notes de service », *Rép. Droit trav.*, *Dalloz*, spéc. n° 94.
[1574] J.-E. RAY, « Une loi macédonienne ? », *op. cit.*

publique, et à elle seule »[1575]. Si « l'on peut admettre que l'autorité patronale puisse prendre des mesures d'organisation générale de l'entreprise, pour en assurer le bon fonctionnement »[1576], elles ne sauraient comporter en principe aucune atteinte aux libertés publiques et notamment aux droits de la personne car « l'organisation générale d'une entreprise privée, telle qu'en décide l'employeur, n'est pas d'ordre public »[1577], même si certains admettent une exception accordée en matière d'hygiène et sécurité[1578]. Pourtant, l'employeur semble « investi par l'État d'une parcelle de pouvoir réglementaire »[1579]. C'est en sens que doit être comprise l'intervention du juge administratif[1580], ayant transposé en matière de contrôle du règlement intérieur, « des solutions adoptées en ce qui concerne les relations du citoyen avec la puissance publique », car « celle-ci dispose de pouvoirs de police pour assurer le maintien de l'ordre et l'équilibre entre la liberté individuelle et les exigences de l'ordre public »[1581]. Dès lors, cette reconnaissance légale apporte une solution au débat doctrinal relatif à la nature de ce pouvoir, tiraillé entre un fondement contractuel et une justification institutionnelle. « Cette base légale a, par rapport aux analyses institutionnelles, l'immense avantage d'arrimer solidement la réglementation patronale à l'état de droit, et de légitimer ainsi son effet impératif, sans qu'il soit besoin de prendre philosophiquement parti (individualiste et contractuel, ou jusnaturaliste et institutionnel) sur la source profonde de ce pouvoir »[1582]. En effet, « c'est bien parce qu'il est légalement chargé d'une fonction réglementaire, que l'employeur peut ainsi exercer une prérogative qui relève en principe exclusivement des pouvoirs publics : la limitation des droits des personnes et des libertés individuelles, ou plutôt leur aménagement dans les conditions exigées par les contraintes inhérentes à l'entreprise »[1583]. Cette approche légitime ainsi l'adoption d'un texte particulier : « la reconnaissance des libertés publiques au sein de l'entreprise implique à la fois une proclamation de principe et la mise en œuvre d'un régime juridique particulier »[1584].

[1575] J. RIVERO, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *op. cit*.
[1576] J.-M. VERDIER, *op. cit.*
[1577] Concl. A. BACQUET, *Dr. soc.*, 1980, p. 310.
[1578] J.-M. VERDIER, *op. cit.*
[1579] A. SUPIOT, « La réglementation patronale de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1992, p. 215.
[1580] CE, 1er février 1980, *op. cit.*
[1581] Ph. WAQUET, « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *op. cit.*
[1582] A. SUPIOT, *op. cit*
[1583] *Ibid.*
[1584] Ph. LANGLOIS, Rapport de synthèse table ronde les libertés du citoyen dans l'entreprise, *Dr. soc.*, 1982, p. 433.

365. – Pourtant une partie de la doctrine s'est montrée réservée face à cette consécration. Ainsi, l'article L. 1321-3 du Code du travail a pu apparaître aux yeux de certains auteurs comme un paradoxe qui habilite « un acte réglementaire privé à porter une certaine atteinte à des prérogatives investies d'une singulière majesté par l'ordre juridique de l'État »[1585]. Dans le même sens, Jean RIVERO souligne qu'« il est paradoxal de reconnaître inconditionnellement à des particuliers un droit qui, lorsqu'il est exercée par les autorités publiques, est entouré de conditions précises et minutieuses »[1586], se référant à la décision du Conseil constitutionnel du 12 janvier 1977[1587], laquelle avait alors conclu à l'inconstitutionnalité de la loi autorisant en toutes circonstances la fouille des coffres de voiture par les membres de la police judiciaire. Par ailleurs, l'auteur ajoute que « le pouvoir de police ne peut appartenir qu'à une autorité publique » [1588]. Toutefois, par son pouvoir d'organisation interne, l'employeur est habilité à prendre des mesures[1589] « qui s'apparentent parfois à des mesures de police »[1590]. Ces dernières semblent alors relever davantage du pouvoir de police administrative, poursuivant un but d'ordre public visant à assurer « le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publique »[1591], et laquelle par son but préventif se distingue dès lors de la police judicaire, à vocation répressive[1592]. L'intervention des juridictions administratives dans l'encadrement du pouvoir réglementaire de l'employeur renforce cette idée. Par ailleurs, l'employeur ne dispose pas de moyens coercitifs dévolus à la police judiciaire, ne pouvant ainsi arrêter, perquisitionner ou encore imposer un contrôle d'alcoolémie. Néanmoins, certaines de ces prérogatives lui sont reconnues, de manière limitée. Ainsi, s'il peut procéder à des tests de dépistage de l'état d'ébriété du salarié, un tel dispositif de contrôle ne peut s'imposer à tous les salariés de l'entreprise, sans distinction de la

---

[1585] A. JEAMMAUD, « Les contrôles de la légalité du règlement intérieur », *Dr. soc.*, 1983, p. 520.
[1586] J. RIVERO, *op. cit.*
[1587] Cons. const., décision n° 76-75 du 12 janvier 1977.
[1588] J. RIVERO, *op. cit.*
[1589] Exemples donnés par l'auteur (Ph. Ardant) : atteintes contractuelles (violation du libre choix du domicile en demandant au concierge d'habiter sur place ; clause de non-concurrence) ou pouvoir de direction (restrictions à liberté d'aller et venir : fixation des heures d'ouverture de l'entreprise, prohibition de l'accès à certains locaux… ; liberté de se vêtir ; libertés d'expression : refus de mise à disposition de certains moyens (locaux, espaces d'affichages, accès réseau intranet…)
[1590] Ph. ARDANT, *op. cit.*
[1591] Article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales.
[1592] Article 14 du Code de procédure pénale : « Elle est chargée, suivant les distinctions établies au présent titre, de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs ».

nature de leurs tâches[1593]. De même, la fouille des salariés obéit à un impératif de justification[1594]. Dans les deux cas, la motivation de telles prérogatives repose avant tout sur un souci d'hygiène et de sécurité des salariés et des tiers amenés à entrer en relation avec l'entreprise[1595], ce qui permet à l'employeur d'imposer dans l'entreprise des mesures qui peuvent dépasser celles qui pourraient être prises par une autorité publique. Ainsi, par exemple, si aucun règlement de police n'impose à tout citoyen de porter des lunettes de protection, cette obligation peut être imposée aux travailleurs exposés à un risque de projection.

366. – Néanmoins, la reconnaissance d'un pouvoir de police ayant pour fondement la protection de l'ordre public, l'impératif de sécurité n'en constitue qu'un aspect. Une assimilation totale de ce pouvoir dévolue aux autorités publiques ne paraît pas envisageable concernant celui de l'employeur. Une limitation de ce dernier semble donc indispensable, et impose le respect du principe de la primauté de la liberté, les restrictions demeurant l'exception. Dès lors, la question de la pertinence de cette précision textuelle peut se poser : « est-il donc nécessaire qu'un texte particulier prévoie qu'une liberté fondamentale prévaut sur les droits découlant du pouvoir patronal ? »[1596]. Néanmoins, cette précision a le mérite de dresser un cadre protecteur : « il faut réserver un noyau intangible, un bloc absolu de légalité, ne serait-ce que parce que le règlement intérieur ne saurait vider une liberté fondamentale de sa substance »[1597]. Il peut ainsi paraître d'autant plus étonnant d'inverser la hiérarchie entre libertés et pouvoir, faisant alors de l'atteinte aux droits et libertés du salarié une prérogative autorisée sous certaines conditions. Les récentes dispositions en matière de convictions du salarié[1598] semblent aller dans ce sens. Ces dernières vont même au-delà, en élargissant le champ d'application de l'ordre public par le biais de la notion de « bon fonctionnement », voisine de celle du « bon ordre » en matière de police administrative.

[1593] CE, 1er février 1980, *op. cit.*
[1594] CE 12 juin 1987, *op. cit.* - V. PETTITI, « Le droit des fouilles dans les entreprises et les locaux commerciaux », *op. cit.* ; CE, 11 juillet 1990, n° 85416 : *D.*, 1990, p. 213.
[1595] *Cf* not. Cass. soc., 3 avril 2001, n° 98-45.818, *Bull. civ. V*, 2001, n° 115 : l'ouverture, à titre temporaire, des sacs devant les agents de sécurité, « justifiée par des circonstances exceptionnelles et des exigences de sécurité » ; Cass. soc., 22 mai 2002, n° 99-45.878, *Bull. civ. V*, 2002, n° 176 : « les dispositions d'un règlement intérieur permettant d'établir sur le lieu de travail l'état d'ébriété d'un salarié en recourant à un contrôle de son alcoolémie sont licites dès lors […] qu'eu égard à la nature du travail confié à ce salarié, un tel état d'ébriété est de nature à exposer les personnes ou les biens à un danger ».
[1596] J. RIVERO, *op. cit.*
[1597] Y. CHALERON, J. MOULY, *op. cit.,* spéc. n° 95.
[1598] Article L. 1321-2-1, *op. cit.*

367. – Le caractère public semble ainsi davantage mobilisé lorsqu'il s'agit d'organiser le pouvoir de l'employeur que lorsqu'il convient d'assurer la jouissance par le salarié des libertés dont il dispose en tant que citoyen. Dès lors, il semble que le pouvoir de l'employeur soit la règle et la liberté l'exception. Il n'est donc pas étonnant que l'adaptation de la citoyenneté dans la relation de travail se soit réalisée sous le prisme de la limitation du pouvoir de l'employeur.

SECTION 2 : UNE LIBERTE SITUEE DANS LA VIE PROFESSIONNELLE

368. – La nature des droits de la personnalité amène à les exercer en opposition à autrui : « un droit subjectif ne s'exerce pas contre soi-même, mais contre les tiers auquel il est opposable »[1599]. Il s'ensuit des situations conflictuelles entre droits antagonistes ou intérêts concurrents, dont l'égalité d'importance empêche un dénouement par un simple rapport hiérarchique. Ainsi en est-il du droit de contrôle de l'employeur face à la vie privée du salarié, ou de façon plus générale du pouvoir de direction face aux libertés du salarié. La mise en balance des intérêts ou des droits concurrents, technique déjà bien ancienne[1600], constitue alors un instrument au service du juge dans la conciliation de ces forces en opposition. Cet esprit de mise en équilibre irrigue le droit européen des droits de l'homme, alors « entièrement construit sur la pondération des intérêts »[1601]. L'article 8 de la Convention en constitue un excellent exemple, affirmant en premier lieu le principe[1602], puis en envisageant ensuite les buts légitimes à même de justifier une ingérence dans son exercice[1603]. Cette approche se distingue de celle consistant à définir des frontières entre sphères (privées, personnelles ou professionnelles), laquelle n'est

[1599] J.-Ch. SAINT-PAU, « Jouissance des droits civils », Fasc. 15, *op. cit.*, spéc. n° 44.
[1600] *Cf* F. GÉNY, *Des droits sur les lettres missives*, *op. cit*, spéc. p. 198.
[1601] J.-Ch. SAINT-PAU, *op. et loc. cit.*
[1602] « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance » : Article 8 §1, CESDH.
[1603] « 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 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 » : Article 8 §2, CESDH

pas parvenue à tracer des délimitations nettes, se heurtant à une première difficulté insoluble : celle de définir précisément ce que l'on entend par la vie privée[1604]. Dès lors, la recherche d'une conciliation des droits et intérêts opposés permet d'éviter un tel écueil, en se concentrant alors sur les intérêts réciproques des titulaires des droits en conflit.

369. – Notion aux contours imprécis, l'intérêt ne présente pas de définition juridique. « L'intérêt est une notion fondamentale et négligée que l'on illustre, qu'on qualifie (personnel, légitime), qu'on classe (moral, patrimonial), mais qu'on ne définit pas »[1605]. La polysémie de cette notion peut constituer une explication à ce manquement[1606]. De façon large, les juristes peuvent l'appréhender comme : « ce qui importe (à l'état brut, avant toute qualification) : considération d'ordre moral (affection, bonheur, haine) ou économique (argent, possession d'un bien) qui, dans une affaire (contrat, procès,…), concerne, attire, préoccupe une personne (ce qui lui importe) »[1607]. Malgré son imprécision cette notion brille par son « omniprésence »[1608] : « l'intérêt paraît bien être la source, sinon la mesure, des principaux concepts juridiques. "Pas d'intérêt, pas d'action", mais aussi "pas d'intérêt, pas de droit", "pas d'intérêt, pas d'obligation", "pas d'intérêt, pas de contrat" »[1609].

La mise en balance des intérêts présents dans la relation de travail pourra déboucher sur un équilibre entre l'intérêt individuel du salarié (§1) et l'intérêt collectif de l'entreprise (§2).

[1604] J.-Ch. SAINT-PAU, *op. et loc. cit.*

[1605] G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, Paris, 1958, p. 296.

[1606] Les dictionnaires de langue font état de nombreuses définitions, *cf* par ex. Le dictionnaire de langue française de E. LITTRÉ qui présente presque une dizaine de définitions.

[1607] G. CORNU, Vocabulaire juridique, *op. cit.*, cf « Intérêt ».

[1608] « Notion passe-partout, l'intérêt semble réellement doué d'ubiquité » : P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Droit et intérêt. Entre droit et non droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, t. 2, p. 10.

[1609] *Ibid.*

§1 : La relativisation de l'intérêt individuel

370. – L'acceptation de l'idée d'une relativité des droits[1610], déjà présente à l'époque romaine[1611], a permis un encadrement, construit par la jurisprudence, en s'inspirant d'une notion mobilisée à travers toutes les branches du droit : l'abus de droit. La théorie de « l'abus des droits » est ancienne[1612], et si l'emploi de cette notion a pu dans un premier temps connaître certaines controverses doctrinales[1613], ces dernières n'ont pas freiné son irrésistible ascension dans la jurisprudence, laquelle a pu y trouver un instrument de modération. La jurisprudence sociale a pu mobiliser ce concept dans une diversité de situations[1614], faisant parfois une application propre en l'adaptant à la spécificité de la relation de travail salarié[1615].
D'application large (A), la notion d'abus tend à être interprétée de manière extensive (B).

A / Un abus d'application large

371. – L'abus dans l'exercice d'un droit nécessite d'abord un droit. L'apparente banalité de cette affirmation soulève toutefois la question du genre de droits susceptibles d'abus dans leur exercice. S'en tenant d'abord à la notion de droit, il apparaît que sont concernés par l'abus uniquement les droits subjectifs. La notion de droit subjectif[1616] a

---

[1610] L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, thèse, Éd. A. Rousseau,1905.
[1611] *Male enim nostro jure uti non debemus* : « Celui qui abuse de son droit doit répondre des dommages qu'il cause à autrui ».
[1612] A. ESMEIN, *note au S.*, 1898, 1, 17 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit* civil, 2ème éd., t. II, 1922, n° 871, p. 265 ; J. CHARMONT, « L'abus du droit », *RTD civ.*, 1902, p. 113 ; R. SALEILLES, « De l'abus de droit », *Bulletin de la société d'études législatives*, 1905, p. 325 ; L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, *op. cit.* ; G. RIPERT, « L'exercice des droits et la responsabilité civile », *Rev. crit. lég. jur.*, 1906, p. 352 ; L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, 1ère éd., 1927 ; H. CAPITANT, « Sur l'abus des droits », *RTD civ.*, 1928, p. 365 (sur l'ouvrage de L. JOSSERAND) ; G. RIPERT, « Abus ou relativité des droits », *Rev. crit. lég. jur.*, 1929, p. 33 ; L. JOSSERAND, « A propos de la relativité des droits. Réponse à l'article de M. Ripert », *Rev. crit. lég. jur.*, 1929, p. 277.
[1613] G. RIPERT qualifia la thèse de Josserand de « soviétique » (Abus ou relativité d'un droit, op. cit.), lequel lui reprocha de l'avoir présenté comme un « apôtre du bolchévisme en France » (« A propos de la relativité des droits », *op. cit.*) ; Planiol réfute quand à lui l'idée même d'abus de droit, parlant de « logomachie » estimant que « le droit cesse où l'abus commence » (*Traité élémentaire*, *op. cit.*).
[1614] De manière non exhaustive, pouvons nous citer en exemple : l'abus du droit de grève, abus dans la rupture du contrat de travail, abus de la période d'essai, abus dans la liberté ou le droit d'expression, abus de fonction, abus du droit de démissionner, etc.
[1615] E. LETOMBE, *L'abus de droit en droit du travail*, thèse, Lille, 2007, dir. B. BOSSU.
[1616] R. SALEILLES les définit comme « un pouvoir déterminé ayant pour objet un intérêt social (matériel ou moral), exercé par une volonté autonome, et protégé par une action en justice : *De la personnalité juridique,* par L. TROTABAS, Éd. A. Rousseau, 2ème éd., 1922.

fait l'objet d'abondants débats doctrinaux[1617], amenant pour certains auteurs à exclure une partie d'entre eux du champ d'application de l'abus de droit. Ainsi, il a pu être proposé de limiter le domaine de l'abus de droit aux seuls droits patrimoniaux et économiques[1618], excluant *de facto* les droits de la personnalité[1619]. Ces derniers constituent pourtant des droits subjectifs[1620], à l'instar du droit au respect de la vie privée[1621]. La soumission des droits de la personnalité à l'abus de droit permet de réguler les éventuels conflits avec d'autres prérogatives[1622]. L'abus du droit au respect de la vie privée a ainsi pu être admis[1623]. L'appartenance de ce dernier à la catégorie des droits subjectifs le distingue d'ailleurs pour certains de la liberté de la vie privée[1624], laquelle se ramène à des « possibilités d'actions [...] infinies », qui « constituent des phénomènes de non-droit »[1625]. Se pose alors la question de l'application de l'encadrement des libertés.

372. – Un autre débat a pu animer la doctrine, celui de l'intégration des libertés dans le champ d'application de l'abus de droit. Si pour certains auteurs une telle assimilation a pu paraître justifiée[1626], pour d'autres au contraire la distinction opérée traditionnellement entre les droits et les libertés a pu alimenter une exclusion de ces

---

[1617] J. DABIN, *Le droit subjectif*, 1952, Dalloz ; *cf* P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963, Dalloz ; G. MICHAELÉLIDÈS-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD civ.*, 1966, p. 216. ; H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RD publ.*, 1926, p. 574 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., t. 1, 1927, éd. du Boccard.

[1618] Henri CAPITANT limitait le domaine de l'abus de droit aux seuls droits patrimoniaux et économiques : « Sur l'abus des droits », *op. cit.*

[1619] Paul ROUBIER a ainsi qualifié les droits de la personnalité de *« théorie les plus absurdes du droit civil »* et a pu dénoncer l'abus du mot droit en retenant une définition restrictive et statutaire du droit subjectif - un avantage susceptible de renonciation - exclusivement applicable aux droits patrimoniaux : "Droits subjectifs et situations juridiques", Collection philosophie du droit, *Dalloz*, 1963.

[1620] F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes*, *op. cit.,* spéc. p. 219.

[1621] Pierre KAYSER a ainsi vérifié que certains droits de la personnalité correspondaient à la définition du droit subjectif de R. SALEILLES : « Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile », *Mélanges R. SAVATIER,* Dalloz, 1965 *;* P. KAYSER, « Les droits de la personnalité, Aspects théoriques et pratiques », *op. cit.* ; P. KAYSER, « Aspects de la protection de la vie privée dans les sociétés industrielles », *Mélanges MARTY*, 1978 ; *Adde*, L. MARTIN, « Le secret de la vie privée », *RTD civ.*, 1959, p. 227, qui montre que le droit au secret est un droit de délimitation des prétentions concurrentes.

[1622] Ch. CARON, « Brèves observations sur l'abus des droits de la personnalité », *Gaz. Pal.*, 18-19 mai 2007, p. 47.

[1623] « Si toute personne est en droit de refuser de faire connaître le lieu de son domicile ou de sa résidence, il en va autrement lorsque cette dissimulation lui est dictée par le seul dessein illégitime de se dérober à l'exécution de ses obligations et de faire échec aux droits de ses créanciers » : Cass. civ. 1ère, 19 mars 1991, *op. cit.*

[1624] A. LEPAGE, « *Droits de la personnalité »*, *op. cit.*, spéc. n° 21.

[1625] J.-Ch. SAINT-PAU, « La distinction des droits de la personnalité et de l'action en responsabilité civile », *op. cit.,* p. 405, spéc. n° 9.

[1626] P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, spéc. p. 151 ; J. Dabin, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, spéc. p. 268.

dernières du champ de l'abus de droit. Ainsi, pour certains auteurs, l'abus de droit ne devrait intervenir que dans le cadre de l'exercice d'une prérogative dotée d'une fonction ou d'un contenu suffisamment précis pour lui donner un caractère *a priori* licite[1627]. À défaut, « toute faute commise [dans l'exercice d'une liberté] serait un abus, ce qui ne serait guère raisonnable »[1628]. Cependant, s'il peut en effet être admis qu'une liberté, au caractère imprécis, ne peut constituer un droit subjectif, cela ne constitue pas pour autant un critère d'exclusion de l'application de l'abus à la jouissance de celle-ci. Dès lors, il peut être admis qu'à partir du moment où une liberté est dotée d'un certain cadre, l'abus de droit peut s'appliquer. D'ailleurs, la jurisprudence n'a guère tenu compte de ces considérations, mobilisant la notion d'abus de droit s'agissant par exemple de la liberté de circuler[1629], la liberté du commerce et de l'industrie[1630] ou encore la liberté d'expression[1631].

373. – En droit social, la frontière est parfois mince entre droit et liberté. Ainsi, le droit de grève « est une liberté que la Constitution garantit à tous (...). Mais lorsqu'un employé en use vis-à-vis de son employeur, il exerce un véritable droit subjectif. Il s'agit, en effet, pour le premier d'un avantage qu'il oppose au second, créant ainsi entre eux un rapport juridique original »[1632]. Il en est de même concernant la liberté syndicale[1633], laquelle se manifeste dans l'exercice des droits syndicaux.

La liberté d'expression du salarié constitue également un exemple intéressant. Si cette dernière tend à se distinguer du droit d'expression, ces deux types de prérogatives sont toutes deux sujettes à l'application de l'abus de droit. Les critères permettant de caractériser l'abus sont d'ailleurs très proches. Ainsi, si l'abus de la part du salarié de sa liberté d'expression est matérialisé par le fameux triptyque : « l'injure, la diffamation et

---

[1627] H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 6ème éd., t. 1, 1965, Montchrestien, spéc. n° 549 ; pour un affinement de cette distinction *cf* not. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, 4e éd., 1994, LGDJ, n° 769. ; M.-T. CALAIS-AULOY, « De la limite des libertés à l'inutilité de la notion d'abus de droit », *LPA*, 13 décembre 1991.

[1628] L. CADIET, Ph. LE TOURNEAU, « Abus de droit », *Rép. Dr. civ.,* Dalloz, n° 9.

[1629] Abus de jouissance des voies publiques, abus du droit de priorité : J. MOURGEON, « Le droit de priorité est-il absolu ou relatif ? », *Gaz. Pal.*, 1964, 2, Doctr. 60.

[1630] Bornée par l'action en concurrence déloyale.

[1631] Article 11 de la Déclaration de 1789: « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

[1632] J. LEMÉE, *Essai sur la théorie de l'abus de droit,* thèse Paris XII, 1977, spéc. n° 677.

[1633] Liberté constitutionnelle : Conseil constitutionnel, décision n° 82-144 du 22 octobre 1982 ; Article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

l'excès »[1634], l'abus de droit d'expression est quand à lui caractérisé par des critiques « excessives et malveillantes »[1635]. Par ailleurs, l'usage abusif du droit et celui de la liberté d'expression se trouvent également réunis quand aux effets qu'ils produisent, à savoir la caractérisation d'une faute justifiant un licenciement[1636]. Enfin, la distinction entre droit et liberté d'expression n'est pas toujours franche. L'expression équivoque : « *le droit à la liberté d'expression* », se retrouve par exemple dans l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme[1637], mais est également parfois mobilisée par la Cour de cassation elle-même[1638]. De même, la liberté d'expression se trouve encadrée tant en-dehors[1639] qu'à l'intérieur de l'entreprise[1640].
Au-delà de ces exemples, si droits et libertés se trouvent réunis dans une même expression lorsqu'il s'agit d'assurer la protection de leur exercice par le salarié[1641], il semble cohérent qu'ils se situent au même rang dans l'encadrement de leur exercice.

374. – La liberté de la vie privée ne semble donc pas exclue du champ d'application de l'abus de droit du seul fait de son caractère plus large, et imprécis, que le droit au respect de la vie privée. Pour autant, l'abus n'a jamais été retenu par le juge lorsqu'il est question de liberté de la vie privée. Néanmoins, peuvent s'en approcher certaines situations de fait, constitutives de fautes du salarié, et qui mobilisent la notion d'abus sans pour autant la rattacher à un droit ou à une liberté existante. Tel est le cas de l'utilisation abusive des moyens professionnels mis à la disposition du salarié. Ce dernier peut être amené à les détourner de leur finalité première par un usage personnel. Une relative tolérance de la jurisprudence ne permet pas à l'employeur de

---

[1634] *Cf* par ex. : Cass. soc., 9 novembre 2004, n° 02-45.830, Inédit : pour des propos injurieux et excessifs ; Cass. soc., 3 décembre 2008, n° 07-42.331 et 07-42.332, Inédits : pour un cumul de dénigrement et d'injures ; *cf* B. DABOSVILLE, « Contours de l'abus d'expression du salarié », *RDT*, 2012, p. 275 ; Cass. soc., 23 septembre 2015, n° 14-14.021, Inédit : *JCP S*, 2015, n° 1429, obs. B. BOSSU.
[1635] Cass. soc., 20 janvier 1993, n° 91-43.652, Inédit : *RJS*, 1993, n° 296.
[1636] Abus du droit d'expression : *cf* not. Cass. soc., 20 janvier 1993, *op. cit.*, Cass. soc., 21 juin 1994, n° 93-40.133, Inédit ; Abus de la liberté d'expression : cf *not.* Cass. soc., 12 novembre 1996, n° 94-43.859**,** *Bull. civ. V*, 1996, n° 373 ; *D.*, 1996, IR, p. 266 *;* Cass. soc., 5 octobre 2004, 02-44.487, Inédit ; Cass. soc., 6 juillet 2005, n° 04-46.085, Inédit : *JCP S*, 2005, comm. n° 1156.
[1637] « Toute personne a droit à la liberté d'expression », Article 10 de la CESDH.
[1638] Cass. soc., 1er décembre 1998, n° 96-22.465, Inédit ; Cass. soc., 26 septembre 2006, n° 05-41.173, Inédit, lequel évoque le « *droit à la libre expressio*n » ; *cf* ég. Cass. soc., 12 novembre 2008, n° 07-42.220, Inédit : même s'il semble s'agir d'une erreur de rédaction, qui évoque « le droit d'expression » en dehors des textes afférents.
[1639] « L'abus de droit est la seule limite apportée à la liberté d'expression des salariés en dehors de l'entreprise » : Cass. soc., 4 février 1997, n° 96-40.678, Inédit : *Dr. soc.*, 1997, p. 413, obs. J. SAVATIER : *D.*, 1997, IR, p. 78 ; *RJS*, 3/1997, n° 252.
[1640] Cass. soc., 14 décembre 1999, n° 97-41.995, *op. cit.*
[1641] Article L. 1121-1 du Code du travail.

sanctionner un tel usage, jusqu'à une certaine limite. Le franchissement de cette dernière, caractérisé de diverses façons, s'exprime alors parfois à travers la notion d'abus, tel qu'en matière d'utilisation du téléphone[1642]. Un usage fautif peut également s'observer s'agissant des moyens informatiques mis à disposition, que ce soit en matière d'utilisation de la messagerie professionnelle[1643], des capacités de stockage de l'ordinateur[1644] ou encore des connexions internet[1645]. Toutefois, si la jurisprudence admet la faute dans un usage excessif ou détourné de ces technologies, elle mobilise rarement la notion d'abus[1646], contrairement à la doctrine[1647] ou à la CNIL[1648]. Pourtant, la chambre criminelle de la Cour de cassation n'hésite pas à qualifier d'abus de confiance[1649], le temps passé au téléphone plutôt qu'à l'activité professionnelle. Cette extension critiquée[1650] du champ d'application de l'article 314-1 du Code pénal[1651], mobilise la notion de confiance[1652] avec laquelle la jurisprudence sociale entretient une

---

[1642] Cass. soc., 3 décembre 2008, n° 07-43.274, Inédit : « la salariée avait usé du téléphone de l'entreprise à des fins privées, de façon abusive » ; Cass. soc., 17 mars 2010, n° 08-45.089, Inédit : « le salarié (…) avait utilisé abusivement le téléphone portable professionnel pour des communications privées en période d'arrêt maladie » ; *contra* Cass. soc., 6 janvier 2010, n° 08-70.259, Inédit : « le fait pour le salarié d'avoir au vu des éléments produits passé cinq communications téléphoniques personnelles sur le téléphone portable de l'entreprise ne caractérisait pas un usage abusif du téléphone de l'entreprise »

[1643] Cass. soc., 18 décembre 2013, n° 12-17.832, Inédit.

[1644] Cass. soc., 16 mai 2007, n° 05-43.455, Inédit.

[1645] Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-44.247, Inédit ; Cass. soc., 21 septembre 2011, n° 10-14.869, Inédit : *LPA*, 2012, n° 148, obs. T. MORGENROTH ; Cass. soc., 23 novembre 2011, n° 10-30.833, Inédit ; Cass. soc., 10 mai 2012, n° 10-28.585, Inédit.

[1646] Cass. soc., 8 décembre 2009, n° 08-42.097, Inédit : « la seule conservation sur son poste informatique de trois fichiers contenant des photos à caractère pornographique sans caractère délictueux ne constituait pas, en l'absence de constatation d'un usage abusif affectant son travail, un manquement du salarié aux obligations résultant de son contrat susceptible de justifier son licenciement **» ;** *RDT*, 2010, p. 235, obs. Y. LEROY ; *Comm. com. électr.*, 2010, comm. 31, note E. A. CAPRIOLI ; Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11-12.502, Inédit : « le salarié avait stocké 1562 fichiers à caractère pornographique représentant un volume de 787 mégaoctets sur une période de quatre années, et qu'il avait également utilisé son ordinateur professionnel pour confectionner de fausses attestations, a justement retenu que cet usage abusif et contraire aux règles en vigueur au sein de la SNCF de son instrument de travail ».

[1647] *cf* not. A. BARÈGE, B. BOSSU, « L'ordinateur et la vie privée du salarié », *JPC S*, 2007, n° 1451 : « L'utilisation de la messagerie électronique à des fins personnelles ne doit pas s'avérer abusive » ; J.-E. RAY, *Dr. soc.*, 2010, p. 267 : *lequel parle d' « usage abusif des TIC » ;* ég. B. BOSSU, *JCP S*, 2013, n° 1045.

[1648] CNIL, *21e rapport d'activité*, p. 129 : « « À défaut d'abus manifeste et caractérisé, un employeur ne saurait reprocher un comportement s'il n'a pas préalablement déterminé quelle était la règle ».

[1649] Cass. crim., 19 mai 2004, n° 03-83.953, *Bull. crim.*, 2004, n° 126 : *D.*, 2004, p. 2748, obs. B. DE LAMY ; Cass. crim., 19 juin 2013, n° 12-83.031, *Bull. crim,* 2013, n° 145 : *RDT*, 2013, p. 767, obs. V. MALABAT ; *JCP S*, 2014, comm. n° 1128, note F. DUQUESNE.

[1650] H. MATSOPOULOU, « Abus de confiance : les "dérives jurisprudentielles" », *RSC*, 2013, p. 813 ; V. MALABAT, *op. cit.*

[1651] « L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ».

[1652] B. Bossu, « La confiance en droit du travail », *op. cit.*

relation de défiance. Par ailleurs, elle tend à véhiculer une connotation morale, pouvant entretenir une confusion entre abus de droit et la notion de loyauté contractuelle.

375. – Les hésitations liées à l'encadrement par l'abus de droit de l'utilisation par le salarié des moyens mis à sa disposition semblent découler de l'absence de rattachement de cette faculté à une prérogative « mère » reconnue. Un lien peut toutefois être envisagé avec les libertés inhérentes aux outils utilisés, telle que la liberté de communication[1653], la liberté d'expression ou encore le droit d'accès à Internet[1654]. Par ailleurs, l'importation d'un « temps personnel » au travail renforce l'autonomie du salarié et partant la liberté de la vie privée de ce dernier, laquelle pourrait également être invoquée. Il convient toutefois de s'interroger sur la caractérisation de cet abus.

B / Une caractérisation extensive de l'abus

376. – La caractérisation de l'abus peut diverger en fonction de l'interprétation de la nature des droits subjectifs. D'une part, le droit subjectif étant un droit par nature égoïste[1655], l'abus n'existera que si le droit a été exercé avec l'intention de nuire, c'est-à-dire « dès lors que le titulaire de ce droit ne [doit] en tirer aucun avantage ni aucune utilité appréciable »[1656] , ou avec légèreté blâmable. D'autre part, l'abus de droit peut être défini comme « l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité »[1657]. Les droits sont des *fonctions* (droits-fonction), qu'il n'est pas permis de détourner de leur destination sociale. « Le contenu psychologique de l'abus est alors très faible, pour ne pas dire inexistant, puisqu'il suffit de rechercher si l'activité entrait bien

---

[1653] Article 1er de la loi nº 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.
[1654] Cons. const., décis. n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 : L. MARINO, « Le droit d'accès à Internet, nouveau droit fondamental », *D.*, 2009, p. 2045.
[1655] G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le Traité de PLANIOL,* t. 2, 1957, spéc. n° 970, note 1.
[1656] Cass. civ. 2ème, 11 septembre 2008, n° 07-18.483, Inédit ; *cf* ég. L. CADIET, Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 25, pour lesquels l'intention de nuire est caractérisée lorsqu'il « apparaît tout à la fois inutile pour lui-même et préjudiciable au défendeur, cette conjonction révélant l'intention de nuire » ; la jurisprudence tend à assouplir ce critère en y intégrant parfois des formules telles que "la malveillance", "l'acte malicieux", "la mauvaise foi", "la faute lourde équipollente au dol", "l'erreur grossière", voire "la légèreté blâmable", dérivant de l'interprétation stricte initiale (*cf* G. COURTIEU, « Droit à réparation – Abus de droit. Notion », Fasc. 131-10, *Jcl Code civil*, spéc. n° 26).
[1657] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, op. cit.,* n° 292.

dans les prévisions du législateur »[1658]. Cette approche peut être complétée par la distinction opérée entre abus de droit et détournement de pouvoir[1659]. Les pouvoirs considérés en tant que prérogatives accordées à une personne dans l'intérêt d'autrui se rapprochent ainsi de l'esprit du droit-fonction à vocation altruiste, le détournement de finalité en constituant la limite. Ce type de droits semble ainsi correspondre à l'encadrement exercé par la jurisprudence dans la mise en œuvre du pouvoir de l'employeur. Toutefois, il peut également concerner le salarié, en ce que l'abus prononcé en matière de droit de grève peut s'interpréter dans une finalité détournée d'un certain pouvoir de nuisance. De la même façon, la liberté d'expression peut appartenir à la catégories des droits-fonction, s'inscrivant dans une dynamique démocratique d'intérêt général. Il semble alors pouvoir en être de même concernant l'ensemble des droits et des libertés dont jouit le citoyen-salarié, et qui participent tous à son autonomie et à son épanouissement personnels. L'abus du salarié, strictement entendu, en ce qu'il se concentre sur l'étude de l'intérêt à agir, peut donc être caractérisé de trois manières : par l'intention de nuire, la légèreté blâmable ou encore par le détournement de finalité.

377. – Cette nuance se retrouve en matière d'abus de liberté d'expression du salarié, dans laquelle il peut être distingué entre l'injure et la diffamation d'une part, de ce qui relève de l'excès d'autre part. Selon la première chambre civile de la Cour de cassation, « la liberté d'expression est un droit dont l'exercice revêt un caractère abusif dans les cas spécialement déterminés par la loi »[1660]. Une loi particulière s'applique en la matière[1661]. Cette dernière prévoit les conditions dans lesquelles cette liberté est détournée de sa finalité en cas d'injure[1662] ou de diffamation[1663], même si dans ces cas l'intention de nuire peut également être revendiquée. Ces dispositions prédominent et limitent l'application de l'abus de droit assis sur le fondement de l'ancien article 1382 du Code civil[1664] : « les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du code

[1658] L. CADIET, Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 26.
[1659] E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, spéc. n° 27 s.
[1660] Cass. Civ. 1ère, 27 novembre 2013, n° 12-24.651, *Bull. civ. I*, 2013, n° 232 : *D.*, 2013, p. 2850 ; *RTD civ.*, 2014, p. 127, obs. Jourdain : des propos, dénigrant l'activité de sociétés, avaient jeté le discrédit sur leurs produits en incitant une partie de leur clientèle à s'en détourner, ce dont il résultait un abus spécifique de la liberté d'expression.
[1661] Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.
[1662] Article 33 de la loi du 29 juillet 1881.
[1663] Article 29 de la loi du 29 juillet 1881.
[1664] Devenu article 1240 du Code civil (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016).

civil »[1665]. Fondé sur la responsabilité civile, l'abus de droit ne semble donc trouver application qu'en-dehors de l'injure et de la diffamation. Il semble également s'appliquer lorsque les propos ne concernent pas les personnes spécifiquement visées par la loi. Ainsi, les critiques envers les biens et les services entrent dans le champ d'application de l'abus de droit[1666]. Or, les propos abusifs du salarié concernent très souvent des personnes physiques, et les critiques formulées envers l'organisation de l'entreprise visent davantage l'institution, personne morale, que les biens et services proposés par celle-ci.

Ainsi, l'abus de la liberté d'expression du salarié devrait davantage relever des dispositions spéciales relatives à la presse en matière d'injure et de diffamation, sans devoir solliciter la notion d'abus du droit, si de telles qualifications venaient à être retenues. Or, en premier lieu, la chambre sociale de la Cour de cassation réserve l'application de la loi spéciale à des situations se déroulant en-dehors de l'entreprise[1667]. En second lieu, elle mobilise la notion d'abus de droit lorsque des injures ou des propos diffamants sont prononcés à l'encontre de personnes physiques[1668]. Cette différence de position avec la chambre civile se renforce s'agissant de l'appréhension de la notion d' « excès ».

378. – L'excès apparaît comme un critère à la fois propre et répondant à une acception spécifique de l'abus de droit par la chambre sociale. En matière de liberté d'expression, il présente certes l'utilité de couvrir les situations ne relevant ni de l'injure, ni de la diffamation, au risque toutefois d'une subjectivité contre laquelle la caractérisation de l'abus entend lutter. Ainsi, la notion floue[1669] de « propos excessifs » utilisée par la Cour de cassation en matière de liberté d'expression ne fait ressortir que peu d'éléments

---

[1665] Cass. Ass. plén., 12 juillet 2000, n° 98-10.160 et 98-11.155, *Bull. Ass. plén.*, 2000, n° 8 ; *cf* égal. nombreux arrêts postérieurs ; B. DE LAMY, « Les tribulations de l'article 1382 du code civil au pays de la liberté d'expression », *in Libre droit, Mélanges le TOURNEAU*, 2008, Dalloz, p. 275.

[1666] Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10e éd., 2014/2015, Dalloz Action, spéc. n° 6070 et s.

[1667] Injures prononcées à l'encontre d'un employeur au cours d'une instance judiciaire : Cass. soc., 28 mars 2006, n° 04-41.695, *op. cit.*

[1668] *cf* not. Cass. soc., 9 novembre 2004, n° 02-45.830, *op. cit.* ; Cass. soc., 6 juillet 2005, n° 04-46.085, *op. cit.* ; Cass. soc., 26 avril 2006, n° 04-44.538, Inédit ; Cass. soc., 19 juin 2013, n° 12-15.442, Inédit.

[1669] E. DOCKÈS, « La liberté d'expression au travail », *Dr. Ouvrier*, 2011, 750, p. 53 ; « même si cette dernière ne doit pas être vue comme la "voiture-balai" de l'abus » : J.-P. TRICOIT, « Liberté d'expression et droit social », Fasc. n° 18, *J.-Cl.,* Communication, 2016, spéc. n° 117.

objectifs révélant une casuistique [1670] fort éloignée des critères habituels de caractérisation de l'abus de droit que sont l'intention de nuire ou le détournement de finalité. La notion de « dénigrement », notion gigogne[1671], qui apparaît dans plusieurs décisions [1672] condamnant l'abus de liberté d'expression du salarié, ajoute de l'incompréhension puisque la diffamation, prévue par les textes, aurait vocation à s'appliquer dans de pareils cas. Enfin, le rattachement de l'excès à la liberté d'expression paraît parfois éloigné de cette dernière, la Cour de cassation ayant rattaché à l'abus de cette liberté le salarié qui « par des manifestations excessives, […] s'était immiscé dans la stratégie de l'entreprise et avait tenté de faire pression sur ses dirigeants en attirant l'attention des autres salariés, comme celle des actionnaires et investisseurs, sur ses divergences de vue avec eux »[1673]. L'excès semble ainsi effacer la recherche d'un fondement de l'abus de droit. Qu'entend-on par excès dans la jouissance d'une liberté ou d'un droit ? Il apparaît que l'excès tend à devenir un synonyme de l'abus alors qu'il devrait au contraire s'en distinguer. Ainsi, la chambre civile de la Cour de cassation différencie l'abus du droit de propriété, lequel suppose une faute matérialisée par une intention de nuire à son voisin[1674], des troubles anormaux du voisinage, définis comme « ceux excédant l'inconfort habituel de la proximité »[1675]. Mobilisée par la cour en matière de liberté d'expression, la notion d'excès se démarque ainsi de celle d'abus, obéissant dès lors à des critères spécifiques, tendant alors à privilégier la prise en compte de l'intérêt d'autrui, par le biais des conséquences de l'excès, sur l'analyse de l'intérêt à agir.

379. – Toutefois, l'excès peut constituer une notion qualifiante de l'abus. Il peut ainsi contribuer à la caractérisation du détournement de finalité, s'agissant notamment de

---

[1670] Cass. soc., 15 octobre 1996, n° 94-42.911, *Bull. civ. V,* 1996, n° 327 : l'envoi par une salariée, non seulement au président mais aussi aux membres du conseil d'administration de la société, d'une lettre de protestation mettant en cause la direction et l'orientation de la société et tentant ainsi de déstabiliser l'entreprise ; Cass. soc., 18 novembre 2003, n° 01-43.682, Inédit : la mise en cause, sans raison, dans une lettre adressée à son supérieur hiérarchique, de la loyauté du dirigeant social et le fait de qualifier la nouvelle organisation de l'entreprise « d'armée mexicaine » ; Cass. soc., 5 mai 2004, n° 01-45.992, Inédit : le fait de tourner en dérision les instructions données par son employeur dans une lettre adressée à ce dernier et de se livrer à un dénigrement systématique des méthodes commerciales mises en place par lui.
[1671] J.-P. TRICOIT, *op. cit.*, spéc. n° 120.
[1672] *Cf* not. Cass. soc., 4 février 1997, *op. cit.* ; Cass. soc., 18 novembre 2003, n° 01-43.682, *op. cit.*
[1673] Cass. soc., 4 février 1997, *op. cit.*
[1674] Cass. civ. 2ème, 19 novembre 1986, *Bull. civ. II*, 1986, n° 172 : arrêt cité *in* M. GIANNOTI, « L'abus du droit de propriété et l'empiétement sur le terrain d'autrui », *RD imm.*, 1991, spéc., p. 304 ; *cf* déjà en ce sens, Cass. civ. 3ème, 16 novembre 1977, n° 76-11.874, *Bull. civ. III*, n° 395 ; *cf* ég. CA Caen, 1ère ch. civ. et com., 21 février 2002 : *D.*, 2002, p. 2512, et comm. N. REBOUL-MAUPIN, « L'éternelle distinction entre abus du droit de propriété et troubles anormaux du voisinage ».
[1675] A. LEPAGE, « Le voisinage », *Defrénois*, 1999, n° 36943, spéc., p. 279.

droits et de libertés dont les conditions ne sont pas spécifiées par la loi, tels que par exemple l'usage abusif par le salarié du matériel informatique de l'entreprise. Quel que soit le droit ou la liberté auxquels cette utilisation peut être rattachée, il semble que leur finalité première ne soit pas orientée vers une prédominance de l'usage personnel des moyens professionnels. Il n'est pas de l'esprit de la liberté de communication d'abreuver durant le temps de travail l'ensemble de ses collègues d'informations inutiles. Le libre accès à Internet ne se destine pas non plus à autoriser le salarié à passer ses heures de travail à consulter des sites étrangers à son activité professionnelle. L'abus pouvant être caractérisé par l'excès, il le sera également en cas d'intention malveillante, par exemple de nuire à la sécurité du réseau de l'entreprise. Or, il semble que cet effort de rattachement à un critère qualificatif de l'abus ne soit pas réalisé par la Cour de cassation en la matière ; celle-ci préfère se concentrer sur l'ampleur de l'usage et ses conséquences sur l'entreprise.

380. – D'une approche centrée sur l'intérêt de la personne à agir, l'abus de droit semble glisser vers la prise en compte de l'intérêt d'autrui par le trouble excessif causé dans l'usage du droit ou de la liberté. L'usage abusif de la liberté de la vie privée risque de souffrir de cette tendance et nécessite une conception stricte de l'abus dans son encadrement. La prise en compte de l'intérêt de l'entreprise n'est pour autant pas exclu mais relève davantage de l'appréciation de l'exécution par le salarié de ses obligations contractuelles.

§2 : La prise en compte de l'intérêt collectif

381. – Situé dans un environnement professionnel, l'individu s'inscrit dans une collectivité de travail. Cette dernière étant dotée d'intérêts propres, des situations de conflits peuvent émerger. Leur résolution nécessite d'abord de caractériser l'intérêt collectif, lequel tend à se confondre avec celui de l'entreprise (A). cette détermination permettra ensuite de réclamer au salarié, une mise en conformité dans la jouissance de ses droits et libertés individuelles (B).

A / Un intérêt collectif orienté vers l'intérêt de l'entreprise

382. – La dimension collective d'un intérêt tend à lui attribuer un caractère général. Cette dimension peut résulter, soit de la somme des intérêts individuels qui composent le groupe considéré, soit de la détermination d'une finalité supérieure aux intérêts particuliers. Si la première approche tend à trouver un compromis entre des intérêts individuels divergents, la rapprochant dès lors de la notion d'intérêt commun, la seconde acception, plus ambitieuse, dépasse l'analyse individuelle en considérant le groupe pour lui même, nécessitant dès lors la soumission de l'individu à ce dessein collectif. C'est cette dernière approche qui tend à être adoptée par la doctrine et la jurisprudence travaillistes, lorsqu'il s'agit de caractériser l'intérêt de l'entreprise.

383. – En effet, l'entreprise peut être considérée comme « un centre d'intérêts autonome, une entité dotée de fins propres »[1676], indépendamment des intérêts des personnes qui la composent ou qui la dirigent. Considérée en tant qu'institution[1677], « le lien est évident entre l'idée selon laquelle l'entreprise a un intérêt qui lui est propre et la théorie institutionnelle de l'entreprise »[1678]. L'entreprise est donc une « institution unissant autour d'un intérêt commun – l'intérêt de l'entreprise – le capital et le travail »[1679].

« Pure création de la jurisprudence »[1680], l'intérêt de l'entreprise a pu séduire le juge en sa capacité à résoudre les conflits collectifs du travail qui le place pour certains auteurs en « principe général du droit du travail », et « qui dépasse largement tous les autres » en ce que mobilisé par la Cour de cassation celle-ci « tente une approche qui ne s'identifie ni au point de vue de l'employeur, ni à celui des salariés, mais qui serait celui de l'entreprise en soi : au-dessus des capitalistes et des travailleurs… »[1681].

Néanmoins la doctrine travailliste a longtemps été réservée quand à l'application de ce principe dans la régulation des rapports individuels de travail : instrument d'une

---

[1676] R. CONTIN, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, thèse, Librairies techniques, 1975, spéc. n° 463 et s. et n° 676 et s.

[1677] Au sens qu'Hauriou avait donné à ce terme : « La théorie de l'institution et de la fondation, essai de vitalisme social », *Cahiers de la nouvelle journée*, IV, 1925.

[1678] G. COUTURIER, « L'intérêt de l'entreprise », Mélanges J. SAVATIER, 1992, p. 143 ; cf P. DURAND, « La notion juridique d'entreprise », in *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. 3, 1947, p. 45.

[1679] A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *Rev. Trim. Dr. com.*, 1985, p. 623.

[1680] J.-E. RAY et J.-M. MOUSSERON, *Droit du travail, Droit vivant*, Ed. Liaisons, 1991, n° 205, p. 144, ainsi que n° 74, p. 61.

[1681] G. LYON-CAEN, « Les principes généraux du droit du travail », *Mélanges CAMERLYNCK*, 1977, p. 42.

« mystification, consciente ou inconsciente, mystification qui tend à atténuer l'acuité des luttes sociales et faire oublier aux salariés leurs véritables intérêts »[1682] ; un instrument destiné à « masquer les réalités fondamentales que sont socialement l'antagonisme de classes et juridiquement la primauté du droit de propriété des apporteurs de capitaux »[1683]. Elle ne peut en tout cas être utilisée comme une « formule magique » créant l'illusion et appelle donc une « longue démystification »[1684]. Il est vrai que « l'opposition d'intérêts entre les propriétaires des moyens de production et les travailleurs faisait nécessairement douter de la légitimité de la référence à l'intérêt de l'entreprise »[1685].

Par ailleurs, l'approche de l'intérêt de l'entreprise en tant que dépassant les intérêts individuels, a pu être qualifiée d'idéologique[1686], car pouvant se rapprocher d'une conception philosophique plus globale de l'intérêt commun appliqué à la société[1687], au risque de « confondre la règle juridique positive et la règle morale »[1688].

384. – La question de l'intérêt de l'entreprise dépasse alors les frontières du droit du travail, la notion étant mobilisée dans d'autres branches du droit, à l'instar du droit des sociétés[1689], mais sert également de fondement à certaines théories de droit privé général telles le pouvoir en droit privé[1690] ou dans l'entreprise[1691]. A ce titre, l'intérêt de l'entreprise constitue une notion incontournable dans toute réflexion sur l'analyse du pouvoir de l'entreprise, que ce soit dans le champ du droit du travail ou du droit des affaires.

En tant que « sujet de droit naissant »[1692], l'entreprise a pu faire l'objet d'un mouvement de personnification mettant en exergue son intérêt propre, notamment face à celui de l'entrepreneur. Michel Despax a pu notamment montrer que le « phénomène de

---

[1682] G. LYON-CAEN, *Manuel de droit du travail*, LGDJ, 1954.
[1683] G. COUTURIER, *op. cit.*
[1684] A. LYON-CAEN, note au : *D.*, 1978, p. 353.
[1685] J. SAVATIER, op. cit.
[1686] G . COUTURIER, *op. cit.*
[1687] L' « idée d'un intérêt commun à ses membres et transcendant l'opposition de leurs intérêts particuliers est une rejeton de la notion de bien commun héritée de Thomas d'Aquin et actualisé par les encycliques sociales de l'Eglise catholique » : A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *Rev. Trim. Dr. com.*, 1985, p. 623.
[1688] J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, 12ème éd., 1991, spéc. p. 165.
[1689] Assimilation de l'intérêt de l'entreprise à l' « intérêt social » en droit des sociétés : *cf* les travaux de l'école rennaise de droit des affaires, et not. H. LE NABASQUE, *op. cit.*, n° 270.
[1690] E. GAILLARD, *op. cit.*, spéc. n° 261, p. 172.
[1691] H. LE NABASQUE, op. cit.
[1692] M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, thèse, Paris, 1957.

dissociation » entre l'entrepreneur et l'entreprise se manifestait par l'existence de conflits d'intérêts entre d'une part, l'entrepreneur attaché au droit de propriété et, d'autre part, l'entreprise tendant « à s'évader de la personnalité de l'entrepreneur »[1693]. Aussi, a-t-il pu en son temps déjà percevoir dans « le mouvement législatif et jurisprudentiel qui tend à distinguer et même à opposer intérêt de l'entreprise et l'intérêt de l'entrepreneur », le signe de la personnification de l'entreprise[1694]. Aussi, peut-on penser qu'au sein de l'entreprise, « coexiste une pluralité de personnes physiques, porteuses d'autant de droits subjectifs propres, droits qui se laissent subsumer, absorber ou intégrer dans la "grande personne" que constitue le groupe personnalisé »[1695]. Les salariés, comme l'entrepreneur, ou encore les actionnaires, seraient donc dépassés par l'intérêt supérieur de l'entreprise, impliquant une inévitable homogénéisation, voir une fusion, de leurs intérêts au moins partiellement distincts.
Or, l'on ne saurait concevoir l'entreprise comme une communauté sans méconnaître la réelle divergence des intérêts de ses composantes[1696]. La difficulté pratique d'une telle convergence d'intérêts particuliers a conduit à une autre lecture de l'intérêt de l'entreprise.

385. – La notion de pouvoir a ainsi pu être proposée comme alternative à la caractérisation de l'intérêt de l'entreprise[1697]. Entendu comme une « prérogative conférée (la charge confiée) à l'agent juridique dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien »[1698], elle consiste « à investir de pouvoirs déterminés un agent juridique dont les actes seront d'autant plus étroitement contrôlés qu'auront été nettement distingués les intérêts multiples, pas nécessairement convergents, de ces ensembles poursuivant une coopération parfois conflictuelle »[1699]. Dès lors, « à une logique classique d'assimilation et de subordination (les intérêts particuliers, quand ils ne sont pas simplement assimilés à l'intérêt collectif, lui sont subordonnés), se substitue la logique propre de l'intérêt qui est celle de l'équilibration ou de la pesée ; le principe

[1693] M. DESPAX, *op. cit.*, n° 393.
[1694] *Ibid*, n° 360.
[1695] F. OST, *Droit et intérêts. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2002, spéc. p. 88.
[1696] G. LYON-CAEN, *L'entreprise en droit du travail. Etudes de droit contemporain. Travaux de l'institut de droit comparé*, p. 323.
[1697] E. GAILLARD, *op. cit.*
[1698] *Ibid*, spéc. p. 183.
[1699] F. OST, *op. cit.*, spéc. p. 89.

hiérarchique fait place au principe de proportionnalité ». Il s'agit donc pour le juge de ne plus se concentrer sur l'acte de l'employeur, lequel agit en tant que représentant de l'entreprise dans l'intérêt de celle-ci, mais de mettre en balance, par une méthode dite du « bilan »[1700], les avantages et inconvénients au regard des intérêts réciproques des parties[1701]. Cette approche peut toutefois aboutir toutefois à la primauté d'un intérêt sur l'autre, qui peut conduire, dans une relation marquée par le déséquilibre, à la domination de l'intérêt économique de l'entreprise.

386. – Quelque soit la méthode choisie, la conciliation des intérêts se manifeste par une confrontation de droits et de libertés dont chacune des parties peut avoir un intérêt légitime à les mettre en œuvre. Or, « la confrontation des libertés dans l'entreprise est inhérente à la relation de travail salarié »[1702], « traduction particulière du conflit d'intérêts si ce n'est du rapport de forces à partir duquel s'est construite la relation juridique entre l'employeur et le salarié qui n'est pas, chacun le sait, une relation contractuelle ordinaire »[1703]. Elle permet également d'éclairer les doutes portés depuis toujours sur l'objet du contrat de travail : « Par le contrat de travail, est-ce son travail ou sa personne que le travailleur met à disposition de son partenaire ? C'est, sous certaines réserves, sa personne : il ne sert à rien de nier la réalité au prétexte qu'elle est choquante »[1704].

D'ailleurs, « chercher à dégager l'intérêt de l'entreprise, n'est-ce pas rechercher l'impossible conciliation d'intérêt par trop différents ? »[1705]. Le Code du travail reconnaît l'existence de telles différences notamment par l'existence d'intérêts spécifiques aux salariés[1706]. Pour certains, la notion d'intérêt de l'entreprise cherche justement à « concilier les intérêts des salariés avec l'autorité de l'employeur et les nécessités de

---

[1700] *Ibid.*
[1701] E. GAILLARD, *op. cit.*, pp. 198-205.
[1702] L. CASAUX-LABRUNÉE, « La confrontation des libertés dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2008, p. 1032.
[1703] *Ibid.*
[1704] J.-J. DUPEYROUX, « Quelques questions », *Dr. soc.*, 1990, p. 10 (numéro spécial rassemblant les actes du 19ème colloque de *Droit social* : « Liberté, égalité, fraternité... et droit du travail »)
[1705] G COUTURIER, *op. cit.*, spéc. p. 148.
[1706] : L. 2323-1 : « Le comité d'entreprise a pour objet d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production ».

gestion », relevant ainsi l'utilité même de cette notion « plus fonctionnelle que conceptuelle »[1707].

387. – L'intérêt de l'entreprise peut sembler un prétexte à l'affirmation d'une primauté économique sur les droits et libertés des salariés, impliquant la nécessaire conformité de ce dernier aux exigences collectives.

B / Une jouissance conforme à l'intérêt de l'entreprise

388. – Alors reconnue, la primauté de l'intérêt de l'entreprise sur les intérêts particuliers implique la mise en place de techniques permettant d'assurer son effectivité. Le caractère épars des instruments alors mobilisés par la jurisprudence et la doctrine tend à s'atténuer par la recherche commune de l'évaluation de la conformité de la jouissance individuelle d'un droit ou d'une liberté, à l'intérêt de l'entreprise. Le constat de cette incompatibilité permettra de limiter la jouissance individuelle et nécessite pour l'entreprise de la caractériser, aux fins de justification de l'atteinte qui sera portée à l'exercice par le salarié de son droit ou de sa liberté. L'absence de conformité semble résulter alors tant d'une nuisance aux intérêts matériels de l'entreprise (1), que d'un écart constaté de la personne au regard de ce qui était attendu contractuellement (2).

1 / Une conformité matérielle

389. – L'intérêt collectif peut être touché en raison des effets délétères qu'une jouissance par le salarié d'un droit ou d'une liberté peut engendrer. La difficulté pour l'entreprise réside tant dans la caractérisation du préjudice que dans l'établissement d'un lien de causalité entre la jouissance individuelle et l'intérêt collectif. S'ajoute par ailleurs la question du degré de réalisation du dommage. En effet, l'entreprise doit-elle attendre la survenance des effets indésirables pour que la jouissance individuelle puisse être limitée ? Enfin, au-delà de la justification se pose la question de la proportionnalité des limites ainsi apportées dans l'intérêt de l'entreprise. Dans cette optique la prévention, par un contrôle *a priori*, semble alors apparaître préférable à la répression,

[1707] H. LE NABASQUE, thèse, *op. cit.*, spéc. n° 71, p. 90.

par une sanction *a posteriori*. Ces questions semblent alors examinées lorsque l'employeur met en œuvre son pouvoir réglementaire. L'encadrement du règlement intérieur et notamment son contrôle, garantissent un équilibre entre des objectifs de préservation de l'intérêt collectif et la jouissance de droits et de libertés individuelles. Ainsi, en est-il des contrôles d'alcoolémie , lesquels nécessitent d'être ciblés sur des salariés dont la tâche peuvent avoir un impact sur la sécurité des usagers de l'entreprise. Le contrôle de proportionnalité opéré par le juge conduit dès lors à écarter les dispositions jugées trop générales.

390. – L'hygiène et la sécurité, domaines privilégiés du règlement intérieur, tendent également à servir de motif de limitation des droits et libertés des salariés, dans le cadre du pouvoir de direction de l'employeur. Ainsi, la « sécurité des biens et des personnes », principe à valeur constitutionnelle[1708], constitue une finalité reconnue par la CNIL de certains dispositifs de surveillance sur le lieu de travail[1709]. Sous condition de respect des conditions d'information et de ne pas détourner la finalité déclarée[1710], l'employeur peut ainsi restreindre la liberté de la vie privée du salarié. Le même impératif sécurité est également mobilisé s'agissant des fouilles perpétrées à l'encontre des salariés, que ce soit leurs affaires, leurs espaces personnels attribués par l'entreprise, ou bien encore le matériel mis à disposition par l'entreprise. A ce titre, la présomption d'utilisation professionnelle de ce genre de matériel, instituée par la jurisprudence, participe au renforcement de l'intérêt de l'entreprise. Ces atteintes aux droits et libertés du salarié demeurent toutefois soumises aux conditions imposées par l'article L. 1121-1 du Code du travail, laquelle constitue le principal outil au service du juge, dans le travail de mise en balance entre intérêt du salarié et intérêt de l'entreprise. Il ne paraît pas étonnant de la voir mobilisée dans les visas ou attendus de la Cour de cassation. Cette dernière tend alors parfois à étendre l'intérêt de l'entreprise au-delà de l'aspect hygiène et sécurité. Ainsi, si la liberté de se vêtir peut également faire l'objet de restrictions dans but

[1708] Cons. const., décision n° 80-117 du 22 juillet 1980 : D. TURPIN, « Le droit de grève face à un nouveau principe de valeur constitutionnelle », *Dr. soc.*, 1980, p. 441.
[1709] *Cf* Fiche d'information « Vidéo au travail » mise en ligne par la CNIL – Disponible à : https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/CNIL_Video_au_travail.pdf [Consulté le 26.09.2016].
[1710] Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.866, *Bull. civ. V*, 2006, n° 206 ; même si le détournement de finalité est apprécié de manière souple par la Cour de cassation : Cass. soc. , 26 juin 2013, n° 12-16564, Inédit.

d'assurer l'hygiène et la sécurité[1711], la Cour semble toutefois admettre l'atteinte à cette liberté par la prise en compte de l'intérêt économique de l'entreprise. Toutefois, si la matérialité de l'intérêt collectif paraît peu discutable s'agissant de la l'hygiène et de la sécurité, elle pose en revanche plus de difficultés lorsqu'il s'agit d'évaluer un préjudice économique.

391. – Alors déclarée comme non fondamentale[1712], la liberté de se vêtir peut être limitée par l'entreprise, laquelle peut ainsi imposer une tenue à ses salariés pour des considérations commerciales. La Cour a pu admettre la sanction disciplinaire à l'encontre d'un employé à la tenue trop décontracte[1713], voir indécente[1714], dans un souci de préservation de l'image de l'entreprise. Si cette solution peut se comprendre lorsque le salarié est en contact avec la clientèle[1715], la Cour a pu rejeter de telles exigences à défaut de caractérisation de l'intérêt de l'entreprise pour des employés ne véhiculant pas l'image de l'entreprise dans le cadre de leurs fonctions[1716]. La solution se complexifie lorsque l'intérêt commercial heurte d'autres libertés, tel que la liberté religieuse ou encore l'apparence physique. Or, la prise en compte de ces éléments constitue une différence de traitement reposant sur des critères considérés comme discriminatoires[1717]. Ainsi, la Cour de cassation a pu rejeté le licenciement d'un salarié prononcé au motif, énoncé dans la lettre de licenciement que « votre statut au service de la clientèle ne nous permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme

---

[1711] Le port obligatoire d'une tenue de chantier peut être justifié par des raisons de sécurité : CE, 16 décembre 1994, Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/ Sté Ascinter Oyis, req. n° 112855 : *RJS*, 2/1995, n° 128 ; CEDH, 15 janvier 2013, n° 48420/10 et a., spéc. *Chaplin c/ Royaume-Uni* : *RDT*, 2013, p. 337, comm. F. LARONZE ; *RJPF*, mars 2013, p. 14, note E. PUTMAN : la Cour européenne des droits de l'homme a décidé qu'un hôpital peut demander à une infirmière de retirer la croix qu'elle porte autour du cou, à la suite de l'adoption d'un nouvel uniforme en col V. La croix peut en effet être source de lésions si un patient tire dessus ou en cas de contact de celle-ci avec une blessure ouverte.

[1712] Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273, *Bull. civ. V*, 2003, n° 178 : *op. cit.*

[1713] Le port d'un bermuda, *cf* Cass. soc., 28 mai 2003, *op. cit.* ; le port d'un survêtement ; *cf* ég. Cass. soc., 6 novembre 2001, n° 99-43.988, *Bull. civ. V*, 2001, n° 337 : *Dr. soc.*, 2002, P. 110, obs. J. SAVATIER ; *RTD civ.*, 2002, p. 72, obs. J. HAUSER ; *JCP E*, 2002, n° 1732, note G. LACHAISE.

[1714] CA Nancy, 25 novembre 1982 : *D.*, 1985, p. 354, note C. LAPOYADE-DESCHAMPS - Comp. pour une tenue excentrique, mais admissible, CA Poitiers, 14 novembre 1973 : *D.*, 1974, p. 68 – CA Versailles, 8 juillet 1994 : *RJS*, 12/1994, n° 1359.

[1715] Cass. soc., 7 octobre 1992, n° 89-45.283, *Bull. civ. V*, 1992, n° 506 : *JCP*, 1993, II, 22148, note D. CORRIGNAN-CARSIN; Cass. soc., 12 novembre 2008, n° 07-42.220, *op. cit.*

[1716] Pour des agents de surveillance-vidéo, Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.346, *Bull. civ. V*, 2009, n° 144 : *D.*, 2010. Pan. 342, obs. F. KHODRI ; *RDT*, 2009, p. 656, obs. C. ROBIN ; *JCP S*, 2009, n° 1476, note B. BOSSU - *cf* déjà, pour une condamnation de l'obligation générale de porter une blouse : Cass. soc., 18 février 1998, n° 95-43.491, *Bull. civ. V*, 1998, n° 90 : *Dr. soc.*, 1998, p. 506, obs. A. JEAMMAUD - Rappr., pour l'interdiction à des caissières de magasin de porter un pantalon : CA Paris, 7 juin 1990 : *JCP E*, 1991, II, 191, note A. CHEVILLARD.

[1717] L. 1131-2 du Code du travail.

que vous êtes », « ce dont il résultait qu'il avait pour cause l'apparence physique du salarié rapportée à son sexe »[1718]. La même solution semble devoir s'appliquer en matière de prise en compte des opinions religieuses.

Si la jurisprudence jusqu'à présent s'était davantage penchée sur la question de l'exercice de la liberté religieuse dans l'entreprise que celle de l'application des dispositions en matière de discrimination[1719], une récente décision de la Cour de cassation a décidé de poser une question préjudicielle auprès de la CJUE[1720], laquelle pourra apporter dans un futur proche un éclairage sur ce point. A l'heure actuelle, les conclusion de l'avocate générale semblent aller dans le sens d'une protection contre la discrimination en raison des convictions religieuses, ayant admis que le licenciement de la salariée qui avait refusé d'enlever son voile constituait une discrimination directe, dès lors qu'il n'était pas établi que le port du voile pouvait l'empêcher d'accomplir normalement ses fonctions[1721]. A titre de comparaison, la CEDH adopte une position plus protectrice de la liberté religieuse dans l'entreprise, ayant admis le port de signes religieux d'une salariée, en l'occurrence d'une croix, de manière visible sur le lieu de travail, et réfutant l'intérêt commercial de la compagnie aérienne qui l'employait[1722].

392. – Si la matérialité de l'intérêt collectif paraît peu discutable s'agissant de la l'hygiène et de la sécurité, elle semble moins aisée à caractériser lorsqu'il s'agit d'évaluer

---

[1718] Cass. soc., 11 janvier 2012, 10-28.213, *op. cit.* : J.-P. LHERNOULD, « L'homme aux boucles d'oreille : liberté ou égalité ? », *op. cit.* ; B. BOSSU, *JCP S*, *op. cit.*

[1719] L'exemple de la « saga Baby-Loup » est à ce titre probant, la Cour de cassation réunie en assemblée plénière ayant conclu à la validité du licenciement d'une salarié d'une crèche ayant refusé d'ôter son voile, en se basant alors sur une analyse de la justification et de la proportionnalité (Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Bull. Ass. plén*., 2014, n° 1 : *JCP S*, 2014, n° 1287, note B. BOSSU ; *Dr. soc.*, 2014, p. 811, obs. J. MOULY), alors que la chambre sociale dans un arrêt précédent avait rejeté le motif de licenciement, au motif notamment du caractère discriminatoire de ce dernier (Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845, *Bull. civ. V*, 2013, n° 75 : *D.*, 2013, p. 956, avis B. ALDIGÉ ; *D.*, 2013, p. 963, note J. MOULY ; *Dr. soc.*, 2013, p. 388, chron. E. DOCKÈS ; *JCP*, 2013, p. 542, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *JCP S*, 2013, n° 1146, note B. BOSSU ; *RDT*, 2013, p. 385 , Étude P. Adam ; *SSL*, 2013, n° 1577, entretien avec J.-G. HUGLO et R. SCHWARTZ).

[1720] Cass. soc., 9 avril 2015, n° 13-19.855 : *D.*, 2015, p. 1132, note J. MOULY ; B. BOSSU, « Le voile islamique et la clientèle de l'entreprise », *JCP S*, 2015, n° 1224 ; *RDT*, 2015, p. 405, obs. M. MINÉ ; *JCP S*, 2015, n° 1225, avis B. ALDIGÉ ; *SSL*, n° 1672, p. 5, note J.-G. HUGLO, P. ADAM ; *RTD eur.*, 2016, n° 374-18, obs. B. DE CLAVIÈRE ; F. CHAMPEAUX, « L'Assemblée plénière, la belle inconnue », *SSL*, 2015, n° 1677, p. 9.

[1721] Eleanor SHARPSTON, concl. 13 juillet 2016, CJUE, aff. C-188/15, spéc. §108 (P. ADAM, M. LE FRIANT, L. PÉCAUT-RIVOLIER, Y. TARASEWICZ, « La religion dans l'entreprise », *RDT*, 2016, p. 532 ; JCP S, 2016, act. N° 324, J.-M. CHONNIER ; *RDT*, 2016, p. 569, N. MOIZARD) ; *contra cf* conclusions de Juliane KOKOTT, concl. 31 mai 2016, CJUE, aff. C-157/15 qui tendaient à admettre qu'une interdiction du port du voile consignée dans le règlement intérieur constitue une discrimination indirecte justifiée par la mise en œuvre d'une politique légitime de neutralité en matière de religion et de conviction (S. HENNETTE VAUCHEZ, C. WOLMARK, « Plus vous discriminez, moins vous discriminez » : *SSL*, 2016, n° 1728).

[1722] CEDH, 15 janvier 2013, *op. cit.*, spéc. *Eweida c/ Royaume-Uni*.

un préjudice économique. La difficulté d'une telle appréciation s'accroît lorsque certaines notions aux contours flous sont utilisées à des fins de justification, à l'instar du « bon fonctionnement » ou encore de la « réputation » de l'entreprise. Si la notion de trouble objectif caractérisé s'en rapproche, et peut participer à leur caractérisation, il semble discutable de les mobiliser directement en tant qu'outil de justification d'une atteinte aux droits et libertés du salarié dans l'intérêt de l'entreprise.
La recherche de la conformité tend alors à s'écarter du terrain l'intérêt matériel de l'entreprise pour privilégier celui de la conformité de la personne.

2 / Une conformité de la personne

393. – La conformité de la personne salarié se manifeste par l'exigence de loyauté attaché à l'exécution du contra de travail (a), laquelle se trouve renforcée pour certaines catégories de salariés (b).

a) L'exigence de loyauté

394. – La caractérisation de l'absence de conformité aux intérêts de l'entreprise peut se manifester par le constat d'un écart, et notamment dans le cadre l'exécution du contrat de travail. La prévision des parties dans la relation de travail borne les engagements réciproques et permet à l'entreprise de s'assurer de la compatibilité des obligations du salarié à l'intérêt collectif. Dès lors, la simple constatation du non-respect par le salarié de ses obligations contractuelles caractérise l'absence de conformité, justifiant ainsi la sanction du salarié, tel qu'en matière de non-respect des fonctions et des tâches, des durées et horaires de travail, d'obligations de non-concurrence[1723] ou de mobilité[1724]. Cette prévision s'avère toutefois limitée, d'une part, en ce que l'employeur demeure astreint à un impératif de justification et de proportionnalité que ce soit dans la rédaction ou dans la mise en œuvre des éléments du contrat[1725]. De plus, certaines clauses obéissent à des conditions particulières indispensables à la protection des

[1723] Cass. soc., 30 mars 2005, n° 03-16.167, *Bull. civ. V*, 2005, n° 110 ; Cass. soc., 22 octobre 2008, n° 07-41.792 et 07-42.020, *Bull. civ. V*, 2008, n° 200.
[1724] *Cf* not. Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-28.916, Inédit.
[1725] Tel en matière de clauses de mobilité : Cass. soc., 14 octobre 2008, n° 07-40.523, *Bull. civ. V*, 2008, n° 192 ; Cass. soc., 12 juillet 2010, n° 08-44.363, Inédit.

intérêts du salarié[1726]. Néanmoins, cet encadrement tend à s'étioler s'agissant des obligations du salarié non textuellement prévues par le contrat. En effet, si la précision contractuelle assure la compatibilité des intérêts réciproques, elle ne constitue pas pour autant le seul moyen de mobiliser la responsabilité du salarié. Ce dernier peut parfois adopter des comportements fautifs sans pour autant violer une clause spécifique du contrat de travail. Ainsi, certaines obligations inhérentes au statut de travailleur subordonné imposent de respecter les directives de l'employeur, au risque d'insubordination, ou encore de réaliser les objectifs demandés. De même, les activités étrangères à sa prestation de travail peuvent faire l'objet de sanctions, tels que certains comportements délictuels. Toutefois, la jurisprudence tend à conserver une référence aux obligations contractuelles, par la mobilisation des notions de bonne foi et de loyauté.

395. – Élément de pacification des rapports de travail[1727], la bonne foi implique pour chacun des contractants de « respecter les intérêts essentiels de l'autre »[1728]. On peut ainsi retrouver dans la relation de travail[1729], et malgré un lien de subordination, un certain solidarisme contractuel[1730]. Toutefois, la bonne foi ne saurait effacer totalement le lien de subordination sur lequel se fonde la coopération du salarié aux intérêts de l'entreprise. Dans son acception première, la bonne foi permet « de protéger la croyance erronée ou l'ignorance légitime d'un droit subjectif ou d'un fait matériel »[1731]. Dans cette hypothèse, dépourvu d'intention ou de légèreté blâmable, le comportement du salarié n'est pas lui-même en cause. À l'inverse, la mauvaise foi se caractérise par un certain niveau de conscience, et notamment des effets que la jouissance du droit ou de la liberté peut engendrer sur les intérêts des tiers. Cette intention de nuisance la rapproche ainsi de l'abus de droit. Cependant, à la différence de ce dernier, la mauvaise foi ne vaut que dans un rapport contractuel, limitant dès lors son application à ce qui se rattache à l'exécution du contrat.

[1726] Par le biais de limitations des zones géographiques, temporelles, fonctionnelles, délais de prévenance ou encore d'éléments compensateurs.
[1727] D. CORRIGNAN-CARSIN , « Loyauté et droit du travail », *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, p. 125.
[1728] F. GAUDU, R. VATINET, « Les contrats de travail », *op. cit.*, spéc. n° 185.
[1729] L. 1222-1 du Code du travail : « Le contrat de travail est exécuté de bonne foi ».
[1730] C. RADÉ, « Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité ? », *in Le solidarisme contractuel*, sous la direction de L. GRYNBAUM et M. NICOD, Economica, 2004, p. 75.
[1731] Y. PICOD, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », *in Le juge et l'exécution du contrat*, p. 57 et s.

396. – Dans sa seconde acception, la bonne foi constitue une certaine exigence, celle du comportement des contractants, conforme à l'exécution du contrat, et que la doctrine désigne sous le terme de loyauté. « Elle privilégie alors une attitude active qui se caractérise par le respect des engagements pris, et implique, *a contrario*, l'absence d'intention malveillante dans les relations entre chacun des contractants ». Ainsi, la loyauté apparaît comme une attente centrée sur la personne du cocontractant, laquelle devra agir en conformité aux engagements contractuels qu'elle a pu prendre mais également faire preuve de bienveillance à l'égard de son cocontractant[1732]. La bonne foi permet ainsi de sanctionner le défaut d'implication personnelle du salarié, « ceux qui ne paient pas assez de la personne dans l'exécution de leur travail »[1733]. Ainsi, le salarié soit adopter un comportement conforme au standard de « bon salarié »[1734], lequel se rapproche du feu « bon père de famille » du droit de la responsabilité[1735] ou encore du « bon professionnel » du droit des contrats[1736].

397. – Alors imprégnée d'une certaine moralité[1737], la loyauté semble trouver sa place dans la relation de travail, se rapprochant ainsi de la notion de confiance qui irrigue également le droit du travail[1738]. « Emporté par une fibre idéaliste, on pourrait y trouver la source de rapports juridiques empreints d'un esprit de confiance mutuelle, voire de coopération et de collaboration autour d'un intérêt commun, voire d'une "institution" commune »[1739]. La théorie institutionnelle de l'entreprise accorde d'ailleurs une large place aux notions de loyauté et de fidélité[1740]. L'abus de confiance a d'ailleurs été sollicité par la chambre criminelle de la Cour de cassation afin de légitimer la sanction du salarié se livrant à une activité personnelle durant son temps de travail[1741]. Même si

---

[1732] Se rapprochant de l'idée de bonne foi contractuelle, que l'on a pu opposer à la bonne foi des contractants : *cf* not. R. VOUIN, « La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé français », *op. cit.*, spéc. n° 35 et ss. ; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *op. cit.,* pp. 21 et ss. ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, LGDJ, 2000, pp. 81 et ss.
[1733] A. SUPIOT, « Critique de droit du travail », *op. cit.*, spéc. p. 100.
[1734] C. VIGNEAU, *op. cit.*
[1735] Q. URBAN, « La "bonne foi", un concept utile à la régulation des relations de travail », *in* Le droit social – Le droit comparé, Études dédiées à la mémoire de Pierre ORTSCHEIDT, Annales de la faculté de droit de Strasbourg, 2003, n° 6, Presses universitaires de Strasbourg, spéc. p. 342.
[1736] Ph. LE TOURNEAU, « Les professionnels ont-il un cœur ? », *D.*, 1990, chron. V, p. 21.
[1737] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4ème éd., 1949, spéc. n° 157.
[1738] B. BOSSU, « La confiance en droit du travail », *op. cit.*
[1739] Ch. VIGNEAU, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Dr. soc.*, 2004, p. 706.
[1740] Cf not. P. DURAND, « Aux frontières du contrat et de l'institution. La relation de travail », *JCP*, 1944, I, 387.
[1741] Cass. crim., 19 mai 2004, *op. cit.*; Cass. crim., 19 juin 2013, n° 12-83.031, *op. cit*.

la jurisprudence de la chambre sociale ne mobilise pas directement cette notion, la confiance semble sous-tendre l'exigence de loyauté renforcée réclamée à l'encontre de salariés d'entreprises intégrant une dimension idéologique.

b) Une loyauté renforcée

398. – Les entreprises dites « de tendance »[1742], « affinitaires »[1743], ou à « exigences renforcées »[1744], se distinguent des entreprises « classiques », par une orientation idéologique marquée, laquelle se donne pour objet « une vision de l'homme et du monde »[1745]. La définition donnée par le droit de l'Union européenne s'attache aux « activités professionnelles », « dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions »[1746]. Ces entreprises peuvent ainsi légitimement « requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation »[1747].

Ainsi, en matière de religion, les salariés doivent respecter par leur comportement[1748], non une neutralité, mais une orientation religieuse, tels que des salariés de l'Église, d'associations religieuses ou bien encore d'établissements éducatifs d'obédience religieuse. Cet objectif d'ordre moral, pris en compte par le juge, a alors permis une implication du religieux dans la relation de travail admise tant par les juridictions internes[1749] que par la CEDH[1750]. Cette dernière a pu toutefois modérer sa position, notamment par la prise en compte d'autres libertés, et notamment la liberté sexuelle. La Cour de Strasbourg a ainsi pu conclure en la violation de l'article 8 de la Convention

---

[1742] Le terme est traduit de l'allemand « Tendenzbetrieb », le droit allemand reconnaissant pour ce type d'entreprise la possibilité d'exiger des salariés qu'ils soient de « foi sûre ».
[1743] D. CORRIGNAN-CARSIN, « Loyauté et droit du travail », *op. cit.*, spéc. n° 42.
[1744] F. GAUDU, *Dr. soc.*, 2011, p. 1186, *op. cit.,* spéc. n° 12.
[1745] G. DOLE, « La liberté d'opinion et de croyance en droit comparé du travail », *Dr. soc.*, 1992, p. 446.
[1746] Art. 4 § 2 de la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JOCE, n°1, 303, 2 décembre 2000, p. 16.
[1747] Art. 4 § 2 Directive 2008/78/CE, *op. cit.*
[1748] N'allant toutefois pas jusqu'à une obligation d'adhésion à la religion de l'entreprise, *cf* TA Nantes, 22 octobre 1982 : *D.*, 1983, p. 496.
[1749] Cass. Ass. plén., 19 mai 1978, *op. cit.* ; CE 20 juillet 1990 : *Dr. soc.,* 1990, p. 862, concl. POCHARD ; J. SAVATIER, « L'application du droit du travail entre les maîtres et les établissements privés d'enseignement », *Dr Soc.*, 1992, p. 439 ; Cons. const. 23 novembre 1977 : *AJDA*, 1978, p. 565, note J. RIVERO ; Cass. soc., 29 juin 1983, n° 81-40.679, *Bull. civ.*, 1983, n° 365 : licenciement d'un pasteur de l'Église universelle, employé en tant que traducteur, pour « divergence de vues », car ayant constitué une « association francophone de l'Église de Dieu », concurrente ; Cass. soc., 20 novembre 1986, n° 84-43.243, *Bull. civ. V*, 1986, n° 555 : *Dr. soc.,* 1987, p. 379, note J. SAVATIER.
[1750] CEDH, 3 février 2011, Req. n° 18136/02, *Siebenhaar c/ Allemagne* : A. ASTAIX, « Licenciement fondé sur la religion ; une nouvelle entorse à l'interdiction de principe », *DA*, 15 février 2011.

européenne de sauvegarde des droits de l'homme, s'agissant du licenciement d'un chef de chœur d'une paroisse catholique en raison de sa séparation avec son épouse pour vivre avec une autre femme[1751]. L'insuffisante mise en équilibre de la sauvegarde de la crédibilité de l'employeur face au droit à la vie privée et familiale, a conduit la Cour à conclure à une violation de l'article 8. À l'inverse, dans une seconde affaire[1752], la Cour a considéré qu'il existait une analyse circonstanciée : un salarié de l'église mormone avait été licencié au motif d'une liaison extraconjugale, jetant ainsi le discrédit sur l'église qu'il était censé représenter en qualité de directeur pour l'Europe des relations publiques. La mise en balance circonstanciée des intérêts en jeu par les tribunaux allemands pour justifier l'atteinte, a fait conclure la Cour européenne à la non-violation de l'article 8 de la Convention. Il convient de souligner que dans cette affaire, l'importance de la fonction du salarié semble avoir contribué à faire pencher la balance en faveur de l'employeur[1753], faisant ainsi échos à l'exigence renforcée de conformité qui semble incomber aux salariés occupant des fonctions de cadre.

399. – Si l'obligation de loyauté se borne parfois à un devoir d'obéissance aux instructions reçues[1754], cette idée ne s'applique pas aux cadres, lesquels sont tenus d'un devoir de loyauté renforcé[1755]. Celui-ci paraît exclure « tout désaccord fondamental entre les orientations générales de l'entreprise et les options personnelles du cadre »[1756]. L'étendue du devoir de loyauté « varie en fonction de la nature de l'emploi, de la fonction du salarié, sa place dans la hiérarchie »[1757]. Un tel traitement différencié du cadre par rapport aux autres salariés de l'entreprise semble se justifier notamment par le niveau de confiance accordé par l'employeur à cette catégorie de personnel,

---

[1751] En matière de liberté sexuelle, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne : CEDH, 23 septembre 2010, Req. n° 1620/03, *Schüth c/ Allemagne*.
[1752] CEDH, 23 septembre 2010, Req. n° 425/03, *Obst c/ Allemagne*, *cf* note A. ASTAIX, 1er oct. 2010, *Dalloz actualités*.
[1753] À l'inverse, les perspectives réduites d'employabilité du salarié organiste, dans la première affaire, a contribué à déséquilibrer la relation en faveur de ce dernier.
[1754] « Le respect scrupuleux des ordres constituera le comportement loyal exigé » : G. POULAIN, « Les conséquences de l'inégalité sur la situation juridique du travailleur », *Dr. soc.*, 1981, p. 754.
[1755] D. CORRIGNAN-CARSIN, « Loyauté et droit du travail », *op. cit.*, spéc. n° 34.
[1756] Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP*, 1988, I, 3318 ; *cf* ég. A. LE BAYON, *Notion et statut juridique des cadres de l'entreprise privée*, LGDJ, 1971, p. 178 et s. ; J.-C. JAVILLIER, « L'obligation de loyauté des cadres », *Dr. ouvr.*, 1977, p. 134.
[1757] M. BUY, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », Le juge et l'exécution du contrat, p. 77.

impliquant un certain « civisme contractuel »[1758]. « L'employeur a le pouvoir d'exiger un engagement personnel plus marqué, un "certain dépassement de son individualisme foncier" »[1759]. En effet, les cadres bénéficient bien souvent d'une certaine autonomie mais également d'une délégation de pouvoir, voir d'une autorité à l'égard de ses subordonnés. Prolongement de l'employeur, il peut paraître contradictoire d'exercer cette autorité tout en s'opposant à celui qui le lui a accordé. Néanmoins, cela lui ôte t-il pour autant tout droit de critique ? « Une divergence d'appréciation sur la situation et les orientations stratégiques de l'entreprise, un désaccord sur les méthodes de gestion, une contestation sur les objectifs déterminés par la direction », peuvent entraîner une crise de confiance telle, qu'elle « distende le lien obligatoire au point d'en provoquer la rupture lorsque le crédit a disparu »[1760]. Cependant, il n'est pas facile de déterminer « le seuil à partir duquel la perte de crédit peut fonder la résiliation unilatérale du contrat »[1761]. D'autant que la perte de confiance n'est plus en soi une cause de licenciement[1762].

400. – Il ne faut toutefois pas confondre la coopération avec l'allégeance. Une hésitation se ressent dans la jurisprudence laquelle témoigne d'une certaine variabilité dans la prise en compte de la fonction dans l'exercice de la liberté d'expression. Pendant longtemps, l'obligation de loyauté des cadres « impliquait leur adhésion quasi pleine et entière à la politique de l'entreprise »[1763], et quand bien même son droit de critique était exercé avec modération[1764]. Cette position ferme semble s'être infléchie, accordant parfois une certaine latitude aux cadres dirigeants[1765], et réclamant également la

---

[1758] Y. PICOD, note sous Cass. soc., 27 novembre 199, *D.*, 1992, 297 ; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, op. cit.*, p. 137-162.
[1759] F. VASSEUR-LAMBRY « La bonne foi dans les relations individuelles de travail », *LPA*, 2000, n° 55, p. 4.
[1760] B. BOUBLI, « La rupture du contrat », Rapport général, *Dr. soc.*, 1986, p. 570.
[1761] *Ibid.*
[1762] Cass. soc., 20 novembre 1990, *op. cit.*
[1763] J.-P. TRICOIT, *op. cit.*, spéc. n° 165 et les références : désaccord sur la politique générale de l'entreprise (Cass. soc., 11 octobre 1967, *Bull. civ.* IV, 1967, n° 623 ; Cass. soc., 4 février 1970, *Bull. civ.* V, 1970, n° 78 ; Cass. soc., 8 mars 1972 : *D.,* 1972, p. 326 ; Cass. soc., 6 juillet 1979, *Bull. civ. V*, 1979, n° 622 ; CA Paris, 10 avril 1987 : *D.*, 1987, IR 120 ; critiques publiques sur la politique de l'entreprise : Cass. soc., 26 mars 1980, *Bull. civ. V*, 1980, n° 299 ; Cass. soc., 1er juillet 1981, *Bull. civ. V*, 1981, n° 620 ; discrédit sur l'entreprise, Cass. soc., 28 février 1980, *Bull. civ. V*, 1980, n° 202).
[1764] Cass. soc., 14 juin 1989 : *RJS*, 10/89, n° 743 ; Cass. soc., 28 novembre 1991 : *Juris. soc. UIMM*, n° 92-545, p. 12 ; CE, 1er avril 1992 : *Dr. soc.,* 1992, p. 833, concl. D. KESSLER.
[1765] Tels ceux placés sous la subordination directe du dirigeant social : Cass. soc., 17 juin 2009, n° 07-43.236, Inédit : qui admet l'attitude vindicative.

caractérisation de l'abus de la liberté d'expression[1766] quelque soit le statut occupé par le salarié[1767]. Néanmoins, le positionnement hiérarchique semble tenace, pour preuve l'admission de l'abus de la liberté d'expression pour des propos tenus par une cadre chargé de recrutement sur un réseau social public[1768].

Il semble ainsi que l'absence de conformité repose davantage sur l'inadaptation de la personne elle-même, plutôt que sur le constat d'un réel préjudice matériel subi par l'entreprise en raison de l'atteinte à son image ou à sa réputation. Même s'il tend à être cantonné à certaines catégories de salariés, ce glissement s'observe également en matière de liberté d'expression sur les réseaux sociaux, les débats se concentrant alors sur l'admission du mode preuve, et notamment sur le caractère public ou privé des propos ainsi tenus[1769], au risque parfois d'éluder tout questionnement sur le réel dommage subi par l'entreprise[1770].

401. – La bonne foi apparaît ainsi davantage comme un catalyseur du conflit d'intérêts plutôt qu'une manière de l'éviter. Elle « conduit à l'organiser de manière à le rendre acceptable au gré des évolutions des mentalités et des préoccupations économiques et sociales »[1771]. La « coopération antagoniste »[1772] ainsi réalisée par le contrat de travail s'en trouve facilitée par cette notion plastique servant dès lors de variable d'ajustement.

Ceci pose la question de quel est ou doit-être l'intérêt de l'entreprise, se réduit-il à une vision purement économique ou intègre t-il également une dimension sociale, prenant en compte le bien-être collectif de la communauté des travailleurs ? Cette seconde approche nécessite de s'éloigner d'une vision du rapport de travail organisée autour d'une opposition entre des individus et une collectivité, pour davantage de place à la personne du salarié, dans sa complexité et ses différences.

[1766] Une simple divergence d'opinion ne pouvant constituer en soi une cause de licenciement : Cass. soc., 10 novembre 1993 : *SSL*, n° 679, p. 16, pour laquelle la divergence d'opinion d'un cadre montrant son manque de cohésion avec la nouvelle direction, ne constitue pas un motif légitime de rupture.

[1767] Cass. soc., 23 septembre 2015, n° 14-14.021, *op. cit.*, à propos du délégué général d'une association ; cf ég. Cass. soc., 14 octobre 2015, n° 14-12.478, Inédit.

[1768] Cons. prud'h. Boulogne-Billancourt, 19 novembre 2010, n° 09/00316 et n° 09/00343, *op. cit.*

[1769] CA Rouen, 15 novembre 2011 : RG n° 11/01830 où il a été jugé que Facebook « *peut constituer soit un espace privé, soit un espace public, en fonction des paramétrages effectués par son utilisateur* » ; *cf* Cass. civ. 1ère, 10 avril 2013, n° 11-19.530, *op. cit.*

[1770] Cons. prud'h. Boulogne-Billancourt, *op. cit* : qualifiant les propos tenus comme une atteinte à l'autorité et à la réputation de la responsable hiérarchique visée, alors bien dénué des caractères de l'abus permettant de retenir une faute.

[1771] C. VIGNEAU, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *op. cit.*

[1772] C. THIEBERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *op. cit.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

402. – Le salarié, perçu en tant qu'individu, a pu profiter de sa qualité de citoyen pour voir s'appliquer à la relation de travail, des outils de régulation habituellement dédiés aux rapports verticaux entre citoyens et puissance publique. Tant la reconnaissance de certaines libertés publiques, que la protection contre le pouvoir de l'employeur, ont permis d'assurer au salarié une certaine liberté dans sa vie professionnelle.
Néanmoins, la relative réticence à importer totalement son statut de citoyen dans le périmètre de l'entreprise a contribué à en affaiblir la portée. De plus, la limitation du pouvoir de l'employeur a contribué à renforcer la légitimité d'un contrôle de cette liberté.

Par ailleurs, cette reconnaissance en demi-teinte de sa liberté, se double d'une jouissance nécessairement contextualisée où s'opposent intérêt individuel et intérêt collectif. Le salarié se voit donc contraint dans la jouissance de sa liberté, tant par les raisons de sa mise œuvre, laquelle est nécessairement non abusive, que par ses effets, nécessairement en symbiose avec l'intérêt collectif.

Ainsi, la liberté de la vie privée du salarié dans sa vie professionnelle ne peut être que partielle. Il convient toutefois de se détacher de l'individu, en tant qu'élément d'un collectif, pour prendre en compte une dimension plus individualiste de cette liberté, à travers la protection de la personne.

CHAPITRE 2 – LA LIBERTE DE LA PERSONNE DANS SA VIE PROFESSIONNELLE

403. – La notion de personne désigne un « individu considéré en lui-même »[1773]. Ainsi, à la différence de la notion d'individu, la « personne » s'attache à prendre en compte toute l'épaisseur et la complexité de l'être, autrement dit sa personnalité. Si la notion de personnalité peut revêtir différentes acceptions[1774], le droit en connaît deux. La première désigne une capacité : « l'aptitude à être titulaire de droits et assujetti à des obligations qui appartient à toutes les personnes physiques, et dans des conditions différentes, aux personnes morales »[1775]. La seconde qualifie un type de droits attachés à la protection de la personne désignés sous l'expression de « droits de la personnalité »[1776]. Cette différence est alors soulignée par un auteur, lequel relève qu' « il est aisé d'observer qu'à l'heure actuelle les individus sont pris en considération non seulement en leur qualité de sujets de droits, mais aussi en tant qu'êtres de chair et de sang, vivant en société, aptes à émettre une pensée originale, sensibles à l'opinion d'autrui, aspirant à préserver des indiscrétions l'intimité de leur vie privée, etc. »[1777]. Les droits de la personnalité appréhendent donc « la personne humaine envisagée en tant qu'entité originale »[1778], « au sens extrapatrimonial du terme »[1779], la personne étant ainsi envisagée « non pas de façon abstraite, mais dans sa singularité »[1780].

404. – Les droits de la personnalité correspondent alors « à un effort du droit pour prendre en compte l'existence concrète des personnes physiques, comme une donnée de fait imposant par elle-même de régler certains rapports sociaux », « le droit des personnes ayant pour fonction de trouver les moyens les plus adéquats pour résoudre

---

[1773] Le Larousse, *Dictionnaire de la langue française.*
[1774] Une personnalité peut notamment désigner un individu jouissant d'une notoriété ou bien doté d'un titre ou d'une fonction.
[1775] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, *cf «* Personnalité ».
[1776] *Cf supra*, § n° 15, et note n° 101.
[1777] G. GOUBEAUX, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », *Études dédiées à R. Roblot*, 1984, LGDJ, p. 199, spéc. n° 12
[1778] F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes*, *op. cit.*, p. 219.
[1779] Ph. STOFFEL-MUCK, « Le préjudice moral des personnes morales », *in* Libre droit, *Mélanges Ph. le TOURNEAU*, 2008, Dalloz, p. 959, spéc. n° 4.
[1780] A. LEPAGE, « Droits de la personnalité », *op. cit.*, spéc. n° 17.

les problèmes [que la personnalité] suscite »[1781]. Dans cette optique le droit au respect de la vie privée, « matrice des droits de la personnalité »[1782], semble remplir cette fonction, tant par la garantie de la protection du secret de la personne, que celle de sa liberté de choix. Le droit du travail partage avec le droit civil « la même raison d'être »[1783], et comporte naturellement des dispositions participant à la protection de la « personne du salarié »[1784]. En effet, le rapport de travail conduit ce dernier à mettre à disposition « sa personne », cette obligation pouvant s'entendre strictement comme une disponibilité physique convenue contractuellement. S'y ajoute néanmoins une dimension plus personnelle, touchant à la personnalité du salarié. Cette dernière est d'ailleurs réclamée pour ses qualités et compétences, lesquelles permettent de différencier le salarié de ses congénères, ainsi que de satisfaire pleinement aux exigences que réclament l'exécution de la prestation de travail. Il est cependant parfois exigé davantage du salarié, tant en terme de disponibilité que de conformité de sa personne. Il doit ainsi faire preuve de souplesse en acceptant d'accroître ses obligations professionnelles, au risque d'empiéter sur sa vie familiale. De même, de manière plus insidieuse, c'est sa personnalité qu'il est chargé d'adapter, afin d'entrer en conformité avec les exigences de l'entreprise.

405. – Cette réalité doit être confrontée avec le développement des droits de la personnalité et l'influence du droit européen, à travers notamment la jurisprudence de la CEDH. Cette dernière s'est livrée à une extension du champ d'application de l'article 8 de la CESDH, mobilisant certaines notions toutes orientées vers l'affirmation de la personne. Historiquement, la Cour de Strasbourg a entendu d'abord permettre à l'individu le « droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables »[1785], et notamment face aux ingérences d'une autorité pouvant l'en empêcher. Dès lors, a t-elle pu préciser que « la garantie offerte par l'article 8 de la Convention est principalement

---

[1781] G. GOUBEAU, *op. cit.*
[1782] J.-Ch. SAINT-PAU, note sous Cass. civ. 1ère, 16 juillet 1998, *op. cit.*
[1783] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, spéc. p. 151 : « […] qui est de civiliser les relations sociales, c'est-à-dire d'y substituer des rapports de droit aux rapports de force, et d'assurer à tous le statut de sujets de droit libres et égaux ».
[1784] L'expression est d'ailleurs mobilisée par le législateur ; *cf* not. article L. 1233-3 du Code du travail : « Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié […] ».
[1785] CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, *op. cit.* ; CEDH, 22 février 1994, Req. n° 16213/90, *Burghartz c/ Suisse*, *op. cit.,* spéc. § 47 ; CEDH, 31 janvier 1995, Req. n° 15225/89, *Friedl c/ Autriche*, spéc. § 45.

destinée à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables »[1786]. La reconnaissance de l'individualité de la personne est donc apparue comme une condition de son épanouissement : « l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur »[1787]. Néanmoins, afin d'en assurer l'effectivité, la CEDH a pu confier à l'individu les moyens d'affirmer sa personne, par le principe d'autonomie[1788], lequel constitue « un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 [de la Convention]»[1789]. Cette faculté accordée à l'individu, permet à ce dernier d'opposer sa volonté à autrui. Le terme d' « autodétermination »[1790] symbolise ainsi l'affirmation d'une liberté de choix individuelle dans un environnement porté par des considérations collectives. Ainsi, au nom de l'autonomie, l'individu peut disposer de son corps[1791] voire y porter atteinte[1792]. L'autonomie apparaît finalement comme le moyen pour l'individu, d'assurer le respect de la singularité de sa personne et donc son épanouissement personnel[1793]. Ces deux dimensions apparaissent également protégés par les droits de la personnalité, lesquelles réalisent ainsi « la synthèse de l'individualité et de l'autonomie »[1794].

Cette évolution de la personne, en lien avec celle du droit au respect de la vie privée, est ainsi bien résumée par un auteur : « on voit ainsi le passage du droit à vivre caché, puis

---

[1786] CEDH, 24 février 1998, Req. n° 153/1996/772/973, *Botta c/ Italie*, spéc. § 32 (non-adoption par l'Etat des mesures propres à remédier aux omissions imputables à des établissements de bains privés et empêchant l'accès des handicapés à une plage et à la mer).

[1787] CEDH, 6 février 2001, Req. n° 44599/98, *Bensaid c/ Royaume-Uni*, spéc. § 47 ; *cf* anc. : la liberté d'expression est « l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun » (CEDH, 7 décembre 1976, Handsyde c/ Royaume-Uni : F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD et a., *Grands arrêts de la CEDH*, PUF, 2007, n° 7.

[1788] Issue des mots grecs *autos* (soi-même) et *nomos* (loi, règle), l'autonomie signifie dans un sens courant la « faculté d'agir par soi-même en se donnant ses propres règles de conduite, sa propre loi » : Dictionnaire, Le Larousse.

[1789] CEDH, 29 avril 2002, Req. n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*, spéc. § 61 (en matière d'assistance médicale au suicide) : *D.*, 2002, IR p. 1596 ; *AJDA*, 2003, p. 1383, note B. LE BAUT-FERRASÈSE ; *Rev. science crim.*, 2002, p. 645, obs. F. MASSIAS ; *RTD civ.*, 2002, p. 482, obs. J. HAUSER, et p. 858, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

[1790] Cass. civ. 1ère, 6 mars 1996, n° 94-11.273, *op. cit.*; F. RIGAUX, « La liberté de la vie privée », *RIDC*, 1991/3. 539, spéc. p. 541.

[1791] *Ibid.*

[1792] CEDH, 17 février 2005, Req. n° 32576/96, *K.A. et A.D. c/ Belgique* : *JCP G*, 2005, I, 159, n° 12, obs. F. SUDRE ; *D.*, 2006, Pan. 1206, obs. J.-C. GALLOUX ; *RTD civ.*, 2005, p. 341, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; M. FABRE-MAGNAN, « le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.*, 2005, p. 2973.

[1793] A. CIESLAR, A. NAYER, B. SMEESTERS, *Le droit à l'épanouissement de l'être humain au travail. Métamorphoses du droit social*, Bruylant, 2007.

[1794] A. LEPAGE, « Droits de la personnalité », *op. cit.*, spéc. n° 11.

du droit à être perçu tel que l'on est, puis du droit à vivre comme on veut, sous l'influence du *right of privacy* »[1795].

406. – Le principe d'autonomie personnelle[1796] désigne un moyen plutôt qu'une finalité. Appliqué à la relation de travail, il s'agit de permettre au salarié d'imposer ses choix à l'employeur, et ce malgré le lien de subordination qui innerve les rapports quotidiens du travail, et qui permet à l'inverse à l'employeur de pouvoir restreindre sous certaines conditions, les droits et libertés du salarié. Il convient alors de pouvoir lui accorder le droit de s'affranchir de ce lien, par l'attribution de ce que Alain SUPIOT désigne comme des « aires d'autonomie individuelle »[1797], au sein desquelles le salarié va pouvoir conserver une certaine liberté de sa vie privée dans le cadre de sa vie professionnelle. Cette autonomie se manifeste dans deux aspects : d'une part, en matière de disponibilité de la personne du salarié (Section 1) et, d'autre part, en ce qui concerne la conformité de la personne du salarié (Section 2).

[1795] A. LEPAGE, *op. cit.*, spéc. n° 118.
[1796] E. LAGARDE, « Le principe d'autonomie personnelle. Etude sur la disposition personnelle en droit européen », thèse, 2012, Pau, dir. J.-P. MARGUÉNAUD.
[1797] A. SUPIOT, *Critique de droit du travail*, *op. cit.*, spéc. p. 160 et s.

SECTION 1 : LA DISPONIBILITE DE LA PERSONNE DU SALARIE

407. – La disponibilité désigne l'obligation faite au salarié, d'être à la disposition de l'employeur. Elle peut être assimilée à la notion de temps de travail effectif prévue par le Code du travail, lequel la définit comme « le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles »[1798].

Elle implique alors une présence, laquelle peut-être physique ou intellectuelle. Dans l'évaluation de cette présence, le lieu n'est pas toujours un critère déterminant. Le salarié peut ainsi être disponible alors qu'il ne se situe pas sur son lieu de travail, voire à son domicile. Dès lors, la disponibilité semble alors s'affranchir des cloisons pouvant s'établir entre les différentes sphères de vie du salarié, et notamment entre sa vie professionnelle et sa vie extra-professionnelle. La présence intellectuelle semble néanmoins requise afin de pouvoir réaliser la tâche qui lui a été confiée. Toutefois certains travaux réclament l'obtention d'un résultat, et confèrent une certaine autonomie d'organisation du salarié dans son travail. Dans ce cas, la présence du salarié ne constitue plus un indicateur pertinent de la satisfaction de ses obligations contractuelles, lequel doit constituer l'unique objectif de cette évaluation. La difficulté de saisir la disponibilité du salarié appelle donc à prémunir sa personne contre des restrictions émanant de l'employeur, qui s'écarteraient de cet objectif.

X. L'autonomie de le personne du salarié se manifeste par la possibilité de se rendre temporairement indisponible. Une telle indisponibilité est rendue possible par la limitation de la subordination du salarié, tant dans sa vie professionnelle (§1), que dans sa vie privée (§2).

[1798] Article L. 3121-1 du Code du travail.

§1 : La limitation de la subordination dans la vie professionnelle du salarié

408. – Même au temps et au lieu de travail, la disponibilité du salarié ne saurait être totale. Il est des moments où la subordination doit pouvoir desserrer son étau. Cet aménagement se manifeste d'abord par l'encadrement de la surveillance de l'activité du salarié (A). La prise en compte de son autonomie lui permet également d'importer un temps privé dans sa vie professionnelle (B).

A / L'encadrement de la surveillance de l'activité professionnelle

409. – La préservation de l'autonomie du salarié implique, d'une part, d'informer ce dernier de la surveillance dont il peut faire l'objet (1) et, d'autre part, de limiter le potentiel intrusif de cette surveillance (2).

1 / L'information de la surveillance

410. – L'employeur est en droit d'organiser la surveillance de ses salariés. Il doit néanmoins respecter certaines conditions dont la première consiste en un devoir d'information. Ainsi, l'article L. 1222-4 du Code du travail dispose qu' « 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 ». Introduite par la loi du 31 décembre 1992[1799], la Cour de cassation avait déjà antérieurement imposé cette obligation, par le fameux arrêt fondateur *Néocel*, qui mettait en jeu une caméra de vidéosurveillance. La Cour avait alors estimé que « si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite »[1800]. Si cette solution s'applique aux systèmes de vidéosurveillance[1801], quand bien même ceux-ci auraient été installés chez une société

[1799] Article 26 de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage.
[1800] Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 88-43.120, *op. cit.*
[1801] Cass. soc., 10 décembre 1997, n° 95-42.661, *op. cit.* ; Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.866, *op. cit.*

cliente[1802], d'autres dispositifs, à l'instar des systèmes de géolocalisation[1803], réclament également une information préalable du salarié. Ce dernier doit ainsi être en mesure de connaître non seulement l'existence d'un tel dispositif mais également sa finalité. Cette obligation, spécifiquement prévue par les délibérations de la CNIL, découle également de l'obligation générale d'information dévolue à tout responsable de traitement de données[1804]. L'information concerne également certaines institutions représentatives du personnel[1805], sous peine d'inopposabilité du système, et ce même s'il ne pouvait être sérieusement prétendu que le salarié ignorait l'existence du dispositif[1806]. Le non-respect de cette obligation peut dès lors caractériser l'atteinte à l'intérêt d'un syndicat[1807].

En outre, la CNIL doit également être informée de la mise en place d'un système de surveillance, le système de déclarations simplifiées facilitant alors la démarche. À défaut, cette dernière peut être amenée à prononcer la suspension du traitement[1808], voire des sanctions pénales[1809].

411. – L'absence d'information du salarié rend illicite la surveillance, quelque soit le procédé, et amène le juge à écarter la preuve constituée par des éléments qui auraient été collectés de manière clandestine. La jurisprudence retient la « déloyauté » de tels procédés. En conséquence, la chambre sociale de la Cour de cassation a rejeté la licéité d'un certain nombre d'entre eux, l'employeur se livrant parfois à de véritables stratagèmes afin de révéler la faute du salarié. L'envoi de faux clients[1810], le recours à

[1802] Cass. soc., 10 janvier 2012, n° 10-23.482, *Bull. civ. V*, 2012, n° 2 : *RDT*, 2012, p. 223, obs. A. GARDIN ; *JCP S*, 2012, n° 1122, note G. LOISEAU.

[1803] Article 6 de la délibération n° 2015-165 du 4 juin 2015 portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics ou privés destinés à géolocaliser les véhicules utilisés par leurs employés (norme simplifiée n° 51)

[1804] Article 32 de la loi de 6 janvier 1978, *op. cit.*

[1805] Article L. 2323-47 du Code du travail : « [Le comité d'entreprise] est aussi informé, préalablement à leur introduction dans l'entreprise, sur les traitements automatisés de gestion du personnel et sur toute modification de ceux-ci ».

[1806] En matière de vidéo-surveillance ; Cass. soc. 7 juin 2006, n° 04-43.866, *op. cit*.

[1807] Cass. crim., 9 février 2016, n° 14-87.753 : DA, 11 mars 2016, obs. C. FONTEIX.

[1808] CNIL, délibération n° 2010-112 du 22 avril 2010 de la formation restreinte décidant l'interruption d'un traitement mis en œuvre par la Société X…

[1809] Article 226-16 du Code pénal ; *cf* par ex. CNIL, délibération n° 2010-112 du 22 avril 2010, *op. cit.*

[1810] Cass. soc., 19 novembre 2014, n° 13-18.749, Inédit : Dr. soc., 201, p. 83, D. BOULMIER ; Cass. soc., 18 mars 2008, n° 06-45.093, *Bull. civ. V*, 2008, n° 64.

une société de surveillance[1811], ou encore l'utilisation de lettres piégées[1812] ne sauraient constituer un dispositif valable de surveillance. Il en est de même des filatures diligentées par l'employeur[1813], pour lesquelles la Cour a d'ailleurs estimé leur caractère illicite quand bien même elles auraient été portées à la connaissance du salarié car disproportionnées[1814]. Le recours à un huissier de justice peut s'avérer une solution[1815] pour constater la faute du salarié, à condition toutefois que l'officier ministériel se borne à une simple constatation matérielle, sans participation active de sa part[1816], ni stratagème[1817].

412. – A l'opposé, pour certains modes de surveillance, l'employeur n'est pas dans l'obligation d'en informer préalablement le salarié, soit parce que le dispositif ne concernait pas le salarié[1818], soit parce que ce dernier ne pouvait ignorer cette possibilité, notamment au regard de la situation ou du matériel utilisé[1819]. Tel est le cas lorsque la surveillance est opérée par d'autres salariés dotés de fonctions d'encadrement[1820], ou dans le cadre d'un audit du service portant sur le travail d'une salarié[1821]. Une telle dispense est également présente concernant certains outils mis à la disposition du salarié. L'employeur est ainsi autorisé à surveiller les communications téléphoniques de ses employés, par la vérification des relevés fournis par son

---

[1811] Cass. soc. 15 mai 2001, n° 99-42.219, *Bull. civ. V*, 2001, n° 167 : *cf* not. F. FAVENNEC-HÉRY, « Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire », Dr. soc., 2004, p. 44.
[1812] Cass. Ass. plén., 7 janvier 2011, n° 09-14.316, Bull. Ass. plén., 2011, n° 1 : *D.*, 2011, p. 562, note F. FOURMENT.
[1813] Cass. soc., 22 mai 1995, n° 93-44.078, *Bull. civ. V*, n° 164 : RJS 7/1995, n° 757, concl. Y. CHAUVY ; *RJS*, 7/1995, 489 ; Cass. soc., 4 février 1998, n° 95-43421, *Bull. civ. V*, 1998, n° 64 : *Dr. soc.*, 1998, p. 405, obs. J. SAVATIER.
[1814] Cass. soc., 26 novembre 2002, n° 00-42.401, *op. cit.*
[1815] « Un constat d'huissier ne constitue pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié : CE, 8/3 SSR, 7 juin 2000, n° 191828, *S.A. Roulle* ; Cass. soc., 5 juillet 1995, n° 03-46.361, *Bull. civ. V*, 1995, n° 235.
[1816] L'huissier ne peut ainsi mener d'enquête (Cass. soc., 22 mars 2006, n° 03-43.602, Inédit), ni procéder à un contrôle d'identité (Cass. soc., 2 mars 2004, n°s 01-44.644 et 01-44.645, *Bull. civ. V*, 2004, n° 69 : *Lexbase Hebdo*, n° 111 du 11 mars 2004, éd. soc., et la chron.), ni procéder à une filature (Cass. soc., 24 janvier 2002, n° 00-18.215, *Bull. civ. V*, 2002, n° 35).
[1817] Cass. soc., 18 mars 2008, n° 06-40.852, *Bull. civ. V*, 2008, n° 65 : *D.*, 2008, p. 993 ; *Dr. soc.*, 2008, p. 610, obs. C. RADÉ.
[1818] Vidéosurveillance dans un lieu non fréquenté par le salarié : Cass. soc., 31 janvier 2001, n° 98-44.290, *Bull. civ. V*, 2001, n° 28 ; *cf* ég. décision de la CNIL n° 2011-036 du 16 décembre 2011.
[1819] En ce sens : B. BOSSU, « Surveillance du salarié et loyauté de la preuve », *JCP S*, 2008, n° 1396.
[1820] Cass. soc., 5 novembre 2014, n° 13-18.427, *op. cit.* : *D.*, 2014, p. 2308 ; *Dr. soc.*, 2015, p. 81, obs. D. BOULMIER ; *JCP S*, 2015, n° 1046, note B. BOSSU ; *Procédures*, 2015, comm. n° 17, A. BUGADA.
[1821] Cass. soc., 26 janvier 2016, n° 14-19.002 : *DA*, 8 février 2016, obs. M. PEYRONNET ; *JCP S*, 2016, n° 1141, note N. DAUXERRE ; *Procédures,* 2016, comm. n° 98, A. BUGADA.

opérateur[1822], ou encore par un appui technologique par le biais d'autocommutateurs téléphoniques[1823]. La technologie évoluant, la Cour de cassation a pu étendre cette position à la lecture des SMS[1824] enregistrés sur un téléphone portable[1825]. Toutefois, les dispositifs d'écoutes téléphoniques, par leur caractère intrusif, obéissent à des règles plus strictes, réclamant une information du salarié[1826], plus dense[1827].

L'utilisation de moyens informatiques par le salarié obéit à la même logique, lorsque ceux-ci sont mis à sa disposition pour son activité professionnelle. Désormais, par la biais de la présomption d'utilisation professionnelle établie par la jurisprudence, la possibilité de consultation par l'employeur du contenu des outils de stockage[1828], des courriels[1829] ou encore des connexions internet[1830] est connue de l'ensemble des salariés. L'information préalable du salarié de cette consultation est toutefois réclamée lorsque ce dernier a entendu privatiser certains éléments[1831].

Par ailleurs, l'employeur est parfois astreint par la loi à surveiller l'activité de ses salariés ou son entreprise. Cette obligation étant semble t-il connue du salarié, les dispositifs de surveillance ne nécessitent pas son information préalable[1832].

413. – Il est toutefois des modes de surveillance pour lesquels l'information reste de mise, à l'instar des dispositifs de géolocalisation intégrés dans certains matériels. Les véhicules mis à la disposition des salariés, disposant de systèmes de géolocalisation

---

[1822] Cass. soc., 15 mai 2001, n° 99-42.937, *Bull. civ. V*, 2001, n° 168 : RJS 7/2001, n° 830.

[1823] Cass. soc., 29 janvier 2008, n° 06-45.279, Inédit : *RDT*, 2008, p. 242, obs. R. DE QUENAUDON et C. SACHS-DURAND ; le dispositif doit tout de même faire l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL au titre de la norme simplifiée NS 47.

[1824] Short Message Service, appelé également « texto ».

[1825] Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, *Bull. civ. V*, 2007, n° 85 : *RDT*, 2007, p. 530, obs. R. DE QUENAUDON ; *Adde :* Cass. Soc., 6 février 2013, n° 11-23.738, *Bull. civ. V*, 2013, n° 31 : *D.*, 2013, p. 1775, obs. C. SOMMÉ ; Cass. com., 10 février 2015, n° 13-14.779 : *JCP S*, 2013, n° 1155, note B. BOSSU.

[1826] Cass. soc., 16 décembre 2008, n° 07-43.993, Inédit.

[1827] Les salariés concernés soient prévenus des périodes pendant lesquelles leurs conversations sont enregistrées et informés des objectifs poursuivis par la mise en place du système et des conséquences qui pourront en résulte : CNIL, délibération n° 2014-474 du 27 novembre 2014 portant adoption d'une norme simplifiée relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics et privés destinés à l'écoute et à l'enregistrement des conversations téléphoniques sur le lieu de travail (NS 057).

[1828] Cass. soc., 18 octobre 2006, n° 04-47.400, *op. cit.*

[1829] Cass. soc., 30 mai 2007, n° 05-43.102, *op. cit.* : *RD bancaire et fin.* 2007, comm. n° 233, E. A. CAPRIOLI ; *RLDI*, janvier 2008/34, n° 1139, A. SAINT-MARTIN.

[1830] Cass. soc., 9 juillet 2008, n° 06-45.800, *Bull. civ. V*, 2008, n° 150.

[1831] *Cf infra*, n° 424.

[1832] Un dispositif de vidéo-surveillance dans un casino (Cass. soc., 2 février 2011, n° 10-14.263, Inédit : *JCP S*, 2011, n° 1313, note B. BOSSU) ; la présence de chronotachygraphes dans les véhicules de transports (Cass. soc., 14 janvier 2014, n° 12-16.218, *Bull. civ. V*, 2014, n° 4 : *Procédures*, 2014, comm. n° 75, obs. A. BUGADA ; *JCP S*, 2014, n° 1213, note B. BOSSU ; *DA*, 30 janvier 2014, obs. W. FRAISSE).

embarquée, ont pu faire l'objet d'une attention particulière de la CNIL[1833]. Le potentiel intrusif du système de géolocalisation légitime une extrême précaution dans son utilisation, et nécessite une information claire et précise sur son existence, ainsi que sa finalité. Cette obligation ne nous semble pas être limitée aux véhicules automobiles, d'autres matériels mis à la disposition des salariés pouvant être équipés de logiciels de géolocalisation, tels que les ordinateurs ou les téléphones portables. L'utilisation d'un tel système, quand bien même il serait intégré dans le matériel, nécessite une déclaration préalable à la CNIL ainsi qu'une information des salariés. La CNIL veille à maintenir à jour ses exigences en fonction des évolutions technologiques. Ainsi, elle a récemment fait savoir que le système des *keyloggers,* logiciels permettant de suivre la saisie des salariés sur leur ordinateur, ne peuvent être utilisés dans un contexte professionnel à l'exception d'un impératif fort de sécurité, accompagné d'une information spécifique des personnes concernées[1834].

De même, certains procédés de contrôle, particulièrement attentatoires aux droits et aux libertés du salarié nécessitent une formalisation particulière. Tel est le cas des tests d'alcoolémie, nécessitant préalablement à leur recours, la mention de cette possibilité dans le règlement intérieur de l'entreprise[1835].

414. – L'obligation d'information semble ainsi corrélée au potentiel intrusif du contrôle effectué par l'employeur. Le salarié est ainsi en mesure d'évaluer le niveau de surveillance de son activité, et donc son degré d'autonomie. L'information n'élude pour autant pas les éventuels excès inhérents à certains dispositifs de contrôle. Le respect de l'autonomie du salarié implique alors un encadrement de leur mise en oeuvre.

2 / Une surveillance non intrusive

415. – La surveillance induisant nécessairement une restriction des droits et des libertés des salariés, sa mise en œuvre réclame de satisfaire aux exigences posées par le

[1833] CNIL, délibération n° 2015-165 du 4 juin 2015 portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics ou privés destinés à géolocaliser les véhicules utilisés par leurs employés (norme simplifiée n° 51)
[1834] CNIL, communiqué du 23 mars 2013 : *JCP S*, 2013, Actu. n° 149.
[1835] Décret n° 2014-754 du 1er juillet 2014 modifiant l'article R. 4228-20 du Code du travail.

législateur. De telles restrictions, qu'elles soient prévues par le règlement intérieur[1836], ou qu'elles résultent de l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur[1837], doivent alors être « justifiées par la nature de la tâche à accomplir [et] proportionnées au but recherché ».

A titre d'exemple, les fouilles de salariés ne peuvent être justifiées que « par des circonstances exceptionnelles et des exigences de sécurité »[1838]. Toutefois, en cas de soupçon de vol, l'employeur peut demander à ses salariés d'ouvrir leur sac personnel pour en vérifier le contenu, à condition de les avoir avertis de leur droit de s'y opposer et d'exiger la présence d'un témoin[1839].

Les clauses du règlement intérieur introduisant des éléments de surveillance, doivent également faire preuve de mesure. Le caractère trop général de certaines d'entre elles peut conduire le juge à en écarter l'application, comme en matière de fouilles[1840], ou encore s'agissant des contrôles d'alcoolémie [1841]. Par ailleurs, l'exigence de proportionnalité amène à cantonner la mise en œuvre de ces clauses, dans des situations présentant un risque en terme de sécurité des biens et des personnes.

416. – Ces exigences se retrouvent également en matière de dispositifs de surveillance déclarés à la CNIL, laquelle exige la présence d'une finalité clairement identifiée. La CNIL impose parfois certains objectifs en fonction du traitement mobilisé. Ainsi, la géolocalisation du véhicule professionnel d'un salarié ne peut répondre qu'à certaines finalités, limitativement fixées par la CNIL, n'intégrant pas la surveillance des salariés[1842]. Il en est de même concernant d'autres dispositifs particulièrement intrusifs, tels que les systèmes biométriques d'accès aux locaux de l'entreprise[1843]. À l'inverse, la vidéosurveillance semble bénéficier d'une appréciation plus souple par la Commission, cette dernière n'établissant pas de liste limitative de finalités. Néanmoins, l'employeur

---

[1836] Article L. 1321-3 du Code du travail.

[1837] Article L. 1121-1 du Code du travail.

[1838] Le salarié qui refuse d'ouvrir son sac à des fins de vérifications alors qu'une série d'attentats et une alerte à la bombe avaient eu lieu s'expose à des sanctions disciplinaires : Cass. soc., 3 avril 2001, n° 95-45.818, *op. cit.*

[1839] Cass soc., 11 février 2009, n° 07-42.068, *op. cit.*

[1840] CE, 1/4 SSR, du 12 juin 1987, 72388, *op. cit.* ; *cf* C. PETTITI, « Le droit des fouilles dans les entreprises et les locaux commerciaux », *JCP G*, 1989, n° 3373.

[1841] CE, 1er février 1980, *op. cit.* ; CE, 8 juillet, 1988, n° 71484 ; *cf* ég. Circ. DRT n° 5-83, 15 mars 1983 : BO Trav. n° 83/16.

[1842] Article 2 de la délibération n° 2015-165 du 4 juin 2015, *op. cit.* ; A. GARDIN, « Géolocalisation du véhicule du salarié : quand finalité, proportionnalité et fiabilité font loi », *RDT*, 2015, p. 544.

[1843] CNIL, délibérations n° 2016-186 et n° 2016-187 du 30 juin 2016, op. cit.

doit annoncer clairement les objectifs de ce type de dispositif, tant aux salariés de l'entreprise, qu'à la CNIL. Si l'accomplissement de ces formalités conditionne la licéité du procédé de contrôle, leur mise en œuvre est toutefois conditionné aux mêmes impératifs de justification et de proportionnalité.

417. – Ce contrôle est principalement opéré par les juridictions judiciaires. Ainsi, l'installation d'un système de vidéosurveillance ne saurait permettre à l'employeur de filmer en continu des salariés, en-dehors de toute justification liée à la sécurité des salariés[1844]. De même, une décision des juges du fond a pu rappeler que « la géolocalisation d'un véhicule doit être proportionnée au but recherché [...] la mise sous surveillance permanente des déplacements des salariés est disproportionnée lorsque des vérifications peuvent être faites par d'autres moyens, comme c'est le cas en l'espèce, puisque l'employeur pouvait mener des enquêtes auprès des clients que le salarié était censé visiter [...]. Il en résulte que la mise en œuvre du GPS était illégale comme disproportionnée au but recherché et ne peut être admise comme preuve »[1845]. Il en est de même si les parties s'étaient entendues au préalable au sujet d'un dispositif de contrôle des horaires de travail, ne nécessitant pas de recourir à la géolocalisation du véhicule professionnel dans ce but[1846]. L'employeur doit donc recourir de manière mesurée à certains dispositifs de traitement lorsque d'autres moyens moins intrusifs sont à sa disposition. Il doit également veiller à respecter la finalité affichée.

418. – La plus grande partie des litiges vise principalement le respect par l'employeur de la finalité du dispositif de surveillance, telle qu'elle a été communiquée auprès de la CNIL, ainsi qu'aux salariés de l'entreprise. À défaut, le détournement de finalité peut être caractérisé, et conduit alors à écarter les éléments de preuve qui pourraient résulter de son utilisation, ou encore à sanctionner l'employeur rétif à se limiter à cette stricte application. La Cour de cassation a ainsi maintes fois eu l'occasion de relever de tels écarts à l'encontre de systèmes de vidéosurveillance[1847], ou encore de

[1844] Des agents de sécurité ne sauraient être filmés en continu dans leur local de surveillance
[1845] CA, Agen, 3 août 2005, n° 04-00356.
[1846] Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-18.036, *Bull. civ. V*, 2011, n° 247 : *RDT*, 2012, p. 156, note B. BOSSU, T. MORGENROTH ; *JCP S*, 2012, n° 1054, note G. LOISEAU ; *JCP E*, 2012, n° 1926, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *SSL*, 2012, n° 1518, p. 7, obs. FLORÈS.
[1847] Cf not. : caméras destinées à prévenir les vols de la clientèle orientées vers la surveillance des salariés : Cass. soc., 7 juin 2006, *op. cit.* ; Cass. soc., 26 juin 2013, n° 12-16.564, *op. cit.*

géolocalisation[1848]. La CNIL a pu également mettre en demeure différentes entreprises refusant de se conformer au respect de la finalité déclarée[1849].
Cette jurisprudence se situe alors dans la droite ligne du régime applicable aux traitements de données. En effet, le détournement de finalité du traitement induit une absence de consentement du salarié concerné, ce qui entraîne l'inopposabilité du traitement à ce dernier. Cette convergence semble naturelle, car même si les juges ne mobilisent pas les dispositions spéciales du droit de l'informatique, les dispositifs en cause sont la plupart du temps assimilables à de tels traitements et pourraient intégrer leur champ d'application.

419. – L'encadrement du pouvoir de surveillance de l'employeur accorde ainsi au salarié la faculté d'évaluer son degré d'autonomie. Il le protège également contre les éventuels excès d'une surveillance trop intrusive. Les atteintes à son autonomie étant ainsi circonscrites, le salarié peut déterminer des aires d'autonomie lui permettant d'importer un temps privé dans sa vie professionnelle.

B / L'importation d'un temps privé dans la vie professionnelle

420. – L'autonomie de la personne du salarié se manifeste dans la possibilité qui lui est offerte de ménager des temps de vie personnelle durant sa vie professionnelle.
Au sens large, la vie professionnelle peut s'entendre comme la période d'activité du salarié comprise entre son entrée sur le marché du travail jusqu'à son retrait définitif de la vie active. Cet espace temporel est rythmé par une alternance entre temps de travail et temps de repos, auxquels peuvent s'ajouter certaines absences pour des raisons personnelles, et notamment familiales. Arrêts maladie, congés pour événements familiaux, congé maternité, congé parental, congé pour création d'entreprise ou encore congé pour convenance personnelle, la liste est non exhaustive et témoigne de la multiplicité des temps durant lesquels le salarié a la possibilité de suspendre un moment sa vie professionnelle. Ces absences sont bien souvent « de droit », l'employeur

[1848] Cass. soc., 3 novembre 2011, *op. cit.*
[1849] *cf* not. : CNIL, délibération n° 2014-426 du 23 octobre 2014, *Apple store* ; délibération n° 2013-217 du 17 juillet 2013, *Leclerc* : le dispositif, mis en œuvre en méconnaissance des droits des salariés, servait notamment à contrôler leurs horaires.

ne pouvant qu'opposer une demande de justification en fonction de la nature de l'absence , ou parfois reporter le départ effectif. L'impact est important concernant le salarié car ce dernier a la possibilité de suivre une carrière professionnelle malgré les aléas de la vie hors travail. La vie professionnelle semble donc admettre certaines interférences de la vie privée[1850].

421. – Dans un sens restreint, la vie professionnelle du salarié s'assimile au temps de travail effectif. La définition de ce dernier sous-entend la disponibilité du salarié, lequel ne saurait vaquer librement à ses occupations personnelles. Or, il est des moments d'évasion qui jalonnent la vie de l'Homme au travail, impliquant dès lors une déconnexion entre présence physique et présence productive. Certaines suspensions du temps professionnel sont prévues légalement, ou conventionnellement, ce qui permet au salarié de s'échapper quelques instants de sa condition de travailleur subordonné. Pouvant dès lors vaquer librement à ses occupations personnelles au cours de ces quelques instants de répit, le poids de la subordination doit s'effacer. Ce qui n'est pas le cas. Tout au plus, au regard de la courte durée de la pause qui lui est accordée, le salarié peut à peine satisfaire des besoins physiologiques. En d'autres termes, il est condamné à demeurer physiquement présent dans le locaux de l'entreprise. Cette présence ne le libère que partiellement du lien de subordination, l'employeur lui imposant le respect des règles d'hygiène et de sécurité, même lorsqu'il est en pause. D'une manière générale, le pouvoir de direction demeure lui aussi actif, le temps de pause n'étant « pas incompatible avec des interventions éventuelles et exceptionnelles demandées durant cette période au salarié en cas de nécessité, notamment pour des motifs de sécurité »[1851]. Ces temps personnels « contraints » trouvent alors une compensation par, à l'opposé, l'existence de moments professionnels de liberté.

422. – « Même lorsqu'il est au travail, une part de la personne du salarié échappe au pouvoir de l'employeur »[1852]. L'employeur ne saurait par exemple, interdire toute conversation entre salariés étrangère au service[1853]. Si une telle disposition insérée dans le règlement intérieur excède « l'étendue des sujétions que l'employeur peut édicter en

[1850] S'agissant de la vie familiale : *cf* A. GARDIN, « La vie familiale du salarié en droit du travail », *op. cit.*
[1851] Cass. soc., 1er avril 2003, n° 01-01.395, *Bull. civ. V*, 2003, n° 129.
[1852] J. MOULY, J. SAVATIER, « Droit disciplinaire », *op. cit.*, spéc. n° 92.
[1853] CE, 25 janvier 1989, req. n° 64296 **:** *Dr. soc.*, 1989, p. 201, Concl. J de CLAUSADE ; *JCP E*, 1989, II, 15504, note B. TEYSSIÉ ; *JCP E*, 1989, II, 15525, n° 2, obs. Th. REVET ; *RJS*, 1989, n° 423.

vue d'assurer le bon ordre et la discipline (...) ainsi que la bonne exécution de certains travaux exigeant une attention particulière », elle paraît également illusoire car dépourvue d'effectivité réelle. Il semble difficilement envisageable qu'un salarié satisfasse une telle obligation, laquelle pourrait s'avérer également contreproductive. Il est vrai que les mentalités et les pratiques managériales ont évolué, amenant les entreprises à admettre, voire à encourager, les moments informels d'échanges, terrains privilégiés de créativité[1854].

423. – D'une manière générale, l'entreprise n'est pas hostile à l'importation d'un temps personnel au travail. La tolérance est de mise, et parfois vecteur de climat social apaisé. Il n'y a que l'abus qui puisse caractériser une faute de la part du salarié. Tel est le cas dans l'utilisation du matériel informatique mis à sa disposition lorsqu'il est détourné à des fins personnelles. L'abus peut être caractérisé quantitativement, la faute grave ayant été retenue pour le salarié ayant passé son temps à « surfer » sur Internet à des fins personnelles : 41 heures en un mois[1855], 10 000 connexions sur une période d'un peu plus de quinze jours[1856]. L'abus relève parfois de la nature des éléments importés dans l'entreprise, la responsabilité de cette dernière étant susceptible d'être mise en œuvre. Ainsi, caractérise une faute[1857], voire un abus de confiance, la consultation pendant le temps de travail, de sites pornographiques ou de rencontre[1858], faisant courir à son employeur des risques de poursuites en cas de consultation de sites illégaux[1859], ou pouvant porter atteinte à l'image de l'entreprise[1860]. La même solution s'applique en matière de détention de fichiers à caractère pornographique[1861].

La caractérisation de l'abus résulte bien souvent de la combinaison de ces éléments. Constitue ainsi une faute le fait pour un salarié d'envoyer à ses collègues à partir de son ordinateur professionnel, en violation du règlement intérieur de l'entreprise qui interdit l'utilisation d'internet à des fins personnelles, 178 courriels accompagnés de vidéos à

[1854] Le nom "World Wide Web" fut ainsi trouvé par Tim Berners-Lee et ses collègues, à la cafétéria du CERN à Genève (Ph. COUVE, « De l'influence de la machine à café sur l'innovation en entreprise », 20 avril 2012, disponible sur samsa.fr [consulté le 10.10.2016]).

[1855] Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-44.247, *op. cit.* : *D.*, 2009, p. 1093, obs. C. DECHRISTÉ ; *Dr. soc.*, 201, p. 267, chron. J.-E. RAY.

[1856] Cass. soc., 26 février 2013, n° 11-27.372, Inédit.

[1857] Cass. soc., 21 septembre 2011, n° 10-14.869, *op. cit.* ; Cass. soc., 10 mai 2012, n° 10-28.585, *op. cit.*.

[1858] Cass. crim., 19 mai 2004, n° 03-83.953, *op. cit.* : *AJ pénal,* 2004, p. 286, obs. J. COSTE ; *RTD com.*, 2004. 824, obs. B. BOULOC ; un tel comportement pouvant également caractériser un délit d'abus de confiance.

[1859] CA Aix-en-Provence, 17e ch., 17 décembre 2002, RG n° 02/08362 : sites à caractère pédophile.

[1860] Cass. soc., 23 novembre 2011, n° 10-30.833, *op. cit.*

[1861] Cass. soc., 16 mai 2007, n° 05-43.455, *op. cit.* ; Cass. soc., 15 décembre 2010, n° 09-42.691, Inédit.

caractère sexuel, humoristique, politique ou sportif[1862]. *A contrario*, en l'absence d'abus, le juge semble réticent à retenir la faute du salarié, reconnaissant ainsi le droit au salarié d'utiliser de manière mesurée le matériel informatique mis à sa disposition[1863]. Par ailleurs, la disponibilité du salarié semble bien au cœur de l'analyse, celui-ci pouvant utiliser son ordinateur professionnel comme bon lui semble lorsqu'il se situe en-dehors du travail[1864].

424. – La vie privée du salarié au travail a pu trouver une consécration avec l'arrêt *Nikon* : « le salarié a droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée et que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances »[1865]. Cette affirmation s'est depuis quelque peu étiolée, au point que la doctrine a pu s'interroger: « Qu'en reste-t-il aujourd'hui ? Une peau de chagrin »[1866]. En effet, cette affaire avait conduit le juge à écarter un courriel d'une salariée comme moyen de preuve, au motif que l'employeur ne pouvait « prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail ». Depuis, la Cour de cassation a opéré un retour de balancier en faveur de l'employeur par le biais de la présomption du caractère professionnel des fichiers, connexions Internet puis courriels. Le salarié voulant se ménager un semblant de vie privée doit désormais clairement afficher ses ambitions en identifiant comme « personnel » les éléments qu'il entend mettre à l'abri du regard de l'employeur. Néanmoins, cette protection semble plus symbolique qu'effective. Si les conditions de personnalisation sont très strictes[1867], le résultat d'une telle démarche est

---

[1862] Cass. soc., 18 décembre 2013, n° 12-17.832, *op. cit*.

[1863] La seule conservation par le salarié sur son poste informatique de trois fichiers contenant des photos pornographiques et zoophiles sans caractère délictueux, en l'absence de constatation d'un usage abusif affectant son travail (Cass. soc., 8 décembre 2009, n° 08-42.097, *op. cit.*) ; La réception de « mails » contenant des images à caractère pornographique ne constitue pas un usage abusif du matériel informatique, la présence de ces fichiers sur l'ordinateur du salarié ne signifiant pas que celui-ci les ait enregistrés (Cass. soc., 14 avril 2010, n° 08-43.258, Inédit : *LPA*, 8 juin 2011, n°113, p.14, note T. MORGENROTH).

[1864] CA Versailles, 6ème ch., 18 mars 2003, n° 02/00046.

[1865] Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, *Bull. civ. V*, 2001, n° 291 : *Dr. soc.*, 2001, p. 915, note J.-E. RAY ; *D.*, 2001, p. 3148, note P.-Y. GAUTIER ; Ibid., p. 3286, interview P. LANGLOIS ; *Ibid*., 2002, Pan. p. 2296, obs. C. CARON ; *GADT*, 4e éd. 2008, n° 69-70 ; *RTD civ.,* 2002. 72, obs. J. HAUSER ; *RJS*, 2001, n° 1394, note F. FAVENNEC-HÉRY.

[1866] P. ADAM, « Sur la vie personnelle : cinquante ans après Despax », *RDT*, 2012, p. 100.

[1867] N'est pas considéré comme personnel : le fichier que le salarié dénomme « Mes documents » (Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-13.884, *op. cit.*) ; la dénomination « D :/données personnelles » du disque dur (Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11-12.502, *op. cit.*) ; le fichier identifié à partir des initiales de son prénom (Cass. soc., 21 octobre 2009, n° 07-43.877, *op. cit.*).

plutôt maigre. En effet, l'employeur n'est tenu que d'appeler et d'informer au préalable le salarié concerné, de l'ouverture imminente des éléments ainsi identifiés[1868]. Les droits de la défense semblent alors réduits à leur portion congrue.

En comparaison, la fouille des affaires personnelles du salarié réclame davantage de protection, l'employeur devant informer le salarié de la possibilité d'être assisté d'un témoin ainsi que de son droit d'opposition[1869]. La nature professionnelle ou privée des supports de fouille peut expliquer cette différence. En effet, d'une simple application du pouvoir de surveillance de l'employeur dans un outil qui lui appartient, on bascule vers une véritable investigation dans un objet de la propriété du salarié. Pourtant, une telle différence semble s'effacer dès lors que le salarié entend utiliser son matériel personnel au travail : une clé USB appartenant à un salarié a pu être considérée comme matériel professionnel, en raison de sa connexion à un ordinateur appartenant à l'entreprise[1870]. Cette décision de la Cour de cassation soulève la question du sort des matériels non connectés[1871]. Cette Cour a déjà donné un début de réponse s'agissant d'un dictaphone personnel. Elle a en effet estimé que l'employeur « ne pouvait procéder à l'écoute des enregistrements réalisés par la salariée sur son dictaphone personnel en son absence ou sans qu'elle ait été dûment appelée »[1872]. Cette formulation semble donc vouloir appliquer le même régime de consultation quelque soit l'origine du matériel utilisé. L'usage professionnel semble donc prédominer sur la propriété du matériel.

L'application de la jurisprudence actuelle permettrait donc à l'employeur de pouvoir accéder au contenu du téléphone portable personnel du salarié, au prétexte que ce dernier passe des appels, prend des photos ou « surfe » sur Internet à des fins professionnelles, autrement dit au service de l'entreprise. Voilà de quoi refroidir l'initiative salariale ! Cette pente dangereuse sur laquelle s'est engagée la chambre sociale viendrait ainsi à faire disparaître toute présence de vie privée sur le lieu de travail.

[1868] « L'employeur ne peut ouvrir [ces] fichiers […] qu'en présence de ce dernier ou de celui-ci dûment appelé » : Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017 , *op. cit.*

[1869] Cass soc., 11 février 2009, n° 07-42.068, *op. cit.*

[1870] Une clé USB personnelle connectée à un outil informatique professionnel – Cass. soc., 12 février 2013, n° 11-28.649, *Bull. civ. V*, 2013, n° 34 : *JCP S*, 2013, 1217, obs. B. BOSSU ; *DA*, 6 mars 2013, B. INÈS.

[1871] B. BOSSU, *op. cit.*

[1872] Cass. soc., 23 mai 2012, n° 10-23.521, *op. cit.*

425. – Néanmoins, cette position jurisprudentielle ne saurait annihiler toute forme d'autonomie au travail. D'abord, les juges réclament des preuves suffisantes et dotées d'une certaine fiabilité. Ainsi, la simple connexion à des sites ou la requête sur un moteur de recherche ne suffit pas à prouver un usage abusif d'internet[1873]. Par ailleurs, une cour d'appel a pu considérer que l'existence de contenus illicites dans un ordinateur non protégé par un mot de passe personnel mais portant simplement le prénom du salarié ne suffit pas non plus à lui imputer une faute et ne justifie pas le licenciement[1874]. La Cour de cassation semble également admettre l'absence de fiabilité de la preuve lorsqu'elle considère que la seule présence des images sur l'ordinateur du salarié ne démontre pas qu'il les ait enregistrées[1875]. Si par prudence, l'employeur peut s'associer les service d'un huissier de justice ou faire appel au juge des requêtes[1876], pour éviter tout difficulté dans la prise de connaissance du contenu du matériel, cela n'élude néanmoins pas la question de la sécurisation des postes informatiques.

En parallèle, on observe une réaffirmation de la protection du secret des correspondances du salarié. La Cour de cassation a pu décider dans un arrêt rendu en chambre mixte que la réception par le salarié d'une revue qu'il s'était fait adresser sur son lieu de travail « ne constitue pas un manquement à ses obligations résultant de son contrat », et que « l'employeur ne pouvait, sans méconnaître le respect dû à la vie privée du salarié, se fonder sur le contenu d'une correspondance privée pour sanctionner son destinataire »[1877]. De même, un arrêt récent est venu confirmer cette position en matière de courriels provenant de la messagerie personnelle du salarié[1878].

Par ailleurs, la Cour de cassation ne saurait faire fi de la jurisprudence de la CEDH, laquelle a pu admettre « que la collecte et la conservation, à l'insu de la requérante, de données à caractère personnel se rapportant à l'usage qu'elle faisait du téléphone, du courrier électronique et de l'Internet ont constitué une ingérence dans l'exercice du droit de l'intéressée au respect de sa vie privée et de sa correspondance, au sens de l'article 8 »[1879]. La CEDH a généralement une position plus favorable à la vie privée du

---

[1873] Cass. soc., 29 octobre 2014, n° 13-18.173, Inédit.
[1874] CA Rouen, ch. soc., 3 mai 2005, RG n° 03/04473.
[1875] Cass. soc., 14 avril 2010, *op. cit.*
[1876] *Cf* A.BARÈGE et B. BOSSU, *op. cit.*
[1877] Cass., ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, *op. cit*.
[1878] Cass. soc., 26 janvier 2016, n° 14-15.360 : *JCP S*, 2016, n° 1087, note B. BOSSU.
[1879] CEDH, 3 avril 2007, Req. n° 62617/00, *Copland c/ Royaume-Uni* ; J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte », *op. cit.* : « même si l'arrêt rattache la solution aux obligations négatives de l'Etat dans la

salarié au travail. Néanmoins, cette dernière a pu admettre récemment, le contrôle par un logiciel espion de l'utilisation personnelle d'un logiciel de messagerie par un salarié, que ce dernier avait lui-même téléchargé à des fins professionnelles[1880]. Cette position se rapproche de celle de la Cour de cassation ayant admis la consultation par l'employeur de la messagerie profesionnelle du salarié utilisée à des fins personnelles, dès lors que les messages en eux-mêmes n'étaient pas identifiés comme étant personnels[1881].

426. – Enfin, la CNIL semble admettre que le salarié puisse bénéficier de certains moments d'autonomie. Celle-ci rappelle pour chaque dispositif de surveillance, un certain nombre de bonnes pratiques liées à leur utilisation. Ainsi, en matière d'écoutes professionnelles recommande t-elle que les salariés disposent de lignes non connectées au dispositif d'écoute pour leurs conversations passées à titre privé ainsi que leurs conversations professionnelles non directement liées au motif de l'écoute, ou qu'il disposent d'un système leur permettant de se mettre hors du champ du dispositif d'enregistrement, tant pour les appels entrants que sortants[1882]. De même, s'agissant des dispositifs de géolocalisation, il convient selon elle de prévoir la désactivation du système embarqué dans les véhicules des employés en dehors des horaires de travail ou lors des temps de pause[1883]. Une décision des juges du fond semble aller dans le même sens, estimant qu'il convient que soit mis en place un mécanisme de désactivation complète du dispositif de géolocalisation, impliquant que ne soit transmise à l'employeur aucune information, un simple « grisage » n'étant pas suffisamment protecteur[1884].

427. – La vie privée semble donc bien avoir sa place au travail. Tant l'encadrement des dispositifs de surveillance que l'octroi au salarié de certains temps personnels dans sa vie professionnelle, conduisent à l'affirmation d'une certaine autonomie de celui-ci. Pour

---

mesure où le lieu de travail concerné était un collège public, il ne fait aucun doute qu'elle a vocation à s'appliquer, comme celle de l'arrêt *Halford*, à toutes les communications privées établies à partir d'un lieu professionnel par des fonctionnaires ou par des salariés ».

[1880] CEDH, 6 juin 2016, Req. n° 61496/08, Bărbulescu c/ Roumanie : *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 211, note P. ADAM.

[1881] Cass. soc., 16 mai 2013, n° 12-11.866.

[1882] CNIL, Fiche « Travail et données personnelle », disponible sur www.cnil.fr [consulté le 10.10.2016].

[1883] CNIL, « Guide pour les employeurs et les salariés », Fiche n° 10, disponible sur www.cnil.fr [consulté le 10.10.2016].

[1884] CA Bordeaux, 27 novembre 2012 : *SSL*, n° 1556, 7 janv. 2013, p. 11, note S. BONNAMY.

autant, la jurisprudence paraît encore hésitante à lui attribuer certaines zones d'autonomie, entrant parfois en contradiction avec l'évolution de la société. La frontière entre vie privée et professionnelle s'estompant, des débordements s'observent également dans l'autre sens, c'est-à-dire du travail dans la vie privée. Il s'agit alors de permettre au salarié de conserver une autonomie dans sa vie privée contre ces intrusions.

§2 : La limitation de la subordination dans la vie privée du salarié

428. – La vie professionnelle peut parfois déborder sur la vie privée du salarié. Tantôt son influence s'opère dans son espace de vie privée (A), tantôt sur son temps de vie privée (B).

A / La protection de l'espace privé du salarié

429. – L'espace privé du salarié est principalement constitué par son domicile, lequel est indiscutablement, un élément de la vie privée de la personne. C'est en ce sens que les textes internationaux qui prévoient sa protection l'associent au principe du respect la vie privée[1885]. Son inviolabilité constitue un droit fondamental[1886], à valeur constitutionnelle[1887], auquel la CEDH a également pu apporter sa protection[1888]. Par ailleurs, même s'il n'en est pas fait mention dans l'article 9 du Code civil, le domicile intègre le champ d'application du droit au respect de la vie privée[1889], venant ainsi combler les dispositions pénales spécifiques d'origine plus ancienne[1890].

[1885] Article 8 de la CESDH ; Article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.
[1886] Le droit à l'inviolabilité du domicile fut solennellement consacré lors de la Révolution française dans l'article 76 de la Constitution du 22 frimaire an VIII (cf antérieurement les Constitutions de 1791, Titre IV, art. 9, et de l'an III, art. 359).
[1887] Il fait ainsi partie des « libertés publiques constitutionnellement garanties » : Cons. const., 16 juillet 1996, *op. cit*.
[1888] CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, *op. cit.*
[1889] Le droit de chacun au respect de la vie privée s'entend de la présentation interne des locaux constituant le cadre de son habitat (Cass. civ. 1ère, 7 novembre 2006, n° 05-12.788, *op. cit.*) ; constitue aussi une atteinte à la vie privée ouvrant droit à réparation, le fait pour un bailleur de faire visiter les lieux loués sans avertir le locataire (Cass. civ. 3ème, 25 février 2004, n° 02-18.081, *Bull. civ. III*, 2004, n° 41 : *op. cit.*).
[1890] Articles 226-4 et 432-8 du Code pénal.

Cette protection autorise le salarié, d'une part, à choisir librement et sans restrictions son lieu de domicile et, d'autre part, à contrôler l'utilisation qu'il souhaite en faire.

1 / La liberté de choix du domicile

430. – Rendu au visa de l'article 8 de la CESDH, la Cour de cassation a pu consacrer la liberté de choix du salarié de son domicile, en affirmant que « toute personne a droit au respect de son domicile ; que le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit ; qu'une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché »[1891]. L'article L. 1121-1 du Code du travail n'a pas été visé[1892], mais la formulation de l'attendu ne laisse aucun doute quant à l'application de cette disposition en matière de liberté de choix du domicile. C'est d'ailleurs sur ce fondement que la Cour de cassation a pu prononcer à plusieurs reprises, la nullité de clauses de domiciliation prévues dans le contrat de travail. Ainsi a-t-elle pu considérer comme injustifiées ou disproportionnées l'obligation faite : à des employés d'immeuble de résider sur place alors que les juges du fond avaient constaté qu'ils pouvaient accomplir leurs tâches tout en habitant à l'extérieur de la résidence[1893] ; à un avocat de fixer son domicile sur le lieu d'implantation du cabinet pour les besoins « d'une bonne intégration dans l'environnement local »[1894] ; ou encore à une employée gouvernante dans un foyer de personnes sous tutelle ou curatelle, d'établir sa résidence à moins de 200 mètres du foyer, alors que son contrat ne prévoyait aucune astreinte l'obligeant à intervenir en dehors de ses heures de travail sur place[1895].

[1891] Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40.755, *op. cit.*
[1892] Les faits remontaient alors avant l'adoption de cette disposition.
[1893] Cass. soc., 13 avril 2005, n° 03-42.965, *Bull. civ. V*, 2005, n° 134 : *Dr. soc.*, 2005, p. 809, note J. SAVATIER ; *RDI*, 2005, p. 284, obs. J.-P. BROUANT et M. CARRAZ ; *RDT civ.*, 2005, p. 572, obs. J. HAUSER ; *Ibid.*, p. 1248, obs. A. ASTAIX ; *cf* ég. Cass. soc., 12 novembre 2008, n° 07-42.601 : *JCP S*, 2009, n° 1111, note B. BOSSU.
[1894] Cass. soc., 12 juillet 2005, n° 04-13.342, Bull. civ. V, 2005, n° 241 : *JCP G*, 2005, II, 10135, P.-Y. VERKINDT ; *JCP E*, 2005, n° 1711, G. AUZERO ; *Dr. soc.*, 2005, p. 1037, obs. J. BARTHÉLÉMY ; *RTD civ.*, 2005, p. 2174, obs. J. MESTRE et B. FAGES.
[1895] Cass. soc., 28 février 2012, n° 10-18.308, *op. cit.*

431. – Le libre choix du domicile est également protégé par le biais de l'encadrement du changement de lieu de résidence imposé au salarié.

Ainsi, la Cour a retenu le caractère illicite du licenciement prononcé à la suite du refus d'un salarié, en charge de transport de bijoux qu'il pouvait être amené à conserver à son domicile, de déménager suite à la demande de l'assureur de l'employeur qui refusait de garantir les sinistres survenant dans la région dans laquelle habitait le salarié[1896].

Bien souvent, le changement de domicile résulte de la modification du lieu de travail. Ce dernier n'est toutefois pas nécessairement prévu par le contrat. La Cour de cassation précise que la mention du lieu de travail a seulement « valeur d'information, à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu »[1897]. Toutefois, la modification unilatérale du lieu de travail par l'employeur est limitée dans le secteur géographique de l'entreprise[1898]. En-dehors, la mutation du salarié ne peut intervenir que dans certaines situations. La clause de mobilité insérée dans les contrats de travail permet de prévoir cette éventualité. Si celle-ci obéit à certaines conditions de validité[1899], c'est surtout dans sa mise en œuvre que se mesure la protection de la vie privée du salarié. En effet, malgré la validité d'une telle clause, l'employeur demeure astreint au respect des dispositions de l'article L. 1121-1 du Code du travail, en prenant en compte notamment l'incidence de sa mobilisation sur la vie familiale du salarié. La Cour de cassation a ainsi rappelé à plusieurs reprise aux juges du fond, la nécessité de vérifier si « la mise en œuvre de la clause contractuelle ne portait pas une atteinte au droit de la salariée à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte pouvait être justifiée par la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché » [1900]. Parfois, la Cour a également investi le terrain de l'abus de droit[1901], ou

---

[1896] Cass. soc., 23 septembre 2009, n° 08-40.434, *Bull. civ. V*, 2009, n° 190 : *JCP S*, 2010, n° 1027, note B. BOSSU.

[1897] Cass. soc. 3 juin 2003, n° 01-43.573 et n° 01-40.376, *Bull. civ. V*, 2003, n° 185 : *Dr. soc.*, 2003., p. 884, obs. J. SAVATIER ; Cass. soc., 2 avril 2014, n° 13-11.922, Inédit ; Cass. soc., 29 octobre 2014, n° 13-21.192, Inédit ; pour une critique de cette jurisprudence : M. VÉRICEL, note ss Cass. soc., 3 juin 2003, n° 01-40.376, *JCP E*, 2003, n° 1668 ; J. PÉLISSIER, « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de « travail », *RJS*, 2004, p. 3. ; M. DEL SOL, « Variations jurisprudentielles sur le lieu de travail », *JCP S*, 2006, n° 1663.

[1898] Cass. soc., 16 décembre 1998, n° 96-40.227, *Bull. civ. V*, 1998, n° 558.

[1899] Elles doivent notamment fixer avec précision leur zone géographique d'application et ne peuvent conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée, sous peine de nullité (Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-45.846, *Bull. civ. V*, 2006, n° 209 : *D.*, 2006, p. 3041, note M.-C. ESCANDE-VARNIOL ; *Dr. soc.*, 2006, p. 926, obs. F. FAVENNEC-HÉRY ; *RDT*, 2006, p. 313, obs. J. PÉLISSIER ; *JCP S,* 2006, n° 1917, note B. BOSSU).

[1900] Cass. soc., 14 octobre 2008, n° 07-40.523, *op. cit.* : s'agissant du refus d'une salariée, de retour de son congé parental, d'une mission en région parisienne pour une durée de 3 mois en application de sa clause

encore de la légèreté blâmable[1902] de l'employeur dans la mise en œuvre d'une clause de mobilité.

432. – Ainsi l'autonomie du salarié semble préservée par sa faculté de choix du domicile. Même si le lieu de travail peut contribuer à tempérer cette liberté, la prise en compte par la jurisprudence de l'impact de sa modification sur la vie familiale du salarié permet de limiter l'atteinte à son autonomie. Cette dernière s'exprime également par le libre choix de l'usage de son domicile.

2 / La liberté d'usage du domicile

433. – L'usage du logement relève des mêmes fondements que la liberté de choisir son domicile. Les restrictions sont donc cantonnées à certaines circonstances exceptionnelles. Il a par exemple été admis que le règlement intérieur puisse interdire aux salariés travaillant dans un foyer pour mineurs en difficulté, de recevoir ces mineurs à leur domicile personnel[1903]. Cette solution se comprend aisément en raison de la vulnérabilité des enfants, et la nécessité de les protéger. D'une manière générale, la jurisprudence s'est prononcée sur la faculté de refus du salarié à l'encontre de décisions de l'employeur imposant un usage professionnel du lieu d'habitation. Par principe, « le salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et instruments de travail »[1904]. Deux conditions ont alors été posées par la jurisprudence. D'une part, la nécessité de recueillir l'accord préalable du salarié, le travail à domicile étant interprété comme une modification du contrat de travail[1905]. Il en est de même en

---

de mobilité ; *cf* ég. Cass. soc., 13 janvier 2009, n° 06-45.562, *op. cit.* ; Cass. soc., 17 octobre 2012, n° 11-18.029, *op. cit.* ; Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-17.576, *op. cit*.

[1901] La mise en œuvre immédiate de la clause alors que la salariée était enceinte pour un poste pouvant être pourvu par d'autres salariés (Cass. soc., 18 mai 1999, n° 96-44.315, *Bull. civ. V*, 1999, n° 219) ; la mutation (d'Annecy à Chambéry) d'une mère de 4 enfants à son retour de congé parental, en ne lui proposant le nouveau poste que 3 semaines avant son retour, alors que ledit poste était libre depuis 3 mois. Cette information tardive mettait la salariée dans l'impossibilité de tenir le délai fixé et justifiait son refus (Cass. soc., 14 octobre 2008, n° 07-43.071, Inédit).

[1902] Cass. soc., 6 février 2001, n° 98-44.190, *Bull. civ. V*, 2001, n° 41 : à l'égard d'une salariée, mère d'un enfant handicapé dont elle devait s'occuper à l'heure du déjeuner et que le poste qu'elle occupait antérieurement à un arrêt de travail en raison d'un accident du travail était toujours disponible.

[1903] Cass. soc., 13 janvier 2009, n° 07-43.282, *Bull. civ. V*, 2009, n° 3.

[1904] Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.727, *op. cit.*

[1905] Cass. soc., 31 janvier 2012, n° 10-25.367, Inédit.

sens inverse, en cas de retour en entreprise après une période de travail à domicile[1906]. En imposant le retour dans l'entreprise, l'employeur modifie en effet le mode d'organisation de l'activité qui constitue un élément essentiel par nature.

D'autre part, la jurisprudence impose l'indemnisation du salarié, laquelle vise à compenser la sujétion particulière que représente le travail à domicile. Cette indemnisation ne doit pas être confondue avec le remboursement des frais engendrés par l'utilisation de son domicile à des fins professionnelles[1907].

434. – Ces conditions ont été formalisées par le législateur[1908], lequel a souhaité apporter un cadre au télétravail, qui connaît une forte croissance. Il peut être défini comme « toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon régulière et volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication dans le cadre d'un contrat de travail ou d'un avenant à celui-ci »[1909].

La loi a consacré la jurisprudence en soumettant notamment ce mode d'organisation du travail à l'accord préalable du salarié. Il a aussi été rappelé que « le refus d'accepter un poste de télétravailleur n'est pas un motif de rupture du contrat de travail »[1910]. Est également prévue la prise en charge des différents coûts liés à l'exercice du télétravail. Toutefois, un flou demeure quant au versement de l'indemnité de sujétion préconisée par la jurisprudence.

Par ailleurs, la loi prévoit certaines conditions permettant au salarié d'appréhender les modalités d'organisation du télétravail. L'accord collectif ou le contrat doit notamment prévoir : les modalités de contrôle du temps de travail, ou encore fixer les plages horaires durant lesquelles l'employeur peut contacter le salarié.

Enfin, le recours au télétravail peut exceptionnellement être imposé. En vertu de l'article L. 1222-11 du Code du travail « la mise en œuvre du télétravail peut être considérée comme un aménagement du poste de travail rendu nécessaire pour permettre la

---

[1906] Cass. soc., 12 décembre 2000, n° 98-44.580, *Bull. civ. V*, 2000, n° 417.
[1907] Cass. soc., 7 avril 2010, n° 08-44.866, *Bull. civ. V*, 2010, n° 86.
[1908] Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, introduisant les articles L. 1222-9 à L. 1222-11 du Code du travail.
[1909] Article L. 1222-9 du Code du travail.
[1910] *Ibid.*

continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés »[1911], en cas notamment de menace d'épidémie ou de force majeure.

435. – Le domicile du salarié bénéficie donc d'une importante protection, tant dans sa liberté de choix, que dans celle de son utilisation. Cette appréhension stricte de la notion d'espace privé du salarié ne saurait éluder l'existence d'autres « lieux » qui pourraient bénéficier d'une protection similaire. En effet, certains objets personnels ou espaces virtuels partagent avec le domicile une dimension intime dans leur contenu justifiant dès lors leur protection.
Cette autonomie spatiale du salarié dans sa vie privée se double alors d'une autonomie temporelle.

B / La protection du temps privé du salarié

436. – À l'instar de la protection de l'espace privé du salarié, le temps privé fait également l'objet de l'attention du juge lorsque l'employeur vient apporter des modifications pouvant influer sur sa vie familiale. En matière de temps de travail, il y a lieu de distinguer entre la modification de la durée du travail et celle de l'organisation du temps de travail.
En effet, la durée du travail et sa répartition hebdomadaire ou mensuelle constituent des éléments du contrat que l'employeur ne peut modifier unilatéralement sans l'accord exprès du salarié, qu'il n'est pas tenu d'accepter[1912]. Toutefois, des accords collectifs peuvent prévoir de tels changements auxquels le salarié doit se conformer. Il en va ainsi en cas d'annualisation du temps de travail, l'accord du salarié n'étant désormais plus nécessaire[1913]. A l'inverse, la modulation unilatérale du temps de travail prévue par l'article L. 3121-44 du Code du travail réclame, en tant que modification du contrat de travail, l'accord préalable du salarié.
À l'inverse, la modification des horaires de travail ou encore l'accomplissement d'heures supplémentaires relèvent des conditions de travail et ne nécessitent donc pas de

[1911] Article L. 1222-11 du Code du travail.
[1912] Cass. soc., 19 novembre 1997, n° 95-45.139, Inédit ; en cas de temps partiel : Cass. soc., 7 juillet 1998, n° 95-43.443, Bull. civ. V, 1998, n° 373.
[1913] Article L. 3121-43 du Code du travail

consentement préalable du salarié. Dès lors, le refus de ces changements peut constituer une faute disciplinaire. Toutefois, la Cour de cassation limite ce principe selon deux types de considérations. D'une part, le refus du salarié est légitime lorsque la modification induit un « bouleversement » des conditions de travail, le le refus du salarié peut être légitime. Les exemples sont nombreux, la Cour de cassation ayant retenu la modification du contrat de travail pour notamment : le passage d'un horaire de nuit à un horaire de jour[1914], et inversement[1915], le passage d'une semaine de 4 jours à une semaine de 5 jours[1916], ou encore le passage d'un dimanche sur trois travaillé à deux dimanches sur trois[1917]. D'autre part, la Cour de cassation prend également en compte l'impact de la modification sur le droit au repos du salarié ainsi qu'au respect de sa vie personnelle et familiale[1918]. Elle a ainsi pu condamner la décision de l'employeur de faire travailler la salariée le mercredi au lieu du samedi alors qu'il savait, en tant que beau-frère de celle-ci, que ce changement d'horaires portait une atteinte excessive au droit au respect de sa vie personnelle et familiale de l'intéressée[1919]. Si la casuistique à laquelle se livre la Cour de cassation peut prêter à la critique[1920], la référence à la vie personnelle du salarié dans le contrôle du pouvoir de direction renforce l'idée d'une autonomie du salarié dans sa vie privée. Il nous semble tout de même opportun de soulever la question de la justification d'une telle différence de régime avec celui de la modification du lieu de travail pour lequel la Cour de cassation applique le contrôle de justification et de proportionnalité prévu par l'article L. 1121-1 du Code du travail. Une harmonisation entre ces deux types de modifications gagnerait en clarté, à une époque où la complexité du droit du travail est dénoncée. En outre, elle n'abaisserait pas le niveau de protection de la vie privée du salarié.

[1914] Cass. soc., 5 juin 2001, n° 98-44.782, *Bull. civ. V*, 2001, n° 206 ; Cass. soc., 23 mars 2005, n° 03-40.772, Inédit ; Cass. soc., 13 juillet 2005, n° 03-44.866, Inédit.

[1915] Cass. soc., 27 février 2001, n° 98-43.783, *Bull. civ. V*, 2001, n° 61 ; Cass. soc., 22 mai 2001, n° 99-41.146, *Bull. civ. V*, 2001, n° 178 ; Cass. soc., 23 mars 2005, n° 03-40.772, *op. cit.* ; Cass. soc., 20 janvier 2010, n° 08-43.236, Inédit ; Cass. soc., 25 juin 2014, n° 13-16.392, Inédit.

[1916] Cass. soc., 23 janvier 2001, n° 98-44.843 et a., Bull. civ. V, 2001, n° 19.

[1917] Cass. soc., 17 novembre 2004, n° 02-46.100, *Bull. civ. V*, 2004, n° 292.

[1918] Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-14.702, *op. cit.* : en l'occurrence l'employeur avait décidé de faire travailler un salarié du lundi au jeudi de 15 heures à 17 h 30 et de 18 heures à 21 heures, le vendredi de 12 h 30 à 15 heures et de 16 heures à 21 heures et le samedi de 10 heures à 12 h 30 alors qu'il travaillait du lundi au vendredi de 5 h 30 à 10 heures et de 15 heures à 17 heures et le samedi de 7 h 30 à 10 heures. Cette modification n'a toutefois pas convaincu les hauts magistrats.

[1919] Cass. soc., 8 novembre 2011, n° 10-19.339, Inédit.

[1920] A. MAZEAUD, « Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle », *Dr. soc.*, 2004, p. 77 ; M. MEKKI, « Existe-t-il *un jus commune* applicable aux clauses du contrat de travail ? », *RDT*, 2006, p. 292.

437. – La quête de flexibilité de l'entreprise conduit parfois à vouloir déborder sur le temps privé du salarié. Le « forfait-jours », modalité d'organisation du temps de travail introduite par la loi « Aubry II »[1921], permet aux salariés bénéficiant d'une liberté dans l'organisation de leur temps de travail, de pouvoir adapter leurs horaires comme ils l'entendent. Leur temps de travail étant évalué à un certain nombre de jours annuel[1922], ni les horaires maximaux de travail ni la durée légale de travail ne semblent rythmer leur vie professionnelle quotidienne. Ils demeurent néanmoins soumis aux dispositions impératives en matière en matière de repos[1923]. Peu à peu, la négociation conventionnelle est venue encadrer cette pratique afin de s'assurer du respect de ces règles. Afin d'éviter d'exposer les salariés à des horaires non maîtrisés, les accords de branche ou d'entreprise peuvent notamment prévoir des stipulations conventionnelles relatives aux modalités de suivi de l'organisation du travail. La Cour de cassation a entendu rendre effectives ces stipulations, en considérant dans un premier temps que le défaut d'exécution par l'employeur d'une stipulation conventionnelle prévoyant « des modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte », rend la convention inopposable au salarié, lequel est en droit de demander le paiement des heures supplémentaires réalisées au-delà de la durée légale du travail[1924]. La Cour a par la suite franchi une seconde étape en remettant en cause la validité de la convention[1925]. Le visa prestigieux[1926] de la décision en renforce la position de principe, affirmant ainsi que les défaillances de l'employeur, dès lors qu'elles privent le salarié de toute protection de sa santé, privent également d'effet la convention de forfait en jours conclue avec le salarié. Cette position a pu être ensuite élargie à l'obligation de prévoir par accord collectif, la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et

[1921] Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, *op. cit.*

[1922] Maximum de 218 jours : article L. 3121-44 du Code du travail ; un déplafonnement peut porter le nombre à 235 jours, voire jusqu'à 282 jours dans certaines conditions.

[1923] Repos quotidien (article L. 3131-1 du Code du travail), repos hebdomadaire (article L. 3132-1, L. 3132-2 et L. 3164-2 du Code du travail).

[1924] Cass. soc., 10 janvier 2010, n° 08-43.201, *Bull. civ. V*, 2010, n° 14.

[1925] Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, *Bull. civ. V*, 2011, n° 181 : *JCP S*, 2011, n° 1333, note M. MORAND ; *D.*, 2011, p. 1830 ; *Ibid.*, 2012, p. 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; *Dr. soc.*, 2012, p. 536, obs. P.-H ANTONMATTEI ; *RDT*, 2011, p. 474, B. VAN CRAEYNEST et Ph. MASSON ; *Ibid.*, 481, étude M.-F. MAZARS, S. LAULOM et C. DEJOUR ; *JCP S*, 2011, n° 723, note P. MORVAN.

[1926] L'article 2, § 1 de la charte sociale européenne ; l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; l'article 151 du TFUE ; les articles 17, §1 et 19 de la directive n° 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

hebdomadaires. A défaut de telles stipulations, la convention est considérée comme nulle[1927].

L'encadrement jurisprudentiel du forfait-jours a ainsi permis de réduire considérablement le risque de débordements de la vie professionnelle, et précisément pour des catégories de salariés qui étaient particulièrement exposés au phénomène d'« hyperconnectivité ». Ce dernier a d'ailleurs fait l'objet d'une prise de conscience récente, entraînant l'émergence d'un droit à la déconnexion.

438. – La connexion constante des salariés est passée progressivement d'un phénomène catégoriel, ou générationnel, à une réalité de masse. L'omniprésence des technologies de communication et d'information dans nos vies professionnelles et personnelles apporte désormais la possibilité d'un continuum temporel entre ces deux sphères de vie. Si l'entreprise a d'abord perçu la dimension positive de cette disponibilité accrue de ses cadres, elle s'inquiète désormais des excès et des risques inhérents à l'absence de césure. Car ce qui pose problème est la difficile appréhension des conséquences de l'absence de repos intellectuel, et physique, du salarié hyperconnecté, tant au plan de sa santé que celle de son efficacité. La prise de conscience d'un encadrement s'est faite jour lors de l'ANI du 19 juin 2013[1928]. L'article 17[1929] incite notamment les entreprises à rechercher les moyens de concilier vie personnelle et vie professionnelle, en tenant compte, par exemple, du temps de déconnexion. Le rapport METTLING[1930] a alors permis d'établir un état des lieux complet sur les causes et conséquences de ce phénomène, montrant notamment l'inégalité des salariés face à la déconnexion. Cette dernière semble en effet dépendre de facteurs objectifs (CSP, métier, âge, etc.), mais également des rapports de chaque individu au temps, fonction de sa personnalité (spontané, routinier, organisé, etc.). Si le rôle de l'entreprise est confirmé en matière d'éducation des salariés à la déconnexion, le rapport préconise de compléter le droit par

[1927] Cass. soc., 11 juin 2014, n° 11-20.985, *Bull. civ. V*, 2014, n° 137 : *D.*, 2014, p. 1331 ; Confirmé par Cass. soc., 13 novembre 2014, 13-14.206, *Bull. civ. V*, 2014, n° 262 : *D.*, 2014., p. 2413 ; *DA*, 7 juillet 2014, obs. W. FRAISSE ; *RDT*, 2014, p. 746, note G. PIGNARRE ; pour les deux affaires : *JCP S*, 2015, n° 1024, note M. MORAND.

[1928] ANI du 19 juin 2013, vers une politique d'amélioration de la qualité de vie.

[1929] intitulé « Promouvoir une gestion intelligente des technologies de l'information et de la communication au service de la compétitivité des entreprises, respectueuse de la vie privée des salariés ».

[1930] B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail, septembre 2015,* disponible sur ladocumentationfrancaise.fr [consulté le 10.10.2016].

un devoir de déconnexion[1931], « le droit à la déconnexion est donc bien une coresponsabilité du salarié et de l'employeur »[1932]. Cette affirmation viendra très certainement alimenter la controverse, mais il convient de se garder de l'analyser sous l'angle du partage des torts mais sous celui de la liberté. En effet, l'autonomie du salarié semble se nourrir davantage d'une responsabilisation mutuelle que d'un encadrement stricte. La faculté d'imposer ses choix amène naturellement le salarié à devoir les assumer. Toutefois, l'autonomie dans le rapport salarial, s'entend comme une faculté du salarié de s'échapper du lien de subordination. Il nous apparaît donc contradictoire de vouloir maintenir un lien de subordination en-dehors du temps de travail au nom d'une autonomie. Par ailleurs, l'ordre public de protection veille à assurer le bien-être du citoyen, conduisant à réaffirmer les dispositions impératives déjà présentes en matière de repos, car la déconnexion n'est rien d'autre que du repos.
Le législateur[1933] a finalement choisi la voie de la négociation, d'une part, en l'intégrant au bloc de négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail[1934] et, d'autre part, en l'imposant également dans l'élaboration des conventions de forfait-jours[1935].

439. – Le Maintien d'une certaine autonomie dans la disponibilité de sa personne permet d'assurer au salarié les conditions d'une conciliation temporelle et organisationnelle entre vie privée et vie professionnelle et participe à son épanouissement. Ce dernier ne saurait toutefois être réalisé sans la prise en compte de la personnalité du salarié.

[1931] *Ibid.*, préconisation n° 19, p. 52.
[1932] *Ibid.*, p. 20.
[1933] Loi du 8 août 2016, *op. cit.* ; *cf not.* H. GUYOT, « L'adaptation du droit du travail à l'ère numérique », *JCP S*, 2016, n° 1310.
[1934] Article L. 2242-8 du Code du travail.
[1935] Articles L. 3121-64 et L. 3121-65 du Code du travail.

SECTION 2 : LA CONFORMITE DE LA PERSONNE DU SALARIE

440. – L'autonomie de la personne du salarié s'exprime également dans sa capacité d'être soi-même. Néanmoins, cette ambition peut s'opposer aux exigences découlant de la relation de travail, lesquelles peuvent impliquer de laisser au vestiaire certains éléments de sa personnalité. Une conformité de la personne est alors réclamée, c'est-à-dire une adéquation entre ce qu'elle est ou ce qu'elle représente par rapport à ce qui est attendu d'elle. Or, la difficulté réside dans l'évaluation de cette attente. Les engagements contractuels pris par le salarié semblent naturellement intégrer cette prétention. Il semble néanmoins qu'il soit attendu parfois davantage de lui, par l'exigence d'une conformité renforcée.

S'agit-il d'apprécier un résultat ou une aptitude à la satisfaction de ses obligations ? Selon l'objectif, le contrôle s'effectuera *a posteriori* ou *a priori*. Quelque soit l'évaluation retenue, des problèmes d'objectivité peuvent émerger car il s'agit avant tout d'une appréciation de l'être.

A contrario, l'autonomie implique une capacité d'imposer sa personne telle qu'elle est. Ceci nécessite d'abord d'admettre sa différence, c'est-à-dire sa singularité (§1). Partant, il s'agira alors de pas porter atteinte à sa personne en respectant ses choix, autrement dit préserver son intégrité (§2).

§1 : La singularité de la personne

441. – L'approche idiosyncrasique[1936] de la personne du salarié implique de devoir prendre en compte ses différences. Le droit du travail s'applique à les respecter, d'une part, en leur assurant une protection (A) et, d'autre part, en veillant à leur intégration dans la relation de travail (B).

[1936] Idiosyncrasie : « Manière d'être particulière à chaque individu qui l'amène à avoir tel type de réaction, de comportement qui lui est propre » : Le Larousse, *Dictionnaire de la langue française.*

A / La protection de la différence

442. – Le droit du travail protège les différences à travers deux principes essentiels : le principe d'égalité de traitement et celui de non-discrimination.

Si ces deux notions se rejoignent sur cette finalité, elles présentent toutefois des caractères distincts. « L'égalité est un réquisit général. Elle impose de traiter de manière égale des situations équivalentes et prohibe toutes distinctions arbitraires. Au contraire, une règle de non-discrimination ne prohibe les différences de traitement, que si elles sont fondées sur certains motifs identifiés comme discriminatoires »[1937]. La chambre sociale de la Cour de cassation a d'ailleurs bien identifié cette différence : « une différence de traitement entre les salariés d'une même entreprise ne constitue pas une discrimination au sens de l'article L. 122-45 du Code du travail »[1938]. De même, la Cour a estimé qu'une cour d'appel saisie du seul point de savoir si la règle « à travail égal, salaire égal » a été méconnue par l'employeur, n'a pas à se prononcer sur une discrimination en raison de l'un des motifs énumérés à l'article L. 1132-1 du Code du travail[1939].

Ces deux notions partagent néanmoins certains éléments en commun, à commencer par l'aménagement de la preuve dont elles bénéficient. Ainsi, le salarié qui allègue une discrimination doit uniquement présenter au juge des éléments de faits permettant d'en supposer l'existence. Il appartiendra à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination[**1940**]. La Cour de cassation a étendu cet aménagement de la preuve à l'égalité de traitement[1941].

443. – À la lecture des critères considérés comme discriminatoires, tous participent à la caractérisation de la personne, et donc à sa singularité. S'ils doivent être considérés sur un pied d'égalité, l'analyse du contentieux fait toutefois apparaître que certains critères sont plus souvent portés à l'appréciation des juges[1942]. Ainsi, si la discrimination liée

---

[1937] J. PORTA, « Discrimination, égalité et égalité de traitement », *op. cit.*

[1938] Cass. soc., 27 octobre 1999, n°s 98-40.769 et 98-40.783, *Bull. civ. V*, 1999, n° 422 : *Dr. soc.*, 2000, p. 185, note G. COUTURIER.

[1939] Cass. soc., 5 juillet 2005, n° 03-44.281, *Bull. civ. V*, n° 231.

[1940] Articles L. 1134-1 et L. 1144-1 du Code du travail.

[1941] Cass. soc., 28 septembre 2004, n°s 03-41.825 à 03-41.829, *Bull civ. V*, n° 228 : *Dr. soc.,* 2004, p. 1144, obs. C. RADÉ.

[1942] *Cf* not. « Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel. La réalisation contentieuse d'un droit fondamental », Rapport Mission de recherche Droit et Justice – Droits et

l'appartenance syndicale ou en raison du genre apparaissent prédominantes[1943], celles relatives aux mœurs ou à la religion sont quasiment absentes. Sans pour autant se livrer à une étude détaillée des raisons d'une telle différence, il peut cependant être avancé que la domination de la discrimination syndicale repose en partie sur la surexposition de cette catégorie de salariés au risque d'un traitement différencié. Toutefois, d'autres raisons peuvent également être avancées : propension plus importante à saisir la justice, soutien juridique des syndicats, ou encore preuve facilitée.

Concernant la preuve, il peut être admis des niveaux de difficultés différents selon les critères. En effet, quand bien même le salarié n'a pas à prouver la discrimination, mais doit uniquement apporter des éléments qui laisseraient la supposer, force est de constater que certains faits sont plus facile à prouver que d'autres. Ainsi, les écarts de rémunération ou les éventuelles sanctions prononcées par l'employeur constituent des éléments matériels qui semblent plus aisé à obtenir que des propos ou des agissements réalisés hors témoins. De même, le lien avec le critère de discrimination est parfois difficile à caractériser pour le juge. Il peut reposer par exemple sur la concomitance entre la révélation d'un élément inhérent à la personne du salarié et le(s) comportement(s) discriminatoire(s). Dans cette hypothèse, il est possible de distinguer entre les critères visibles et ceux au contraire relevant du *for* intérieur. En effet, la connaissance par l'employeur du critère en cause semble être la première condition pour que la discrimination soit caractérisée. Si l'employeur ne pouvait pas savoir, comment peut-on considérer qu'il y a discrimination ? Ainsi, concernant les éléments relevant de l'intime, il semble quasiment impossible de pouvoir agir sur le terrain de la discrimination. Tel est le cas en matière de convictions ou d'opinions, lesquelles peuvent demeurer cachées par le salarié, par crainte justement des effets de leur révélation.

On touche là les limites de la protection contre les discriminations. La peur de l'effet d'une révélation conduira le salarié a réfréner ses idées, ses croyances, ses opinions, et donc taire sa personnalité au profit d'une conformité d'entreprise réclamée ou supposée.

---

perspectives du droit, dir. B. BOSSU, septembre 2014, Résumé disponible sur http://www.gip-recherche-justice.fr [consulté le 10.10.2016].

[1943] L'étude précitée fait état de 46,3 % des décisions étudiées concernaient l'activité syndicale, 24 % sur le genre et 14,6 % sur l'état de santé (cf Résumé *op. cit*)

444. – L'étude de la jurisprudence fait apparaître de multiples situations que nous nous accordons le droit de ne pas analyser dans le détail. Toutefois, en ce qui concerne notre propos, certains cas sont révélateurs de la lutte entre l'autonomie de la personne du salarié et son statut de travailleur subordonné. Ce qui pose difficulté, ce n'est finalement pas le fait de sanctionner l'intolérance religieuse ou encore syndicale de l'employeur, qui ne saurait retenir de tels griefs à l'encontre du salarié, mais de la situation ou le chef d'entreprise, gardien de l'intérêt collectif, se trouve contraint de discriminer. L'observateur doit faire attention aux éléments de justification avancés qui relèvent tantôt de l'intérêt commercial de l'entreprise[1944], tantôt du bon fonctionnement de l'entreprise ou encore d'impératifs d'hygiène et de sécurité[1945]. Si ces derniers sont facilement vérifiables, les deux autres types d'arguments sont empreints de davantage de subjectivité. On peut donc s'étonner de voir apparaître l'un d'eux dans la loi. D'ailleurs, comme nous avons déjà eu l'occasion de le mentionner auparavant, une telle disposition peut paraître contradictoire avec les textes relatifs à la discrimination. En effet, permettre à l'employeur par le biais de son pouvoir réglementaire, de porter atteinte à une conviction, critère faisant pourtant partie des éléments prohibés, est donc discriminatoire. Certes l'article L. 1321-2-1 ne vise que leur « manifestation ». Or, l'extériorisation peut faire partie intégrante des convictions, et dès lors constituer elle-même une conviction. La « manifestation d'une conviction » se révèle donc un pléonasme qui cache au final une volonté d'écarter toute conviction de l'entreprise.

445. – Parfois, la personnalité concentre plusieurs critères potentiellement discriminants. En effet, la personne étant difficilement réductible à l'une ou l'autre caractéristique, il est quelques fois problématique de déterminer quel élément a conditionné l'acte discriminatoire. Dans certains cas, les critères se superposent tendant à caractériser une discrimination multiple[1946]. Si cette dénomination ne ressort pas dans la jurisprudence, elle peut néanmoins qualifier certaines situations faisant apparaître la coexistence de critères discriminatoires. Ainsi, la Cour de cassation a pu considérer que le licenciement prononcé à l'encontre d'un salarié, employé en tant que serveur dans un restaurant, en raison de son refus d'ôter sa boucle d'oreille, relevait d'une double cause

[1944] Cass. soc., 11 janvier 2012, 10-28.213, *op. cit.*
[1945] *Cf* not. Délibération n° 2009-117 du 6 avril 2009 relative aux règles fixées par la loi et la jurisprudence pour l'expression religieuse dans l'entreprise.
[1946] M. MERCATS-BRUNS, « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *RDT*, 2015, p. 28.

discriminatoire. En effet, le contenu de la lettre de licenciement évoquant "votre statut au service de la clientèle ne nous permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme que vous êtes" lui a permis de conclure à une discrimination ayant pour cause « l'apparence physique du salarié rapportée à son sexe »[1947]. Dans d'autres situations, la discrimination multiple permet de caractériser des situations de discriminations qui n'auraient pu l'être sur la base de chacun des critères pris isolément. Ainsi, la CJUE a pu retenir l'existence d'une discrimination à l'encontre d'une femme élevant seule son enfant handicapé, l'employeur lui refusant des aménagements d'horaires pourtant attribués à des parents sans enfant handicapé[1948]. N'étant pas elle-même handicapée, et ne pouvant fonder une discrimination sur sa parentalité, l'association des deux critères a permis de créer une sous-catégorie des parents handicapés.

Cette approche présente donc le mérite de pouvoir élargir le champ d'application des dispositions de lutte contre les discriminations à des situations complexes ou parfois orphelines de critère. Par ailleurs, elle participe à la prise en compte de la singularité de l'individu. En effet, « par le sondage de certaines discriminations multiples, la non-discrimination ne vise plus alors exclusivement à éradiquer les stéréotypes. Elle sert plutôt, dans cette logique, à préserver une sphère d'autonomie, devenant une mesure, *a posteriori*, du bien-être au travail »[1949].

446. – À défaut d'enrichir l'analyse des situations de discrimination, leur protection peut parfois paraître limitée. Leur seule interdiction ne constitue donc pas toujours un facteur dissuasif. D'autres mécanismes ont été développés afin de pouvoir intégrer ces différences.

B / L'intégration de la différence

447. – Plutôt que gommer les différences, pourquoi ne pas justement en tenir compte ? C'est cette approche que vise la diversité. Cette notion de diversité a d'abord émergé des

[1947] Cass. soc., 11 janvier 2012, *op. cit.*
[1948] CJUE, 17 juillet 2008, Aff. C-303/06, *Coleman* c/ *Attridge Law* : *AJDA*, 2008, p. 2327, chron. E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT ; *D.*, 2008, p. 3038, obs. F. MULLER et M. SCHMITT ; *RDT*, 2009, p. 41, obs. M. SCHMITT ; *RDSS*, 2008, p. 865, note A. BOUJEKA ; *RTD civ.*, 2008. 653, obs. J. HAUSER.
[1949] M. MERCATS-BRUNS, *op. cit.*

instances européennes[1950], la Commission européenne ayant cherché à convaincre de son utilité[1951], en présentant les avantages d'une telle politique pour les entreprises : « la réputation de l'entreprise, le capital humain et l'absence de coûts relatifs à la discrimination et au harcèlement sur le lieu de travail »[1952]. L'introduction du concept en France s'est heurté à l'égalité républicaine prévue par l'article 1er de la Constitution, lequel assure : « l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Son entrée fut timide en 2004, par le biais de la Charte de la diversité, élaborée par l'institut Montaigne, avant de donner lieu à la création d'un label « Diversité ». Ce dernier, initié par l'Association nationale des directeurs de ressources humaines (ANDRH), a été consacré règlementairement par le décret du 17 décembre 2008[1953]. Il prévoit notamment pour les entreprises souhaitant bénéficier de ce label, la réalisation d'un état des lieux concernant l'ensemble des critères de discrimination fixés à l'article L. 1132-1 du code du travail, à l'exception du sexe[1954]. A ce jour, plus de 300 entreprises ou groupes d'entreprises ont obtenu le label[1955]. Toutefois, cela ne concerne principalement que des grandes entreprises, celles de taille plus modeste n'ayant pas le temps, ni les moyens humains et financiers pour effectuer cette démarche.

La négociation constitue également un moyen de favoriser la diversité. Encouragée par le droit européen[1956], les partenaires sociaux se sont entendus en 2006 en concluant un ANI sur la diversité dans l'entreprise, étendu par l'arrêté du 22 février 2008[1957]. Toutefois, même si cet accord rappelle les différents motifs de discrimination, il n'est consacré qu'à un seul de ces motifs : la discrimination fondée sur la « race ou l'origine

---

[1950] Juin 2003, Campagne européenne d'information quinquennale « Pour la diversité - contre les discriminations » - http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/prog/studies_fr.htm [consulté le 10.10.2016].

[1951] Livret vert « Égalité et non-discrimination dans l'Union européenne élargie », COM/2004/0379.

[1952] *Ibid.*, spéc. p. 21.

[1953] Décret n° 2008-1344 du 17 décembre 2008 relatif à la création d'un label en matière de promotion de la diversité et de prévention des discriminations dans le cadre de la gestion des ressources humaines et à la mise en place d'une commission de labellisation.

[1954] Ce dernier critère fait déjà l'objet d'un label spécifique d'égalité professionnelle entre hommes et femmes, ainsi que des dispositions particulières.

[1955] http://travail-emploi.gouv.fr/emploi/developpement-de-l-emploi/label-diversite [consulté le 10.10.2016].

[1956] Article 11 de la directive du 29 juin 2000 n° 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique : « Dans le respect de leurs traditions et pratiques nationales, les États encouragent les partenaires sociaux, sans préjudice de leur autonomie, à conclure, au niveau approprié, des accords établissant des règles de non-discrimination dans les domaines visés par la directive qui relèvent du champ d'application des négociations collectives »

[1957] Arrêté du 22 février 2008 portant extension de l'accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise, JORF, 1er mars 2008.

ethnique ». La diversité peut en effet intégrer d'autres critères, on pense notamment à l'orientation sexuelle ou encore aux croyances religieuses. Cette notion présente néanmoins une certaine vertu pédagogique, qui pourra déboucher à terme sur des actions concrètes, à l'instar de l'adoption par certaines entreprises du CV anonyme. Certaines différences appartenant à la liste des critères considérés comme discriminatoires font d'ailleurs déjà l'objet d'actions positives.

448. – Malgré la réticence française à l'égard de ce type d'actions, dont nous avons déjà pu évoqué certaines raisons[1958], les entreprises (grandes en général) tentent d'intégrer une dimension de diversité dans leurs pratiques. Une étude publiée par le Défenseur des droits[1959], fait état d'un certain nombre d'exemples concrets permettant de prendre en compte l'un ou l'autre des critères appartenant à la liste de ceux considérés comme discriminatoires, tels que l'aménagement des postes de travail pour faciliter les conditions d'accès aux personnes souffrant d'un handicap, ou encore la suppression des réunions tardives afin d'éviter une stigmatisation des femmes ayant des obligations familiales. Il apparaît toutefois un traitement différencié de la diversité selon le critère discriminatoire. En effet, le sexe, le handicap et l'âge constituent pour environ 80 % des entreprises interrogées les actions prioritaires en matière de promotion de l'égalité[1960]. Malgré ces mesures, les données font état d'une faible modification structurelle : près de la moitié des entreprises comptent encore moins de 20 % de femmes parmi les 100 rémunérations les plus élevées dans l'organisation, ou encore 12 % des entreprises répondantes atteignent ou dépassent le quota d'emploi de 6 % des travailleurs handicapés. Par ailleurs, si au départ les actions de diversité en France visaient principalement les critères de l'origine ethnique et de la race, ceux-ci ne constituent une priorité que pour un quart des entreprises interrogées. Enfin, certains critères sont quasiment absents des considérations des entreprises, à l'instar de l'orientation sexuelle ou encore de l'apparence physique, ce dernier étant pourtant un facteur d'exposition majeur aux discriminations.

[1958] *Cf supra*, n° 111.
[1959] « Les recommandations du défenseur des droits aux grandes entreprises », Guide pratique - Agir pour l'égalité dans l'emploi, décembre 2015, disponible http://www.defenseurdesdroits.fr [consulté le 10.10.2016].
[1960] *Ibid.*, spéc. p. 17.

Le faible impact des actions positives soulève donc la question de la réelle volonté des acteurs à promouvoir la diversité. Une approche circonstanciée et un suivi des mesures semblent indispensables, ce qui relève davantage du champ de la négociation collective.

449. – La notion de diversité n'est pas mobilisée par le législateur en matière d'obligations de négociation. La lecture de l'article L. 2248-8 du Code du travail fait état du même constat d'une concentration de l'attention sur certains éléments discriminatoires, en l'occurrence l'égalité de genre et le handicap. Ceci peut d'ailleurs fournir une explication à la présence de ces éléments traités prioritairement par les entreprises. Certes, cette obligation annuelle de négociation appelle les partenaires sociaux à négocier sur « les mesures permettant de lutter contre toute discrimination en matière de recrutement, d'emploi et d'accès à la formation professionnelle »[1961], mais sans autre détail.

L'étude des accords relatifs à la diversité[1962] fait apparaître un ancrage important des négociateurs aux dispositions légales, se référant généralement aux textes généraux ou spéciaux de lutte contre les discriminations, ou aux obligations de négociation. L'influence du texte juridique est d'autant plus importante que les entreprises font de la conformité à la loi un élément de motivation important de leur démarche.

Cette étude met également en exergue une approche hétérogène de la diversité, « car elle se rattache souvent simultanément à deux visions particulières de l'égalité l'une en lien avec l'égalité de traitement et la non-discrimination, et l'autre avec l'égalité des chances »[1963].

Un ancrage législatif nous apparaît donc souhaitable, lequel pourra être inséré dans les obligations de négociation annuelle et précisera les contours de la notion de diversité. Par ailleurs, l'absence de diversité pourrait également constituer un facteur probant de certaines pratiques discriminatoires dans l'entreprise.

450. – La protection de la singularité de la personne apparaît encore en pleine construction. Si le volet répressif, plus ancien, s'étoffe peu à peu, la prise en compte positive des différences personnelles est encore dans ses balbutiements. Il apparaît

[1961] Article L. 2242-8, 3° du Code du travail.
[1962] H. GARNER, M. RECOULES, « Égalité, diversité, discrimination. Étude de 80 accords d'entreprise sur la diversité », Document d'études DARES, Juin 2014, n° 182.
[1963] *Ibid.*, spéc. p. 46.

néanmoins indispensable d'assurer un cadre au salarié, lequel ne saurait jouir d'une autonomie et d'un épanouissement de sa personne sans un sentiment de protection de ses différences. Partant de l'existence d'un tel cadre, le respect de l'intégrité de la personne semble possible.

§2 : L'intégrité de la personne

451. – L'intégrité d'un sujet ou d'un objet signifie la capacité à ce qu'il demeure entier, sans subir la moindre altération. Appliquée à la personne, l'intégrité implique la nécessité de protéger l'ensemble des éléments qui la compose, afin de préserver l'individu dans sa capacité d'être soi-même. Il s'agit donc de lutter contre les altérations de la personnalité du salarié susceptibles de porter atteinte à l'intégrité de sa personne. La prise en compte et la protection de sa singularité participent à cet objectif. En effet, tant la répression que la prévention des effets négatifs dus à ses différences, confèrent au salarié la faculté de maintenir cette singularité. Néanmoins, ces mécanismes interviennent pour pallier une altération déjà constatée. Or, l'autonomie de la personne du salarié réside avant tout dans sa capacité d'imposer ses choix, s'affranchissant dès lors du cadre professionnel et du lien du subordination inhérent à son statut.
Cette liberté de choix semble se manifester de deux manières : d'une part, dans l'espace, par la possibilité de demeurer soi-même dans et en-dehors de sa vie privée, d'autre part, dans le temps, par la faculté de modifier sa personnalité. Ces deux dimensions traduisent des enjeux différents et peuvent conduire à un traitement différencié de l'intégrité de la personne du salarié, s'intéressant d'un côté à la permanence de la personne (A), de l'autre côté à son inconstance (B).

A / La permanence de la personne

452. – La capacité d'être soi-même implique la possibilité pour le salarié de demeurer constant, c'est-à-dire de conserver sa personnalité au travail. Certains auteurs distinguent entre le *for* extérieur et le *for* intérieur[1964], autrement dit entre la

[1964] Ph. WAQUET, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *CSBP*, 1994, *op. cit.*

personnalité qui s'exprime et celle qui se tait. Une différence de gradation peut être établie entre ces deux aspects : « si, au *for* externe, la possibilité du salarié peut se trouver – non pas supprimée – mais cantonnée, ne faut-il pas admettre que le *for* interne, c'est-à-dire ce qu'il pense au fond de lui, ne peut jamais être atteint ? »[1965]. Il s'agit donc de protéger l'être et de limiter l'action.

Il semble pourtant que ces deux dimensions entretiennent des rapports croisés. En effet, si le *for* extérieur découle du *for* intérieur, l'action peut également influencer la pensée, car c'est parce qu'il se sait libre d'agir que le salarié se sent libre d'être. Il convient donc de protéger tout autant sa liberté d'action et sa liberté de conviction.

453. – Cette liberté s'inscrit toutefois dans un cadre professionnel, borné par des engagements contractuels. Dès lors, cette situation induit des exigences pouvant conduire à altérer une partie de la personnalité du salarié. Celles-ci se concrétisent de différentes manières, dès la phase de recrutement. La considération de la personne étant un élément déterminant du contrat de travail, il semble impossible d'éluder toute subjectivité, premier filtre apposé sur l'expression de la personnalité. Puis, tant le contrat de travail, et plus généralement les sources conventionnelles, que le pouvoir de l'employeur constituent des sources de cantonnement de la personnalité du salarié. À ce titre, il convient de préciser que les différentes composantes du pouvoir son concernées : la restriction des droits de la personne peut résulter tant d'une clause du règlement intérieur, que d'une décision de gestion de l'employeur.

La protection de la personne à l'égard de ces limitations se manifeste de deux manières. D'une part, la personnalité étant composée de différentes caractéristiques, certaines d'entre elles peuvent constituer des critères discriminatoires. L'illicéité de la cause à l'origine de la discrimination va entraîner la nullité de la décision de l'employeur et protéger la personnalité de la victime, même si cette sanction n'est pas systématiquement prononcée[1966].

D'autre part, la personnalité s'exprime par l'exercice de droits et libertés, lesquels peuvent être limités sous certaines conditions. L'examen opéré par le juge de la justification et de la proportionnalité permet d'écarter toute atteinte ne satisfaisant pas ce contrôle, et d'affirmer l'exercice par le salarié de la prérogative en cause. Néanmoins,

---

[1965] *Ibid.*, spéc. p. 291.

[1966] « Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel. La réalisation contentieuse d'un droit fondamental », Rapport, *op. cit.*

cette reconnaissance arrive souvent trop tard, le salarié devant bien souvent se contenter d'une simple réparation du préjudice.
Ces instruments de protection de la personne du salarié présentent l'inconvénient de ne dépendre que d'une sanction, la nullité, qui peine parfois à trouver une application effective en jurisprudence. Il convient donc de renforcer le dispositif existant.

454. – Un premier outil peut être immédiatement mobilisé par le juge : la notion européenne d' « exigence professionnelle essentielle et déterminante ». Ainsi, « les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée (à la race ou à l'origine ethnique ou liée à l'un des motifs visés à l'article 1er) ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée »[1967].
Si cette notion se retrouve également en droit interne, de façon générale[1968] ou pour certains critères[1969], elle n'a pourtant pas encore été mise en œuvre par la jurisprudence, la notion mobilisant une terminologie avec laquelle le juge français n'est pas familier. Pour preuve, le cour de cassation n'a pas hésité à saisir la CJUE d'une question préjudicielle, portant sur l'interprétation de l'article 4, § 1er, de la directive 78/2000/CE du Conseil, pour déterminer si « constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, le souhait d'un client d'une société de conseils informatiques de ne plus voir les prestations de service informatiques de cette société assurées par une salariée, ingénieur d'études, portant un foulard islamique »[1970]. Comme déjà évoqué, les conclusions de l'avocate générale[1971] admettent en l'espèce l'existence d'une discrimination directe, dès lors qu'il n'était pas établi que le port du voile pouvait l'empêcher d'accomplir normalement ses fonctions. Cette dernière a d'ailleurs vérifié si on ne se trouvait pas en présence d'une exigence professionnelle essentielle et

[1967] Article 4, § 1er des directives nos 2000/43/CE et 2000/78/CE ; cette notion est également reprise dans la directive n° 2002/73/CE et donc dans la directive n° 2006/54/CE.
[1968] Article L. 1133-1 du Code du travail : « L'article L. 1132-1 ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ».
[1969] Articles L. 1133-2 à L. 1133-6 du Code du travail, article L. 1142-2, al. 1er du Code du travail.
[1970] Cass. soc., 9 avril 2015, n° 13-19.855 : *op. cit.*
[1971] Eleanor SHARPSTON, concl., 13 juillet 2016, aff. C-188/15, *op. cit.*

déterminante. Elle a ainsi pu rappeler la stricte interprétation par la Cour de l'article 4, §1 de la directive 2000/78/CE[1972]. Le considérant 23 de la directive précisait déjà que la dérogation ne doit s'appliquer que dans « des circonstances très limitées », de manière « précise ». Autrement dit, elle ne peut « être employée pour justifier une exception générale pour toutes les activités qu'un travailleur peut en théorie exercer »[1973]. Sans grande surprise, et conformément à la jurisprudence antérieure[1974], l'intérêt commercial ne justifie pas l'application de cette exception. A l'opposé, des considérations de santé ou de sécurité auraient pu légitimer une telle exigence[1975].

À supposé que la CJUE aille dans le même sens, la chambre sociale de la Cour de cassation pourra ainsi appliquer cet instrument de protection supplémentaire, et opposer une résistance à l'assemblée plénière de la Cour de cassation[1976], laquelle a réfusé l'idée d'une discrimination en raison des convictions religieuses[1977].

455. – Le second outil, d'inspiration américano-canadienne, réside dans la notion d'accommodement raisonnable ou « *accomodation* ». Celui-ci consiste pour le salarié à pouvoir imposer à l'employeur un élément de sa personnalité, pouvant être rattaché à l'un des critères discriminatoires, par la demande d'aménagement de l'emploi qu'il désire occuper ou qu'il occupe déjà, pour l'adapter à sa différence. L'obligation d'accommodement raisonnable impose de déroger ou d'aménager la règle générale en accordant un traitement différentiel à la personne pénalisée par son application. Toutefois, cette obligation comporte une limite, celle de la contrainte excessive. En effet, l'employeur peut démontrer l'existence de conséquences négatives sérieuses, en se reposant notamment sur « les coûts de l'accommodement, l'entrave à l'exploitation de l'entreprise, ou encore l'atteinte aux droits des co-employés »[1978]. Si cette notion a été

[1972] CJUE, 13 septembre 2011, Aff. C-447/09, *Prigge e.a. c/ Deutsche Lufthansa AG*, spéc. § 72 ; CJUE, 13 novembre 2014, Aff. C-416/13, *Vital Pérez c/ Ayuntamiento de Oviedo*, spéc. § 47.
[1973] Eleanor SHARPSTON, concl., *op. cit.*, spéc. point n° 95.
[1974] CJUE, 10 juillet 2008, aff. C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c/ Firma Feryn NV* : *D.*, 2008, p. 3038, obs. F. MULLER et M. SCHMITT; *Rev. science crim.*, 2009, p. 197, obs. L. IDOT.
[1975] « Ainsi, par exemple, il serait possible d'exclure, pour ces raisons, un travailleur Sikh de sexe masculin qui persisterait, pour des raisons religieuses, à porter un turban pour travailler à un poste qui exigerait le port d'un couvre-chef de protection. Il pourrait en aller de même pour une femme musulmane travaillant à des machines industrielles dangereuses et qui, en portant une tenue vestimentaire particulière, pourrait s'exposer à des risques sérieux en matière de sécurité » : Eleanor SHARPSTON, concl., *op. cit.*, spéc. n° 99.
[1976] Cyril WOLMARK, « Le foulard dans l'entreprise - La CJUE invitée dans le débat », *Dr. soc.*, 2015, p. 648.
[1977] Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *op. cit.*
[1978] M. SUHAS, « L'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse : une notion canadienne », *Constitutions*, 2011, p. 205.

introduite en droit canadien pour la question de la discrimination religieuse, elle a connu une extension à d'autres motifs de discrimination, que cette dernière soit directe ou indirecte[1979]. La Cour suprême canadienne a ainsi reconnu qu'une norme en apparence neutre peut indirectement avoir un impact discriminatoire sur une employée si cette norme est incompatible avec sa pratique religieuse[1980]. De son côté, le droit américain connaît une approche similaire, la Cour suprême américaine ayant récemment rendu une décision concernant un cas de discrimination à l'embauche en raison de la religion[1981]. En l'occurrence, la plaignante s'était rendue à un entretien pour un emploi de vendeuse dans un magasin de vêtements pour enfants de la marque *Abercrombie & Fitch Stores*, dotée d'un voile sur ses cheveux. Cette tenue n'avait dans un premier temps pas posé de difficulté, puisque la candidate avait été notée positivement pour le poste. Toutefois, dans le doute, le responsable du magasin a contacté la maison mère laquelle lui a signifié l'incompatibilité du port de ce signe religieux avec le code vestimentaire de l'entreprise[1982]. Il convient de rappeler que *Abercrombie* attache une importance particulière à l'allure de ses vendeurs, les considérant d'ailleurs davantage comme des mannequins. Censurant la décision de la cour d'appel, la Cour suprême retient la discrimination directe en raison du refus par la société *Abercrombie* d'avoir opéré l'accommodement raisonnable demandé par la candidate. La société a tenté de se défendre sur l'absence de demande formelle de la part de la postulante à l'emploi, mais la Cour a estimé que cette dernière ayant revêtu un voile durant l'entretien, ce dernier véhiculait une connotation religieuse qu'il ne pouvait ignorer. Une autre question a animé les magistrats, celle de la qualification de la discrimination. Un des juges a d'ailleurs fait part de sa dissidence en publiant un avis tendant à considérer qu'il y avait matière dans cette affaire à qualifier une discrimination indirecte. En effet, le code vestimentaire prévoyant une neutralité religieuse, avait conduit à écarter la candidate. Toutefois, la Cour suprême a retenu le caractère intentionnel de la discrimination car l'employeur avait décidé de ne pas recruter afin de ne pas mettre en œuvre l'aménagement.

[1979] P. BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », *in M. Jezequel, Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ?,* Yvon Blais, 2007, p. 7.
[1980] Commission ontarienne des droits de la personne *(O'Malley) c/ Simpsons Sears*, (1985) 2 R.C.S. 536.
[1981] *Cour suprême des Etats-Unis, 1er juin 2015, Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch Stores, 575 U.S. (2015)* : M. MERCAT-BRUNS, « La Cour suprême américaine face au code vestimentaire de l'entreprise », *RDT*, 2016, p. 117.
[1982] Celui-ci avait déjà fait l'objet de litiges et a d'ailleurs été assoupli en conciliation avec les autorités en charge de la lutte contre les discriminations.

456. – Cette seconde approche est éclairante et trouve à s'appliquer à d'autres motifs de discrimination. Elle nous semble un outil d'analyse efficace permettant d'assurer la conciliation entre respect de l'intégrité de la personne et intérêt de l'entreprise, notamment au moment de l'embauche. Elle pose néanmoins la question du maintien d'une telle protection dans le cas d'un changement des conditions d'emploi émanant du salarié lui même.

B / L'inconstance de la personne

457. – La constance dans le temps semble entrer en contradiction avec la liberté de choix. En effet, le contrat de travail réclame une constance des cocontractants, laquelle implique tant pour l'employeur que pour le salarié de demeurer en cohérence avec l'économie générale du contrat.

Cette idée s'applique d'abord à l'employeur, lequel est tenu de respecter ses engagements contractuels. À défaut le salarié pourra lui opposer une prise d'acte ou invoquer la résiliation judiciaire du contrat. Néanmoins, le chef d'entreprise bénéficie d'une autorisation d'adaptation des conditions de l'emploi aux besoins de l'entreprise. Bien entendu, la justification et la proportionnalité de la mesure constitueront des éléments de contrôle de la pertinence de la modification. Elle reste cependant cantonnée aux conditions de travail, certains éléments du contrat s'avérant par nature invariables sans l'accord préalable du salarié.

La jurisprudence intègre également un critère de cohérence en matière de contenu du contrat de travail. Ainsi, la Cour de cassation a pu relever la contradiction à ce qu'un employeur accepte, d'une part, un aménagement de l'organisation du travail en permettant à une salariée de travailler à son domicile dans le sud de la France, et de venir au siège situé à Nanterre qu'une fois par semaine et, d'autre part, qu'il invoque la clause de mobilité en exigeant de la salariée qu'elle vienne tous les jours travailler au siège social de l'entreprise. Outre le fait que la Chambre sociale ait jugé le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, elle a surtout précisé que la clause de mobilité était

privée d'effet[1983]. Cette déchéance de la clause de mobilité par le juge témoigne de la volonté de souligner le manque de cohérence, car cette dernière vient contredire l'organisation contractuelle du travail à domicile. Dans le même esprit les clauses de résiliation du contrat dans les CDD participe également de la même incohérence, ce qui justifie qu'elles soient écartées[1984].

458. – D'une manière générale c'est la cohérence des contractants qui est réclamée. Il s'agit en effet d'éviter que le cocontractant ne souffre de la versatilité de l'autre partie, ce qui pourrait déboucher sur des comportements entrant en opposition avec l'économie générale du contrat. Cette approche est déjà bien présente en droit interne et trouve son origine dans les règles de commerce international[1985] et la notion d'« estopel »[1986] empruntée au droit droit anglais, laquelle a été accueillie favorablement ,tant par la doctrine[1987] que par la jurisprudence[1988]. Elle s'est traduite en jurisprudence par l' « interdiction de se contredire au détriment de son cocontractant » (*venire contra factum proprium*)[1989]. Elle permet ainsi d'invoquer la responsabilité contractuelle de la partie en tort. Cette idée se rapproche de l'obligation d'exécution de bonne foi, et semble finalement en être qu'une déclinaisonde ce principe[1990]. La confiance[1991] entre les cocontractants peut ainsi pâtir de cette inconstance de l'une des parties.

[1983] Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-43.592, *Bull. civ. V*, 2006, n° 196 : *JCP G*, 2006, II, 10135, note D. CORRIGNAN-CARSIN.
[1984] Cass. soc., 27 mai 1992, n° 89-41.704, *Bull. civ. V*, 1992, n° 342 ; même prohibition pour une clause bilatéralisée, Cass. soc., 5 juillet 1995, n° 92-40.095, Inédit : *D.* 1996, Jur. p. 280, note J. MOULY ; *cf* récemment, CA Metz, 22 mars 2005 : *D.* 2006, Jur. p. 489, note C. LEFRANC-HAMONIAUX.
[1985] G. ROBIN, « Le principe de bonne foi dans les contrats internationaux », *RDAI*, 2005, p. 695.
[1986] *Cf* ég. le « Verwirkung » du droit allemand.
[1987] H. MUIR WATT, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », *in Mélanges Y. LOUSSOUARN*, 1994, Dalloz, p. 303 ; S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, thèse, Paris II, 2000, Dalloz, 2001 ; D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'estoppel », *RIDC*, 2/2006, p. 362 ; B. FAUVARQUE-COSSON [dir.], *La confiance légitime et l'estoppel*, Société de législation comparée, vol. 4, 2007.
[1988] Cass. civ. 1ère, 6 juillet 2005, n° 01-15.912, *Bull. civ. I*, 2005, n° 302 **:** *D.*, 2005, Somm. p. 3050, obs. CLAY ; *D.*, 2006, p. 1424, note AGOSTINI ; Rev. arb., 2005, p. 993, note PINSOLLE ; *JCP E*, 2005, 1998, obs. P. ORTSCHEID.
[1989] M. BEHAR-TOUCHAIS [dir.], *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, 2001, Economica ; D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse, 2000, Paris XI, préf. H. MUIR WATT, 2001, PUAM.
[1990] Cass. com., 8 mars 2005, n° 02-15.783, *Bull. civ. IV*, 2005, n° 44 : *D.*, 2005, AJ p. 883, obs. Delpech ; RTD civ. 2005, p. 391, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.*, 2005, p. 397, obs. LEGEAIS ; RLDC juill./août 2005, note D. HOUTCIEFF ; *RDC*, 2005, p 1015, obs. MAZEAUD : neutralisant, sous couvert de bonne foi, une clause d'unité de compte.
[1991] Ph. LE TOURNEAU, M. POUMARÈDE, « Bonne foi », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, spéc. n° 95.

459. – L'inconstance du salarié peut-elle ainsi être invoquée par un employeur surpris d'un changement dans personnalité du salarié ? Cette éventualité ne peut s'envisager que dans le cadre d'une atteinte caractérisée aux intérêts de l'employeur. Celle-ci peut résulter d'un défaut d'exécution de la prestation de travail. La loi prévoit ce cas mais le réserve à la situation du salarié inapte. En-dehors de cette hypothèse, la solution semble moins évidente, comme l'illustre le tâtonnement de la jurisprudence dans les décisions rendues en matière de convictions religieuses.

L'affaire du boucher de confession musulmane décidant de ne plus manipuler de la viande de porc en est un exemple[1992]. Il peut en effet apparaître contradictoire de s'engager à travailler au rayon boucherie d'un supermarché puis de se rétracter ensuite pour une raison d'ordre confessionnel. La décision de la Cour de cassation semble soutenir cette idée, car elle a rejeté la demande du salarié licencié, ce dernier n'ayant « jamais soutenu qu'une clause de son contrat de travail ou une disposition du statut local prévoyait qu'en raison de ses convictions religieuses il serait dispensé de traiter la viande de porc ». La solution aurait été certainement différente en présence de la notion d'accommodement raisonnable. En l'espèce, le salarié demandant sa mutation dans un autre service, l'employeur aurait dû alors prouver le caractère excessif de cette exigence formulée par le salarié.

Parfois, le changement porte une atteinte moins évidente à caractériser, notamment lorsque l'entreprise invoque le bon fonctionnement, l'exigence des clients ou encore la réputation de l'établissement.

L'affaire *Baby-Loup*[1993], dans laquelle la salariée était revenue d'un congé parental revêtue d'un voile, a conduit l'Assemblée plénière à faire primer la clause du règlement intérieur prévoyant une neutralité religieuse. Mis à part les débats relatifs à la validité d'une telle clause, peut-être aurait-on pu reprocher à la salariée un manque de cohérence, laquelle n'avait pas à venir vêtue de la sorte en raison de la connaissance de cette clause. Mais, en l'espèce celle-ci n'existait pas au moment du départ de la salariée en congé. Ce n'est qu'à son retour qu'elle a pu découvrir cette exigence nouvelle. Il paraît donc difficile d'imputer un quelconque manque de cohérence à la salariée en cause puisque la modification provient de l'employeur lui même.

[1992] Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738, *Bull. civ. V*, 1998, n° 171 : *D.*, 1998, p. 11 ; *Dr. soc.*, 1998, p. 614, obs. J. SAVATIER.

[1993] Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *op. cit.* ; *cf supra*, n° 391.

460. – À l'aune de ces considérations, la solution adoptée par une cour d'appel dans une autre affaire nous paraît encore plus discutable[1994]. En effet, une employée d'un magasin de mode avait pour coutume de venir travailler « recouverte de la tête aux pieds ». Le magasin changeant de gérant, le nouvel employeur lui demande de changer de tenue, ce qu'elle refuse. La cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion réforme le jugement de première instance ayant prononcé la nullité du licenciement et la réintégration de la salariée, faisant ainsi « triompher l'intérêt de l'entreprise »[1995]. Le changement n'étant pas imputable à la salariée et en raison de la tolérance des précédents gérants, il semble donc que soit reproché à la victime une certaine constance plutôt qu'une versatilité de celle-ci.

Néanmoins, dans un autre registre, une décision plus récente de la Cour de cassation adopte une position contraire, retenant la discrimination à l'encontre d'un restaurateur ayant licencié un de ses serveurs en raison des remarques formulées par la clientèle parce que celui-ci portait une boucle d'oreille. Celle-ci était pourtant apparue après que le salarié ait été embauché. Certes, cette modification de son apparence physique ne pouvait en rien obérer ses qualités de serveur et donc ses engagements contractuels, mais la Cour semble ainsi admettre une faculté de changement de la personne.

Cette position se rapproche de celle adoptée par la jurisprudence concernant les salariés d'entreprises de tendance. Si l'orientation de l'entreprise pouvait pendant un temps faire primer la conviction collective sur la liberté individuelle[1996], il semble désormais qu'une telle exigence soit cantonnée au trouble objectif qui pourrait être révélé par un défaut de conformité du salarié aux valeurs de l'entreprise[1997]. Ainsi, ce n'est pas le changement en lui-même qui semble être l'objet d'un reproche mais l'impact réel de celui-ci sur l'intérêt du cocontractant. Si la mise en balance des intérêts des parties pourra apporter un éclairage, il semble néanmoins que lorsque la discrimination peut être invoquée, il convient d'appliquer l'analyse propre à ce régime et notamment les conditions d'atteintes prévues par la loi.

[1994] CA de Saint-Denis de la Réunion, 9 septembre 1997 : *D.,* 1998, p. 546, note S. FARNOCCHIA.

[1995] S. FARNOCCHIA, *op. cit.*

[1996] Cass., ass. plén., 19 mai 1978, n° 76-41.121, *op. cit.* : licenciement en raison d'un remariage après divorce d'une institutrice enseignant dans un établissement privé d'enseignement catholique.

[1997] Cass. soc., 17 avril 1991, *op. cit.* ; *cf* ég. délibération de la HALDE du 2 juillet 2007 relative à l'évolution de carrière d'un surveillant d'internat, liée à ses convictions religieuses : J.-P. LHERNOULD, « Droit du travail et communautarismes », RJS 1/2008, chron. p. 9 ; Ph. WAQUET et C. WOLMARK, « Controverse : Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise ? », *RDT*, 2009, p. 485.

461. – La conformité de la personne du salarié nécessite une interprétation limitée à l'aptitude du salarié dans l'accomplissement de sa prestation de travail. Elle ne saurait être un gage de servilité du salarié, lequel conserve un droit à la différence mais également une liberté de choix.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

462. – La prise en compte de la personne permet d'appréhender la liberté du salarié face à ce que l'employeur est en droit d'attendre de lui. L'analyse de ses obligations contractuelles laisse apparaître deux types d'obligations : d'une part, une disponibilité de la personne lui permettant d'assurer sa prestation de travail, d'autre part, une conformité de la personne aux qualités attendues pour cette prestation.
Toutefois, ces contraintes ne font pas disparaître la vie privée du salarié, ce dernier jouissant même d'une certaine liberté.

En premier lieu, l'obligation de disponibilité induit un lien de subordination, lequel s'exerce d'abord au temps et au lieu de travail. Malgré cette présence, la liberté du salarié demeure, tant par l'encadrement de la surveillance émanant de l'employeur, que par la possibilité accordée au salarié d'importer un temps privé au travail.
Ce lien de subordination se trouve par ailleurs limité car il ne saurait envahir la vie privée du salarié. Dès lors, ce dernier peut se réfugier derrière la protection de son espace privé, mais églement de son temps privé.

En second lieu, la conformité de la personne conduit parfois à demander une adaptation du salarié aux exigences professionnelles. Il semble néanmoins que son autonomie soit préservée, car on lui assure un droit à la différence, ainsi qu'une certaine intégrité de sa personne.

Dès lors, le salarié semble bénéficier d'une certaine autonomie, condition indispensable à son épanouissement personnel.

CONCLUSION DU TITRE 2

463. – Dans sa vie professionnelle, le salarié peut être appréhendé sous deux regards. D'une part, en tant qu'individu, il jouit de sa citoyenneté et bénéficie de la protection de celle-ci dans l'entreprise. D'autre part, en tant que personne, il dispose d'une autonomie lui assurant la liberté d'être soi-même.

Toutefois, ces deux acceptions ne fournissent pas les mêmes garanties. L'approche individualiste tend à opposer les droits et libertés du salarié à la collectivité de travail. Cette confrontation implique une limitation de leur jouissance au nom de l'intérêt de l'entreprise. Ainsi, le droit au respect de sa vie privée est très limité dès lors qu'il s'exerce au sein de l'entreprise.
À l'opposé, la dimension personnelle se concentre davantage sur les obligations individuelles du salarié. La recherche de son épanouissement conduit à lui accorder une certaine autonomie, par la faculté d'imposer ses choix. La vie privée s'affirmant, le sentiment de liberté émerge.

Plutôt que de s'opposer, ces deux approches se complètent et traduisent une évolution de conception de la protection de la vie privée du salarié. Le droit du travail étant désormais un droit de la personne au travail, l'affirmation d'une liberté de la vie privée du salarié dans sa vie professionnelle apparaît naturelle.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

464. – La liberté de la vie privée du salarié est une réalité qui s'impose progressivement en droit du travail. Le cloisonnement de la vie du salarié en différentes sphères a révélé ses faiblesses, et confirme la présence d'un droit au respect de la vie privée du salarié tant dans sa vie privée que professionnelle. L'évolution le nation de vie privée illustre symboliquement ce constat : on est passé d'une protection de la vie extra-professionnelle du salarié à celle de la personne dans sa vie professionnelle. Ainsi que souligné en début cette partie[1998], la liberté ne peut être qu'une et indivisible.

Néanmoins, l'étude révèle un certain déséquilibre dans la confrontatation entre les droits et libertés du salarié et l'intérêt de l'entreprise. En effet, la diversité des libertés et des droits mobilisés pour protéger les intérêts du salarié fait face à une seule liberté, celle d'entreprendre, de laquelle découle un certain nombre de prérogatives. Cette implacable unité lui assure une défense plus solide, là où la multiplicité peut au contraire desservir. La concurrence de fondements pour assurer la protection de la vie privée du salarié est source de faiblesse.
De plus, la jurisprudence s'est employée à multiplier les concepts prétoriens encadrant l'exercice des droits et libertés du salarié, comme par exemple l'abus de droit, la loyauté, la probité, l'usage excessif, le rattachement au contrat ou aux fonctions, la présomption d'utilisation professionnelle, ou encore l'exigence de bon fonctionnement. À l'opposé, le salarié semble jouir d'une moins grande créativité. L'application timide du peu de notions construites en sa faveur tend à leur disparition, à l'instar du concept de vie personnelle.

La mobilisation d'une notion aux contours larges et dotée d'un fondement juridique fort permettrait ainsi de rétablir l'équilibre dans les moyens de défense des parties à la relation de travail. La liberté de la vie privée semble la notion idoine pour remplir ce rôle.

[1998] *Cf infra*, Max STIRNER, p. 219.

CONCLUSION GENERALE

465. – L'étude de la vie privée en droit du travail nous permet d'établir un double constat, auquel il peut être proposé quelques pistes d'évolution.

1. Le constat d'une polémique dépassée.

466. – La notion de vie privée a sa place en droit du travail, il convient néanmoins de savoir qu'elle prérogative il convient de lui attribuer.
La conception traditionnelle du droit au respect de la vie privée tend à vouloir le cantonner à la protection d'un secret. Partant de cette approche, le salarié s'avère bénéficier d'une protection du secret de sa vie privée, par le biais d'un droit de contrôle sur ses informations personnelles, par une faculté de rétention et par un droit à la non divulgation. Or, ce droit à la protection d'un secret provient principalement de dispositions spécifiques, telles que celles issues du droit du recrutement ou encore celles appartenant au domaine de la protection des données.

Ainsi, de façon paradoxale, la protection du secret du salarié ne mobilise que très peu la notion de vie privée.

467. – À l'inverse, cette notion de vie privée a été progressivement saisie par le juge afin de contrôler les atteintes émanant de l'employeur, aux droits et aux libertés du salarié. Instrument de régulation, la mobilisation du droit au respect de la vie privée, et la référence à l'article 9 du Code civil, a pu susciter des critiques relatives à son interprétation extensive.
Il s'avère néanmoins que cette conception correspond à la finalité de la protection de la vie privée, laquelle ne peut se cantonner au secret mais implique une prise en compte plus large au travers de la notion de liberté de la vie privée. Cette approche d'ailleurs conforme à celle de la Cour européenne des droits de l'Homme, laquelle ne saurait être ignorée.

Ainsi, la mobilisation de la notion de vie privée en droit du travail est tout à fait pertinente.

468. – Ne se cantonnant pas à un droit d'opposition destiné à protéger un secret, la vie privée peut être associée à la notion de liberté, laquelle lui permet autant de pouvoir protéger sa vie privée mais également de lui assurer une protection de sa personne dans sa vie professionnelle. Elle entre ainsi en résonance avec l'évolution du droit du travail, lequel tend à progresser d'un droit du travailleur à celui de la personne au travail.

Ainsi, la liberté de la vie privée accompagne et renforce l'évolution du droit du travail.

469. – Dès lors, la liberté de la vie privée devrait être une notion expressément mobilisée par la jurisprudence. La combinaison des articles 9 du Code civil et L. 1121-1 du Code du travail paraissent être les fondements textuels appropriés. Le secours à l'article 8 de la CESDH permettrait en outre de faire valoir la conformité de cette conception à celle du droit européen.

2. Le constat d'une lacune en voie de comblement.

470. – La protection de la vie privée du salarié est principalement assurée par celle de ses droits et libertés qui y concourent. Si leur diversité semble induire une couverture complète des risques d'atteintes au droit au respect de la vie privée, elle peut toutefois desservir cet objectif. En effet, le champ d'application parfois très large de ces outils peut engendrer certains chevauchements, voire leur mise en concurrence.

Ainsi, la protection de la vie privée réclame une délimitation précise du champ d'application des dispositifs de protection.

471. – Cette mutltiplicité des intruments de défense des droits et libertés du salarié implique également une dilution des fondements de la protection de la vie privée. En effet, prises séparément ces prérogatives ne bénéficient pas de garanties équivalentes. En conséquence, en fonction des prérogatives mobilisées, des écarts de protection sont

susceptibles de se manifester. D'autant qu'à l'opposé, l'intérêt de l'entreprise s'incarne dans un fondement fédérateur : la liberté d'entreprendre.

Ainsi, la protection de la vie privée nécessite une unicité de référence.

472. – La protection de l'individu-citoyen doit faire face à un intérêt collectif de nature professionnelle, devant lequel l'intérêt individuel semble s'effacer. D'une manière générale, la dimension professionnelle permet de justifier un certain nombre d'atteintes à la vie privée. À l'inverse, la prise en compte de la personne permet de recentrer les exigences sur une vision stricte des obligations contractuelles du salarié. La vie privée tend à vouloir limiter les débordements du lien de subordination, par l'assurance d'une certaine autonomie du salarié.

Ainsi, la protection de la vie privée tend à conférer à la personne une certaine autonomie.

473. – L'autonomie de la personne du salarié implique la faculté d'être soi-même et de vivre comme il l'entend, indépendamment du contexte. Elle s'affranchit donc des barrières entre vie privée et vie professionnelle. Par ailleurs, la vie privée ne se contente pas d'une opposition d'un droit au secret, mais implique la faculté d'imposer une liberté, celle de la vie privée.

Ainsi, la protection de la vie privée de la personne du salarié s'incarne dans la jouissance de la liberté de sa vie privée.

474. – Dotée d'une légitimité équivalente à la liberté d'entreprendre, la liberté de la vie privée apparaît comme le concept fédérateur pouvant assurer une autonomie du salarié vis-à-vis du lien de subordination inhérent à son statut. La conciliation entre la liberté d'entreprendre et la liberté de la vie privée suppose une conception stricte des obligations contractuelles, en se concentrant sur deux aspects : la disponibilité et la conformité de la personne. L'égalité d'armes réclame dès lors une équivalence des moyens de défense. La violation de la liberté de la vie privée ne peut se contenter d'une simple réparation, mais impose la remise en l'état.

BIBLIOGRAPHIE

I / DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPÉDIES

A.

ALLAND D. et RIALS. S, *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. Lamy : PUF, 2003.
AMSON D., « Protection civile de la vie privée », Fasc. 3720, *J.-Cl. Communication*, 2015.
AUBRÉE Y., « Contrat de travail (clauses particulières) », *Rép. dr. trav.,* Dalloz, 2015**.**

B.

BONFILS Ph. et GALLARDO E., « Secret des correspondances », *Rép. de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz.

C.

CADIET L., LE TOURNEAU Ph., « Abus de droit », *Rép. Dr. civ.,* Dalloz, n° 9.
CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 11ème éd.
COURTIEU G., « Droit à réparation – Abus de droit. Notion », Fasc. 131-10, *Jcl Code civil*, 2015.

DREYER E., « Image des personnes, Image des personnes », Fasc. 3750, *J.-Cl. Communication*, 2015.

G.

GENEVOIS B., « Principes généraux du droit », *Répertoire de Contentieux administratif*, Dalloz.
GHESTIN J., SETINET Y.-M., *« Erreur »*, *Rép. droit civil*, Dalloz, 2006.

L.

LANQUETIN M.-T., « Discrimination », *Rép. Trav. Dalloz*.
LAROCHE-GISSEROT F., « Nom – Prénom »*, Répertoire de droit civil*, Dalloz.
LE TOURNEAU Ph., POUMARÈDE M., « Bonne foi », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2015.
LEPAGE A., « Droits de la personnalité »*, Répertoire de droit civil*, Dalloz.
LITTRÉ E., *Dictionnaire de la langue française (Le Littré)*.

M.

MARGUÉNAUD J.-P., « Conv. EDH, art. 8 : Vie privée », *Répertoire de droit européen*, Dalloz.
MAZEAUD A., « Contrat de travail (Exécution) », *Rép. Dr. trav*., Dalloz, 2015.
MAZEAUD A., « Droit d'expression des salariés », *Rép. Dr. trav., Dalloz*, 2015.
MOULY J., SAVATIER J., « Droit disciplinaire », *Rép. Dr. trav.*, Dalloz, 2015.

P.

PERRAY R., « Données à caractère personnel », Fasc. 4720, *J.-Cl. Communication*, 2015.

R.

RAVANAS J., « Jouissances des droits civils. Protection de la vie privée. Délimitation de la protection, J.-Cl. civil code, art. 9, fasc. 1, 1989.

S.

SAINT-PAU J.-Ch,- « Jouissance des droits civils. – Droit au respect de la vie privée. – Définition conceptuelle du droit subjectif », Fasc. n° 10, *Jurisclasseur Civil Code, art. 9*, 2015.

- « Jouissance des droits civils. – Droit au respect de la vie privée. – Régime. Atteinte légitime à la vie privée », Fasc. n° 15, *Jurisclasseur Civil Code, art. 9*, 2015.

- « Jouissance des droits civils. – Droit au respect de la vie privée. – Régime. Actions », Fasc. n° 20, *Jurisclasseur Civil Code, art. 9*, 2015.

T.

TRICOIT J.-P., « Liberté d'expression et droit social », Fasc. n° 18, *J.-Cl.,* Communication, 2016.

II / OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS, COURS

A.

AUBRY Ch., RAU Ch., *Cours de droit civil français*, tome 2, éd. 1869-1872.
AUZERO G., DOCKÈS E., *Droit du travail*, Précis, Dalloz, 29ème éd., 2015.

B.

BOISTEL A., *Cours de philosophie du droit*, Paris, 1889.
BOSSU B., DUMONT F., VERKINDT P.-Y., *Droit du travail*, Montchrestien, 2015.
BRUN A. et GALLAND H, *Droit du travail*, Sirey, 1958.

C.

CARBONNIER J., *Droit civil*, vol. 1, PUF, 1996.
COHEN D., *Trois leçons sur la société post-industrielle*, éd. du Seuil, 2006.
CORNU G., *Droit civil. Les personnes*, Précis Domat, Éd. Montchrestien, 2007.
CORNU G, FOYER J., *Procédure civile*, Paris, 1958.
COUTURIER G., *Droit du travail*, tome 1, PUF, 16ème éd..

D.

DURAND P., VITU A., *Traité de droit du travail*, tome II, *Dalloz*, 1950.
DURKEIM E., *L'individualisme et les intellectuels*, 1898.

F.

FAVOREU L., PHILIP L., *Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel,* Dalloz, 9e éd. 1997.

G.

GAUDEMET E., *Théorie générales des obligations*, Sirey, 1937.
GAUDU F., VATINET R., *Traité des contrats. Les contrats de travail*, LGDJ, 2001**.**
GRIDEL J.-P., Notions fondamentales de droit et droit français, Dalloz, 1992.

J.

JAMMEAUD A., PÉLISSIER J., SUPIOT A., *Droit du travail*, Dalloz, 22ème éd., 2004.
JAVILLIER J.-C., *Droit du travail*, manuel, 4ème éd., LGDJ, 1992.

L.

LAURENT F., *Principes de droit civil français*, t. 15, Obligations, 3ème éd.
LE TOURNEAU Ph., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10e éd., 2014/2015, Dalloz Action.
LOCKE J., *Deuxième Traité du Gouvernement civil*, Avant-propos de B. Gilson, Vrin, 1985.
LUKES S., *Individualism*, Basil Blackwell, Oxford, 1973.
LYON-CAEN G., *Droit du travail*, Dalloz, 1988.
LYON-CAEN G., *Manuel de droit du travail*, LGDJ, 1954.

M.

MALAURIE Ph., *Droit civil, Les personnes, Les incapacités, Defrénois*, 3ème éd., 2007.

MAZEAUD H. et L., TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 6ème éd., t. 1, 1965, Montchrestien.
MAYOR F., *Un monde nouveau*, éd. Odile Jacob, 1999.

P.

PARDAILHÉ-GALABRUN A., *La naissance de l'intime*, PUF, 1988.
PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil,* tome 1, LGDJ, 9ème éd., 1922.

R.

RAY J.-E., *Droit du travail – Droit vivant*, 2015, 25ème éd.
REVET Th., ZENATI-CASTAING F., *Manuel de droit des personnes*, 2006, PUF.
RIPERT G., *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, 2ème éd.
RIPERT G. et BOULANGER J., *Traité de droit civil d'après le Traité de PLANIOL,* t. 2, 1957.
RIVERO J., SAVATIER J., *Droit du travail*, PUF, 11ème éd., 1989.

S.

SUPIOT A., *Critique du droit du travail*, PUF, 2007.

III / OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES, THÈSES

A.

AGOSTINELLI X., *Le droit à l'information face à la protection de la vie privée*, thèse, PUAM, 1994.
ANCEL P., *L'indisponibilité des droits de la personnalité, une approche critique des droits de la personnalité*, thèse, Dijon, 1978.
ATIAS Ch., *Les personnes. Les incapcités*, PUF, 1ère éd., 1985.
AUVRET P., *La liberté d'expression du journaliste et le respect dû aux personnes*, Thèse, Paris II, 1982.

B.

BEHAR-TOUCHAIS M. [dir.], *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, 2001, Economica
BENET A., *Analyse critique du "droit" au respect de la vie privée. Contribution à l'étude des libertés civiles*, thèse, 1985, Paris 2.
BERTRAND A., *Le droit à l'image et à la vie privée*, Litec, 1999.
BIZEUR F., *L'information du salarié dans les relations individuelles de travail*, thèse, Lille, 2013, dir. B. BOSSU.
BONASSIES P., *Le dol dans la conclusion des contrats*, thèse, Lille, 1955.
BOSSU B., *La remise en l'état en droit du travail*, thèse, Lille, 1993.
BURNEL P., *Travail à domicile – Télétravail, Droits et obligations de l'entreprise et du salarié*, 2011, éd. Liaisons.

C.

S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, thèse, Paris II, 2000, Dalloz, 2001.
CAMERLYNCK G.-H., *Le contrat de travail*, Dalloz, 1982.
CIESLAR A., NAYER A., SMEESTERS B., *Le droit à l'épanouissement de l'être humain au travail. Métamorphoses du droit social*, Bruylant, 2007.
CONTAMINE-RAYNAUD M., *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse, Paris II, 1974.
CONTIN R., *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, thèse, Librairies techniques, 1975.
COUTURIER G., *La confirmation des actes nuls*, thèse, Paris, LGDJ, 1972.

D.

DABIN J., *Le droit subjectif*, 1952, Dalloz.
DEBET A., *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, 2002, Dalloz.
DECOCQ A., *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, thèse, Dijon, 1960, LGDJ.
DESPAX M., *L'entreprise et le droit*, thèse, Paris, 1957.

F.

B. FAUVARQUE-COSSON, [dir.], *La confiance légitime et l'estoppel*, Société de législation comparée, vol. 4, 2007.

FILIPPONE C., *La contractualisation des droits de la personnalité*, thèse, Paris I, 2001, PUAM, 2004.
FRAISSINIER-AMIOT V., « La liberté d'entreprendre », thèse, La Réunion, 2006.
FREYSSINET J., *Informatique, fichiers et libertés. Les règles, les sanctions, la doctrine de la CNIL*, préf. J. FAUVET, Litec, 1992.

G.

GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé*, thèse, Paris II, 1981.
GARDIN A., *La vie familiale du salarié en droit du travail*, thèse, Nancy, 2000, dir. C. MARRAUD.
GAURIAU B., *La nullité du licenciement*, thèse, Paris I, 1992.
GÉNY F., *Des droits des lettres-missives*, Sirey, 1911.
GÉRARD P., OST F., VAN DE KERCHOVE M., *Droit et intérêt. Entre droit et non droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, t. 2.
GHESTIN J., *La formation du contrat*, 3ème éd., 1993.
GOUT O., *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM, 1999, préf. P. ANCEL
GRYNBAUM L, LE GOFFIC C., MORLET-HAÏDARA L., *Droit des activités numériques*, Dalloz, Précis, 1ère éd.
GUELFFUCI THIBIERGE C., *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse, Paris I, 1989.
GUILLEMAN C., *Le trouble en droit privé*, thèse, Bordeaux, 2000, PUAM.
GUTMANN D., *Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille*, thèse, Paris II, 1996, édition coll. « Bibl. Droit privé », Paris, LGDJ, 2000.

H.

HOERNI B., *Ethique et déontologie médicale*, Masson, 2ème éd., 2000.
HOUTCIEFF D., *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse, 2000, Paris XI, préf. H. MUIR WATT, 2001, PUAM
HUMBOLDT (von) W., *Essai sur les limites de l'action de l'Etat*, trad. Annotée et précédée d'une étude sur l'auteur par H. Chrétien, Germer Baillière, Libraire-Editeur, Paris, 1867, p. 13.

J.

JACQUELET C., *La vie privée à l'épreuve de la relation de travail,* thèse, Paris 2, 2006, PUAM, 2008.
JAPIOT R., *Des nullités en matières d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle*, thèse, Dijon, 1909.
JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, 1ère éd., 1927.

K.

KAYSER P., *La protection de la vie privée par le droit*, *Protection du secret de la vie privée*, préf. H. Mazeaud, 3ème éd., 1995, Economica.

L.

E. LAGARDE, « Le principe d'autonomie personnelle. Etude sur la disposition personnelle en droit européen », thèse, 2012, Pau, dir. J.-P. MARGUÉNAUD.
LAROQUE J., *Les élections professionnelles dans l'entreprise*, Dalloz, 2e éd., 1987.
LAURENT F., *Principes de droit civil français*, t. 15, Obligations, 3ème éd., 1875, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie.

LE BAYON A., *Notion et statut juridique des cadres de l'entreprise privée*, LGDJ, 1971.
LE POURHIET A.-M., *La démocratie providentielle. Essai sur l'inégalité contemporaine*, Gallimard, 2002.
LEMÉE J., *Essai sur la théorie de l'abus de droit,* thèse Paris XII, 1977.
LETOMBE E., *L'abus de droit en droit du travail*, thèse, Lille, 2007, dir. B. BOSSU.
LOISEAU G., *Le nom objet d'un contrat*, thèse, Paris I, 1995, LGDJ, 1997.
LUCAS-SCHLOETTER A., *Droit moral et droits de la personnalité. Étude de droit comparé français et allemand*, thèse, 2002, PUAM.
LUCIANI A.-M., *Les droits de la personnalité. Du droit interne au droit internationa*l, thèse, Paris I, 1996.

M.

MARGUÉNAUD J.-P., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, F. SUDRE et alii, 5ème éd. PUF.
MATHIEU-GENIAUT C., « La vie personnelle du salarié », thèse, Lyon II, 2004.
MOLFESSIS N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, thèse, Paris II, 1994, préf. M. Gobert, LGDJ, 1998.
MOUTEL B., *L' « effet horizontal » de la convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Thèse, dir. J.-P. MARGUÉNAUD, Limoges, 2006.
MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique de droit privé – La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, réimpr. 1991 de l'éd. de la librairie du Sirey parue en 1948.

N.

NERSON R., *Les droits extrapatrimoniaux*, Thèse, Lyon, 1939.

O.

OLLARD R., ROUSSEAU F., *Droit pénal spécial*, Bréal, 2011.
ORLIAC C., *Le contrat de travail d'après la loi et la jurisprudence*, tome 1, Entreprise moderne d'édition, 1969.
OST F., *Droit et intérêts. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2002.

P.

PICHARD M., *Le droit à : étude de législation française*, thèse, Paris II, 2004, coll. Recherches juridiques, Economica, 2006.
PICOD Y., « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », thèse, Dijon, 1987, préf. G. COUTURIER, 1989, LGDJ

R.

REVET M., *La force de travail*, préf. F. ZENATI, Litec, Bibl. de droit de l'entreprise, t. 28, 1992.
RIGAUX F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, t. XX, 1990.
RIGAUX F., « La vie privée, une liberté parmi les autres ? », éd. Larcier, Bruxelles, 1992, 5ème éd.
RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4ème éd., 1949.
RIVERO J., *Les libertés publiques*, t. 2, PUF, coll. "Thémis", 1989.

ROGUIN E., *La règle de droit*, Lausanne, 1889.
ROSENBLUM N. L., *Another liberalism, romanticism and the reconstruction of liberal thought*, Harvard University, Cambridge (Mass.) and London (England), 1987.
ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz 1963.
ROUSSINEAU Th., *Le droit à l'image. Image des personnes et image des biens*, thèse, Paris XI, 2004.

S.

SAINT-PAU J.-Ch., *L'anonymat et le droit*, thèse, Bordeaux IV, 1998.
SALEILLES R., *De la personnalité juridique*, éd. Rousseau, 2ème éd., 1922.
SIMLER P., *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, Paris, LGDJ, 1969.
STOFFEL-MUNCK Ph., *L'abus dans le contrat*, LGDJ, 2000.

V.

VALLEUR F., *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse, Paris, 1938.
VEYNE P., « L'empire Romain », in *Histoire de la vie privée*, t. 1, De l'empire romain à l'an mil, dir. Ph. ARIÈS et G. DUBY, éd. du Seuil, coll. Points, Histoire.

W.

WAQUET Ph., *Les libertés dans l'entreprise : du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, Éd. Liaisons, 2003.
WAQUET Ph., STRUILLOU Y. et PÉCAUT-RIVOLIER L., *Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié*, collection « Droit vivant », éditions Liaisons, 2014

IV / ÉTUDES, DOCTRINE ET ARTICLES

A.

ADAM P., « Le retour des sycophantes ? A propos du whistleblowing », *Dr. ouvr.*, 2006, p. 281.
ADAM P., « La vie personnelle, une forteresse et quelques souterrains », *RDT*, 2011, p. 116.
ADAM P., « Sur la vie personnelle : cinquante ans après Despax », *RDT*, 2012, p. 100.
ADAM P., « La parabole du lanceur d'alerte », *SSL*, 2015, n° 1670.
ADAM P., LE FRIANT M., PÉCAUT-RIVOLIER L., TARASEWICZ Y., « La religion dans l'entreprise », *RDT*, 2016, p. 532.
ALDIGÉ B., « Les conditions de validité d'une charte éthique », *SSL*, 2009, n° 1425, p. 6 et *SSL*, 2009, n° 1426, et n° 1427, p. 4.
ARDANT Ph., Introduction à la table ronde « Les libertés du citoyen dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 1982, p. 428.
ASTAIX A., « Licenciement fondé sur la religion ; une nouvelle entorse à l'interdiction de principe », *DA*, 15 février 2011.

B.

BADINTER R., « Le droit au respect de la vie privée », *JCP G*, 1968, I, 2136.
BARÈGE A., BOSSU B., « L'ordinateur et la vie privée du salarié », *JPC S*, 2007, n° 1451.
BARENDT E., « La protection de la vie privée en Angleterre », *Legicom*, 1999, n° 20, p. 115.
BEIGNIER B., « Vie privée et vie publique », *Archives de philosophie du droit*, t. 41, 1997, p. 163.
BEIGNER B., « Réflexions sur la protection de la vie privée », *Dr. Famille*, 1997, chron. 11.
BÉLIER G., « Droit disciplinaire et citoyenneté dans l'entreprise dans la réforme des droits des travailleurs », *Dr. soc.*, 1982, p. 407.
BÉRAUD J.-M., « La discipline dans l'entreprise », *in* Les transformations en droit du travail, – Études offertes à G. Lyon-Caen, *Dalloz*, 1989, p. 381.
M. BÉRAUDO, « L'évolution de la jurisprudence en matière d'énonciation des motifs de licenciement », *RJS*, 4/92, p. 231.
BERLIN I., « Deux conceptions de la liberté », in *Eloge de la liberté*, Presses Pocket, Calmann-Lévy, trad. J. Carnaud et J. Lahana, coll. Agora, 1990, p. 167.
BERTIN P., « Affaire Calvet, L'argent des autres », *Gaz. Pal.*, 1989, 2, doctr. p. 549.
BENET A., *Analyse critique du "droit" au respect de la vie privée. Contribution à l'étude des libertés civiles*, thèse, Paris II, 1985
BORENFREUND G., « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », *Dr. ouvr.*, 1997, p. 523.
BORENFREUND G., « Présomption de représentativité et constitution d'une section syndicale, Brèves observations sur l'arrêt Okaidi », *SSL*, n° 1412, p. 6.
BOSKOVIC S., « Le temps et l'espace – de la conscience mythique à la conscience phénoménologique », *Mémoire(s), identité(s), marginalité(s) dans le monde occidental contemporain*, 2006, n° 1.

BOSSET P., « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », *in M. Jezequel, Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ?,* Yvon Blais, 2007, p. 7.
BOSSU B., « Surveillance du salarié et loyauté de la preuve », *JCP S*, 2008, n° 1396.
BOSSU B., « La confiance en droit du travail », in Bernard TEYSSIÉ, *La cause en droit du travail*, 2013, Panthéon-Assas Paris II, Colloques.
BOSSU B., « Le voile islamique et la clientèle de l'entreprise », *JCP S*, 2015, n° 1224.
BOSSU B., « L'ascension du droit au respect de la vie personnelle », J*CP S*, 2015, 1241.
BOUAZIZ P., « Vie privée et cause réelle et sérieuse de licenciement », *Dr. ouvr.*, 1991, p. 201
BOUBLI B., « La rupture du contrat », Rapport général, *Dr. soc*., 1986, p. 570.
BOUDIAS B., « La vie personnelle du salarié à nouveau sous l'emprise de sa vie professionnelle », *D*., 2004, p. 2462.
BRAIBANT G., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », in *La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et la jurisprudence*, colloque des 25 et 26 mai 1989, PUF, p. 108.
BRAULT P.H., « baux commerciaux : sur les conditions de forme du congé », *JCP E*, 1992, I, n° 191.
BRÈTHE de la GRESSAYE J., « Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise », *Dr. soc.* 1960, p. 633., spéc. p. 634.
BRYON-PORTET C., « Les bouleversements de l'espace-temps. Vers une redéfinition des pratiques commémoratives et de leurs lieux consacrés à l'ère des TIC », *Communication*, 2012, n° 30.
BUY M., « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1983, p. 77.

C.

CAPITANT H., « Sur l'abus des droits », *RTD civ.*, 1928, p. 365.
CARON Ch., « Les contrats d'exploitation de l'image de la personne », in *L'image*, 2005.
CARON Ch., « Brèves observations sur l'abus des droits de la personnalité », *Gaz. Pal.*, 18-19 mai 2007, p. 47.
CASAUX-LABRUNÉE L., « La confrontation des libertés dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2008, p. 1032.
CASTETS-RENARD C., VOSS G., « Le "droit à l'oubli numérique" en Europe et en Californie », *RLDI*, 2014/100, n° 3323.
CASSIN R., « Droits de l'homme et méthode comparative », *RIDC*, 1968, n° 49, p. 476.
CASSIN R., « De la place faite aux devoirs de l'individu dans la Déclaration universelle des droits de l'homme » *in Mélanges offerts à Palys Modinos, Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, Pedone, 1968, p. 479.
CHAFIOL-CHAUMONT F., « Alertes professionnelles : la Cour de cassation adopte une position plus restrictive que la CNIL », *RLDI*, 2010, n° 57-1889, p. 42.
CHAMPEAUX F., « L'Assemblée plénière, la belle inconnue », *SSL*, 2015, n° 1677, p. 9
CHAPOUTHIER-GUILLON A., « Le dossier médical en santé au travail », *Travail et sécurité*, n° 725, 2012, p. 48.
CHARMONT J., « L'abus du droit », *RTD civ.*, 1902, p. 113
CHARRIERE-BOURNAZEL Ch., « Propos autour d'Internet : l'histoire et l'oubli », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 111, p. 6.
CHEVALLIER J., « Le contrôle de la Cour de cassation sur la pertinence de l'offre de preuve », *D.*, 1956, chron. 37.

CHEVALLIER J., « Réflexions sur la notion de discrimination positive », *Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, Vol. I, Bruylant, 2004, p. 415.
CHIREZ A., « La perte de confiance de l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ? », *D.*, 1981, chron. p. 193.
COHEN D., « Le droit à... », in *Mélanges F. Terré*, 1999, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, p. 393.
CORRIGNAN-CARSIN D., « Conséquences du refus d'un changement des conditions de travail », *JCP*, 2001, II, 10523.
CORRIGNAN-CARSIN D., « Loyauté et droit du travail », *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, p. 125.
CONSTANT B., Principe de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs, et particulièrement à la Constitution actuelle de la France (1815), in *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes, Discours prononcé à l'Athénée royal de Paris en 1919, repr*. in *De la liberté chez les modernes. Ecrits politiques*, textes choisis, présentés et annotés pzar M. Gauchet, Hachette, coll. Pluriel, p. 275.
COSTES L. « Réseaux sociaux : nouveaux enjeux et nouveaux défis pur les entreprises », *RLDI*, 2011/74, n° 2472, spéc. p. 136.
COUTURIER G., « Les nullités du licenciement », *Dr. soc.*, 1977, p. 215.
COUTURIER G., « L'intérêt de l'entreprise », Mélanges J. SAVATIER, 1992, p. 143
COUTURIER G., « Pot-pourri autour des modifications du contrat de travail », *Dr. soc.* 1998, p. 878
COUTURIER G., « Négociation d'établissement et discrimination entre salariés », *Dr. soc.*, 2000, p. 185.
COUTURIER G., « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *in* Le contrat au début du XXIe siècle – Etudes offertes à Jacques GHESTIN**,** p. 273
COVIAUX J.-C., « Le secret des antécédents judiciaires », in *L'information en droit privé,* dir. Y. Loussouarn et P. Lagarde, LGDJ, 1978, p. 485.

D.

D'ALLENDE M., LUBET P., « L'évaluation des salariés », *JCP S*, 2011, n° 1240.
DABOSVILLE B., « Contours de l'abus d'expression du salarié », *RDT*, 2012, p. 275.
DAMAS N., « La nullité du licenciement de la salariée enceinte ou qui vient d'accoucher ouvre droit à réintégration », *D.*, 2002, p. 1234.
DE LAMY B., « Les tribulations de l'article 1382 du code civil au pays de la liberté d'expression », *in Libre droit, Mélanges le TOURNEAU*, 2008, Dalloz, p. 275.
DE QUENAUDON R., « Jurisprudence « Nikon » : la suite mais non la fin », *D.*, 2005, Tribune, p. 1873.
DE QUENAUDON R., « Codes de conduite et dispositifs d'alerte. Les réponses de la Cour de cassation », *RDT*, 2010, p. 171.
DEBOISSY F., SAINT-PAU J.-Ch., « La divulgation d'une information patrimoniale (à propos de l'affaire Calvet) », *D.*, 2000, chron., p. 267.
DESPAX M., « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP*, 1963, I, 1776.
DEVÈZE J., « Le vol de « biens informatiques » », *JCP G.*, 1985, I, 3210.
DIENER P., « Idée nominaliste et déconstruction du droit », *APD*, t. 28, p. 229.
DOCKÈS E., « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en Droit social, Etudes offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 203.

DOCKÈS E., « La liberté d'expression au travail », *Dr. Ouvrier*, 2011, 750, p. 53.
DOLE G., « La liberté d'opinion et de croyance en droit comparé du travail », *Dr. soc.*, 1992, p. 446.
DONDERO B. et HAUSMANN Ch., « Les *data rooms* : une pratique vue sous un angle théorique », *Droit et patrimoine*, 2008, p. 175.
DREYER E., « Le respect de la vie privée, objet d'un droit fondamental », *Comm. com. élec.*, 2005, étude n° 18.
DUMOULIN L., « Les droits de la personnalité des personnes morales », *Rev. soc.*, 2006, p. 1.
DUPEYROUX J.-J., « Quelques questions », *Dr. soc.*, 1990, p. 10.
DURAND P., « Aux frontières du contrat et de l'institution. La relation de travail », *JCP*, 1944, I, 387.
DURAND P., « La notion juridique d'entreprise », in *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. 3, 1947, p. 45.

E.

EISSEN M.-A., « La Convention européenne des droits de l'Homme et les obligations de l'individu : une mise à jour», *in René Cassin Amicorum discipulorumque liber, tome III ;* R. CASSIN*, Protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Pedone, 1971, p. 151.
ESCANDE-VARNIOL M.-C., « Le fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne peut constituer une faute », *JCP E*, 1999, p. 1247.
ESCANDE-VARNIOL M.-C., « Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieu de travail », *Dr. soc.*, 2002, p. 1064.

F.

FABRE-MAGNAN M., « le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.*, 2005, p. 2973.
FABRE-MAGNAN M., « Totems et tabous en matière de discrimination », *RDC*, 2010, p. 1433.
FATIN-ROUGE STEFANINI M., « France. Constitution et secret de la vie privée », *AIJC,* XVI-2000, p.259.
FAVENNEC-HÉRY F., « Vie privée dans l'entreprise et à domicile », *RJS*, 2001, p. 940
FAVENNEC-HÉRY F., « Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire », Dr. soc., 2004, p. 44.
FAVENNEC-HÉRY F., « Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif », *RJS*, 2003, p. 459.
FAVENNEC-HÉRY F., « Temps et lieux de vie personnelle, temps et lieux de vie professionnelle », *Dr. soc.*, 2010, p. 23.
FAVOREU L., « Le Conseil constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie privée », *Mélanges P. Kayser*, PUAM, 1979, t. I, p. 411.
FLAMENT L., THOMAS Ph., « Le whistleblowing : à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique », *JCP S*, 2005, n° 1277.
FLAMENT L., « Comment mettre en place un dispositif d'alerte professionnelle », *JCP S*, 2013, n° 1133.
FRIMAT P., TILMAN L., « TIC et santé au travail : la protection des données de santé », *JCP S*, 2013, 1453.
FROSSARD S., « Les évolutions du droit disciplinaire », *D.*, 2004, p. 2450.
FROUIN J.-Y., « La protection des droits, de la personne et des libertés du salarié », *CSBP*, 1998, n° 99, p. 123.

FROUIN J.-Y., « Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », *JCP S*, 2010, 1087

G.

GALLOT I., « La cause des licenciements non disciplinaires », *Dr. soc.*, 1992, p. 758.
GARDIN A., « L'éviction de la perte de confiance : une nouvelle étape dans l'objectivation du licenciement pour motif personnel », *D.*, 2000, p. 921.
A. GARDIN, « Géolocalisation du véhicule du salarié : quand finalité, proportionnalité et fiabilité font loi », *RDT*, 2015, p. 544.
GARÉ T., note ss CEDH, Ass. plénière, 25 mars 1992, *JCP*, 1992, II, 21955.
GAUDU F., « Le licenciement pour perte de confiance », *Dr. soc.*, 1992, p. 32.
GAUDU F., « Les nullités du licenciement et le "principe" pas de nullité sans texte », *Dr. soc.*, 2010, p. 151.
GAUDU F., VATINET R., « Les contrats de travail », in *Traité des contrats,* LGDJ, 2001, n° 370.
GAURIAU B., « La nullité du licenciement et la personne du salarié », *Dr. soc.*, 1993, p. 738
GAURIAU B., « Licenciement nul et droit à réintégration : la salariée enceinte est un salarié comme les autres », *Dr. soc.*, 2003, p. 827.
GAURIAU B., « Premières interprétations de la loi « démocratie sociale » par la Cour de cassation (à propos des arrêts du 8 juillet 2009) », *JCP S*, 2009, n° 1416
GAURIAU B., « L'entretien d'évaluation », *CSBP*, 2014, n° 267, p. 603.
GÉA F., « L'entretien d'embauche », *CSBP*, 2014, n° 267, p. 586.
GHESTIN J., « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *JCP G*, 2011, p. 703.
GHICA-LEMARCHAND C., « La responsabilité pénale de la violation du secret professionnel », *RDSS*, 2015, p. 419.
GIANNOTI M., « L'abus du droit de propriété et l'empiétement sur le terrain d'autrui », *RD imm.*, 1991, spéc., p. 304
GILLES R., « Casier judiciaire et insertion professionnelle », *RSC*, 1990, p. 48.
GIVORD F., « Rapport français », in *Actes du Vème Congrès international de droit du travail et de la sécurité sociale*, Lyon, 1963, t. II, p. 751.
GRELON B., « L'erreur dans les libéralités », *RTD civ.,* 1981, p. 261.
GRIDEL J.-P., « Un abus interprétatif. La vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *La Vie judiciaire*, 1er février 1993, p. 4.
GONZALEZ G., « La liberté sexuelle », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Nemessis 2005, p. 157.
GOUBEAUX G., « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », *Études dédiées à R. Roblot*, 1984, LGDJ, p. 199.
GULPHE P., « De la non-interférence de la vie privée sur la vie professionnelle du salarié en droit français », *JCP E*, 1990, II, 15736.
GUYOT H., « L'adaptation du droit du travail à l'ère numérique », *JCP S*, 2016, n° 1310

H.

HALPÉRIN J.-L., « L'essor de la « *privacy* » et l'usage des concepts juridiques », *Droit et société*, 61/2005, p. 765.
HALPÉRIN J.-L. « Protection de la vie privée et *privacy* : deux traditions juridiques différentes ? », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 1er juin 2015, n° 48, p. 59.

HARDOUIN R., « Facebook ou l'établissement de la frontière entre espace public et sphère privée », *RLDI*, 2011, n° 2209.
HARDOUIN R., « La recherche d'un équilibre entre les libertés publiques sur internet : l'effet sur les moteurs de recherche en matière de déréférencement », *RLDI*, 2013/96, n° 2309.
HASSLER Th., « Quelle patrimonialisation pour le droit à l'image des personnes ? Pour une recomposition du droit à l'image », *Légipresse*, 2007, II, p. 123.
M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation, essai de vitalisme social », *Cahiers de la nouvelle journée*, IV, 1925.
HAUSER J., HUET-WEILLER D., obs. ss CEDH, Ass. plénière, 25 mars 1992, *RTD civ.*, 1992, p. 540.
HENNETTE VAUCHEZ S., WOLMARK C., « Plus vous discriminez, moins vous discriminez » : *SSL*, 2016, n° 1728.
HENRY M., « Le nouveau régime probatoire applicable aux discriminations », *Dr. ouvr.* 2001, p. 194.
HOUTCIEFF D. , « Contribution à l'étude de l'intuitu personae », *RTD civ.*, 2003, n° 1, p. 4.
HUET-WEILLER D., HAUSER J., obs. ss CEDH, Ass. plénière, 25 mars 1992, *RTD civ.*, 1992, p. 540.

J.

JEAMMAUD A., « Les contrôles de la légalité du règlement intérieur », *Dr. soc.*, 1983, p. 520.
JAMMEAUD A., « Les polyvalences du contrat de travail », in *Les transformations du droit du travail, études offertes à G. Lyon-Caen*, *Dalloz*, 1989 p. 299.
JAVILLIER J.-C., « L'obligation de loyauté des cadres », *Dr. ouvr.*, 1977, p. 134.
JETHA F., « Liberté d'expression et manquements aux obligations du salarié », *JCP S*, 2015, n° 1110.
JOSSERAND L., « A propos de la relativité des droits. Réponse à l'article de M. Ripert », *Rev. crit. lég. jur.*, 1929, p. 277.

K.

KAYSER P., « Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile », *Mélanges R. SAVATIER*, 1965, Dalloz, p. 405
KAYSER P., « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.*, 1971, p. 444
KAYSER P., « Aspects de la protection de la vie privée dans les sociétés industrielles », *Mélanges Marty*, 1978.
KAYSER P., « Le Conseil constitutionnel, protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois », *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 330.
KELSEN H., « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RD publ.*, 1926, p. 574.
KERNALEGUEN F., « Brèves remarques sur la vie privée du salarié », *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica, 1995, p. 269.

L.

LABORDE J.-P., « Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap », *Dr. soc.*, 1991, p. 615.
LABORDE J.-P., « Vie professionnelle, vie personnelle et droit de la Sécurité sociale », *Dr. soc.*, 2004, p. 70.

LACHAUME J.-F., « Droits fondamentaux et droit administratif », *AJDA*, 1998, p. 92.
LAIGNEAU M., « L'entreprise et le citoyen salarié : vers une logique d'individualisation ? », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 687, Juin 2011, repère 6.
LAFLAMME A.-M., FANTONI QUINTON S., « Garder le silence ou mentir sur son état de santé : quelles conséquences juridiques pour le candidat à l'embauche ? Une approche comparée France/Québec », *Dr. soc.*, 2016, p. 19.
LANGLOIS Ph., Rapport de synthèse table ronde les libertés du citoyen dans l'entreprise, *Dr. soc.*, 1982, p. 433
LAROMBIÈRE L., « Article 1131 », *Théorie et pratique des obligations*, A. Durand, Paris, 1858.
LATREILLE A., « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (1ère partie) », *LPA*, 7 août 2006, n° 156, p. 4.
LAUDIJOIS M., *«* Le droit à la santé n'est pas une liberté fondamentale », *AJDA*, 2006, p. 376.
LE CLAINCHE J., « Licenciement pour des propos tenus sur Facebook ou les dangers de la porosité des sphères publique et privée », *RLDI*, 2011/67, n° 2208.
LE TOURNEAU Ph., « Les professionnels ont-il un cœur ? », *D.*, 1990, chron. V, p. 21.
LECLERC O., « Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail », *Dr. Soc.*, 2005, p. 173.
LEPAGE A., « Le voisinage », *Defrénois*, 1999, n° 36943.
LEPAGE A., « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit français », *Dr. soc.*, 2006, p. 364.
LEROY Y. : « L'égalité professionnelle : vers une approche générale et concrète », *RJS*, 2002, p. 887
LEVENEUR L., « Vie privée et familiale et vie professionnelle », in *La personne en droit du travail*, sous la dir. de B. TEYSSIÉ, Éd. Panthéon Assas, 1999, p. 32.
LINDON R., « La presse et la vie privée », *JCP G*, 1965, II, 1887.
LHERNOULD J.-P., « L'obligation d'adaptation du droit du travail français à la jurisprudence de la CJUE », *Dr. soc.,* 2010, p. 893.
LHERNOULD J.-P., « L'homme aux boucles d'oreille : liberté ou égalité ? », *Dr. soc.*, 2012 p. 346.
LOISEAU G., « L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail », in *Le contrat au début du XXIème siècle. Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, p. 579.
LOISEAU G., « Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français », *McGill Law Journal*, 1997, p. 319.
LOISEAU G., « Focus sur la vie personnelle du salarié », *D.*, 2009, p. 2393.
LOKIEC P., « Tenue correcte exigée – Des limites à la liberté de se vêtir à sa guise », *Dr. soc*., 2004, p. 132
LOKIEC P., « La modification du contrat de travail », *RDT*, 2006, p. 76.
LOMBOIS C., « La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 1992, chron. p. 324.
LOUVEL B., « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ? », *Réflexion à l'occasion de la rencontre annuelle des premiers présidents de cour d'appel et de la Cour de cassation*.
LUCAS DE LEYSSAC M. P., « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », *D.*, 1985, chron. p. 45.

LYON-CAEN A., VACARIE I., « Droits fondamentaux et droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz, p. 421.
LYON-CAEN A., « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 68.
LYON-CAEN A., « L'évaluation des salariés », *D.*, 2009, p. 1124.
LYON-CAEN G., « Les principes généraux du droit du travail », *Mélanges CAMERLYNCK*, 1977, p. 42.
LYON-CAEN G., « Le juge et l'entreprise », colloque de la Cour de cassation du 27 novembre 1998

M.

MAC CALLUM Jr G., « Negative and Positive Freedom », in *Philosphy, Politics an Society*, éd. Par Peter Laslett, W. G. Runciman et Q. Skinner, 4ème série, Oxford, Basil Blackwell, 1972.
MARGUÉNAUD J.-P., note ss CEDH, Ass. plénière, 25 mars 1992, *D.*, 1993, p. 101.
MARGUÉNAUD J.-P., MOULY J., « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte », *RDT*, 2008, p. 16.
MARGUÉNAUD J.-P., MOULY J., « Convention européenne des droits de l'homme et droits du travail », *LPA*, 2008, n° 123, p. 4.
MARGUÉNAUD J.-P., MOULY J., « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit du travail », *Dr. Soc.*, 2014, n° 7/8, spéc. p. 645
MARINO L., « Le droit d'accès à Internet, nouveau droit fondamental », *D.*, 2009, p. 2045.
MARTIN L., « Le secret de la vie privée », *RTD civ.*, 1959 p. 227.
MASSIP J., note ss CEDH, Ass. plénière, 25 mars 1992, *Defrénois*, 1992, p. 1009.
MATHIEU B., Propos introductifs, Conférence du 14 octobre 2010, organisée par la Société de législation comparée, avec le soutien du Conseil constitutionnel : « Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux », *Nouv. Cah. du Cons. Const.,* 2011, n° 31, p. 195.
MATTHIEU C., « Volonté du salarié et temps de travail », *RDT*, 2012, p. 677.
MATHIEU-GÉNIAUT C., « L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question », *Dr. soc.*, 2006, p. 848.
MATSOPOULOU H., « Abus de confiance : les "dérives jurisprudentielles" », *RSC*, 2013, p. 813.
MAZEAUD A., « Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle », *Dr. soc.*, 2004, p. 77.
MAZEAUD D., « La confiance légitime et l'estoppel », *RIDC*, 2/2006, p. 362.
MAZEAU V., « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015, n° 48, p. 5.
MEKKI M., « Existe-t-il *un jus commune* applicable aux clauses du contrat de travail ? », *RDT*, 2006, p. 292.
MÉMETEAU G., note ss Cass., Ass. plén., 11 décembre 1992, JCP 1993, II, 21991.
MERCATS-BRUNS M., « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *RDT*, 2015, p. 28.
MERCAT-BRUNS M., « La Cour suprême américaine face au code vestimentaire de l'entreprise », *RDT*, 2016, p. 117.
MESLI V., « Quelles articulations entre le dossier médical personnel et le dossier médical de santé au travail ? », *RDSS*, 2014, 266.
MEULDERS-KLEIN M.-T., « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RIDC*, 1992, p. 771.
MEULDERS-KLEIN M.-T., « Le démariage consensuel », *RTD civ.*, 1995, p. 559.

MEULDERS-KLEIN M.-T., « L'irrésistible ascension de la vie privée au sein des droits de l'homme », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, dir. F. Sudre, Bruylant, 2005, p. 305.
MICHAELÉLIDÈS-NOUAROS G., « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD civ.*, 1966, p. 216
MOLE A., « Ordinateurs, recruteurs et logiciels d'évaluation », *SSL*, 1990, n° 484.
MORELLET J., « Le droit au mariage des hôtesses de l'air », *Dr. soc.*, 1963, p. 482.
MORIN M.-L., « Code d'éthique : liberté d'expression des salariés et alerte professionnelle », *RJS*, 2010, p. 104.
MOULIÈRE F., « Secret des affaires et vie privée », *D.*, 2012, p. 571.
MOULY J., « Un salarié n'a pas l'obligation de faire mention d'antécédents judiciaires », *D.*, 1991, p. 507.
MOULY J., « Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable (l'opinion dissidente d'un « travailliste ») », *D.*, 2003, p. 2023
MOULY J., « Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance », *Dr. soc.*, 2006, p. 839.
MOULY J., « Vie professionnelle et vie privée. De nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme,* Bruylant, 2005, p. 279.
MOULY J., **MARGUÉNAUD J.-P.**, « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte », *RDT*, 2008, p. 16.
MOULY J., **MARGUÉNAUD J.-P.**, « Convention européenne des droits de l'homme et droits du travail », *LPA*, 2008, n° 123, p. 4.
MOULY J., « La confidentialité de l'affiliation syndicale ou l'avènement, en droit interne, de la "vie privée professionnelle" », *D.*, 2010, p. 282.
MOURGEON J., « Le droit de priorité est-il absolu ou relatif ? », *Gaz. Pal.*, 1964, 2, Doctr. 60.
MOURY J., « L'acceptation de l'offre de contrat ou de modification du lien contractuel peut-elle résulter du silence de l'une des parties ? », *D.*,1994, p. 69.
MOUSSY P., « Un pas en avant, deux pas en arrière (à propos de l'effet boomerang du "renouveau" du contrat de travail », *Dr. ouvr.*, 1999, p. 1.
MUIR WATT H., « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », in *Mélanges Y. LOUSSOUARN*, 1994, Dalloz, p. 303
MURBACH M., « Théorie générale des pouvoirs d'investigation : l'investigation proactive », *AJ Pénal*, 2011, p. 506.

N.

NAFTALSKI F, RAYNAL F., « La délibération de la CNIL du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitement de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle : des principes aux difficultés pratiques », *RLDI*, février 2006, p. 55.
NERSON R., « La protection de l'intimité », *Journal (belge) des Tribunaux*, 1959, p. 713.
NERSON R., « Le silence », in *Eranion in honorem Georgii S. Maridakis*, tome 2, Genikē theōria kai philosophia dikaiu, idiōtikon dikaion, politikē dikonomia, p. 399.

O.

OCHOA N., « Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition », *RFDA*, 2015, p. 1157.

P.

PACLOT Y., « Les diverses facettes du secret des affaires », *Dr. et patr.*, n° 102, 2002, p. 70.
PAGNERRE Y., « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », *Dr. soc.*, 2016, p. 727, spéc. n° 8.
PARENT W. A., « A new definition of privacy for the law », *Law and Philosophy*, Vol. 2, n° 3 (Déc. 1983), p. 305.
PEANO M.-A., « L'intuitus personae dans le contrat de travail », *Dr. soc.*, 1995, p. 129.
PÉCAUT-RIVOLIER L., « Donner l'information : les obligations du salarié », *Dr. soc.*, 2013, p. 103.
PÉLISSIER J.-M., « La réintégration des représentants du personnel et des délégués syndicaux : conquête ou revendication ? », *D.*, 1969, Chr. p. 197.
PÉLISSIER J., « La perte de confiance n'est pas en soi un motif de licenciement » : *D.*, 1991, p. 190.
PÉLISSIER J., « Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », in *Mélanges offerts à P. Couvrat*, PUF, 2002 p. 101.
PÉLISSIER J., « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de **«** travail », *RJS*, 2004, p. 3.
PERREAU H.-E., « Des droits de la personnalité », *RTD civ.*, 1909, p. 501
PETIT F., « Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales », *D. affaires*, 1998, chron. p. 826.
PETTITI C., « Le droit des fouilles dans les entreprises et les locaux commerciaux », *JCP G*, 1989, n° 3373.
PICOD Y., « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », *in Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1983.
PICOD Y., « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP*, 1988, I, 3318.
POHÉ-TOKPA D., « La bonne foi du salarié dans la conclusion du contrat de travail », in *Études à la mémoire de Christian Lpoyage-Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 493.
POLIN R., « Le sens du privé dans l'opposition du privé et du public », *in Archivo di filosofia*, « Il publico ei il privato », 1979, II-III, Padova, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, p. 173.
PORACCHIA D., « Secret et confidentialité dans les rapports de travail », *SSL*, 2008, n° 1352, p. 27.
PORTA J., « Discrimination, égalité et égalité de traitement. A propos, des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination », 1ère Partie, *RDT*, 2011, p. 290.
POULAIN G., « Les conséquences de l'inégalité sur la situation juridique du travailleur », *Dr. soc.*, 1981, p. 754.
POUSSON-PETIT J. *, Le droit à l'anonymat*, in Mélanges L. Boyer, PUT, 1996, p. 596.
PRALUS-DUPUY J., « L'incidence d'un jugement de relaxe sur le licenciement du salarié », *D.*,1990, p. 70.
PROUST O., État des lieux sur la proposition de loi du Sénat visant à modifier la loi « Informatique et libertés », *RLDI*, 2009/55, n° 1823, p. 39.

R.

RADÉ C., « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.* 2001 p. 802.
RADÉ C., « Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité ? », *in Le solidarisme contractuel*, sous la direction de L. GRYNBAUM et M. NICOD, Economica, 2004, p. 75.
RAY J.-E., « Les transformations du droit du travail », in *Étude offert à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p.11.
RAY J.-E., « L'égalité et la décision patronale », *Dr. soc.*, 1990, p. 83.
RAY J.-E., « Une loi macédonienne ? Étude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992, "Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles" », *Dr. soc.*, 1993, p. 103.
RAY J.-E., « Quelques questions autour de la loi Aubry I », *Dr. soc.*, 1998, p. 764.
RAY J.-E., « La légitime censure des télétravaux forcés », *Dr. soc.*, 2001, p. 1039.
RAY J.-E., « Géolocalisation, données personnelles et droit du travail », *Dr. soc.*, 2004, p. 1077.
RAY J.-E., « Droit du travail et TIC (III) », *Dr. soc.*, 2007, p. 423.
RAY J.-E., « D'un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail », *Dr. soc.*, 2010, p. 3.
RAY J.-E., « Facebook, le salarié et l'employeur », *Dr. soc.*, 2011, p. 128.
RAY J.-E., « Actualités des NTIC », *Dr. soc.*, 2013 p. 978
RENAUX-PERSONNC V., « De la contractualisation obligatoire à la décontractualisation possible des objectifs », *RJS*, 2001, p. 99.
RENUCCI J.-F., chron. ss CEDH, Ass. plénière, 25 mars 1992, *D., 1992,* p. 323.
REVET T., « Objectivation ou subjectivation du contrat, quelle valeur juridique », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. C. Jamin, D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 83.
RICHEVAUX M., « Vie privée et refus d'embauche », *Dr. ouvr.* 1980, p. 391.
F. RIGAUX, « La liberté de la vie privée », *RIDC*, 1991/3. 539, spéc. p. 541
F. RIGAUX, « La vie privée. Une liberté comme les autres ? », *Travaux de la Faculté de Droit de Namur,* t. 17, Larcier, Bruxelles, 1992, Première leçon : « La liberté de la vie privée. De l'éclosion à l'explosion », p. 1 et s.
RIPERT G., « L'exercice des droits et la responsabilité civile », *Rev. crit. lég. jur.*, 1906, p. 352.
RIPERT G., « Abus ou relativité des droits », *Rev. crit. lég. jur.*, 1929, p. 33.
RIVERO J., « Note sur le règlement intérieur », *Dr. soc.*, 1979, p. 1.
RIVERO J., « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 1982, p. 423.
RIVERO J., « Vers de nouveaux droits de l'homme », *Revue des sciences morales et politiques*, 1982, p. 673.
RIVERO J. : « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », *in Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XIV, p. 351.
ROBIN G., « Le principe de bonne foi dans les contrats internationaux », *RDAI*, 2005, p. 695.
RODIÈRE P., « Sur les effets directifs du droit (social) communautaire », *RTD Europe*, 1991, p. 565.
ROGER M., « Les effets de la délinquance d'un salarié sur son contrat de travail », *Dr. soc.*, 1980., p. 173.
RONGÈRE H., « À la recherche de la discrimination introuvable : l'extension de l'exigence d'égalité entre salariés », *Dr. soc.*, 1990, p. 99.

S.

SAINT-PAU J.-Ch., « La distinction des droits de la personnalité et l'action en responsabilité civile », in *Etudes offertes à H. GROUTEL, Responsabilité civile et assurances*, 2006, Litec, p. 405.
SALEILLES R., « De l'abus de droit », *Bulletin de la société d'études législatives*, 1905, p. 325.
SAVATIER J., « La liberté dans le travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 49.
SAVATIER J., « Le licenciement, à raison de ses mœurs, d'une association à caractère religieux », *Dr. soc.*, 1991, p. 485.
SAVATIER J., « La protection de la vie privée des salariés », *Dr. soc.*, 1992, p. 329.
SAVATIER J., « L'application du droit du travail entre les maîtres et les établissements privés d'enseignement », *Dr Soc.*, 1992, p. 439
SCHEUNER U., « Confrontation de la jurisprudence des tribunaux nationaux avec la jurisprudence des organes de la Convention en ce qui concerne les droits autres que judiciaires », in *Les droits de l'Homme en droit interne et en droit international*, Actes du *2ème* colloque international sur la Convention européenne des droits de l'Homme, Vienne, 10-20 octobre 1965, Presses universitaires de Bruxelles, 1968, p. 347.
SINAY H., « La réintégration dans l'entreprise », *in* Les transformations en droit du travail – Études offertes à G. Lyon-Caen, *Dalloz*, 1989, p. 415.
SKINNER Q., « Les idéaux républicains de liberté et de citoyenneté », *Rue Descartes*, n° 3, « Citoyenneté, démocratie, république », 1992, p. 15.
STOFFEL-MUCK Ph., « Le préjudice moral des personnes morales », *in* Libre droit, *Mélanges Ph. le TOURNEAU*, 2008, Dalloz, p. 959.
STRUILLOU Y., « Conditions d'appréciation et de contestation de l'inaptitude du salarié pendant la période d'essai », *Dr. soc.*, 2009, p. 941.
SUHAS M., « L'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse : une notion canadienne », *Constitutions*, 2011, p. 205.
SUPIOT A., « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *Rev. Trim. Dr. com.*, 1985, p. 623.
SUPIOT A., « La réglementation patronale de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1992, p. 215.
SUPIOT A., « Principe d'égalité et limites du droit du travail », *Dr. soc.*, 1992, p. 382.
SWEENEY M., « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination », *RDT*, 2012, p. 87.

T.

TABATONI P., « Indétermination et protection de la vie privée. Points de vue », in *La protection de la vie privée dans la société de l'information*, PUF, 2002.
TAF-FOREAU P., « L'être et l'avoir ou la patrimonialisation de l'image des personnes », *Comm. com. élec.*, 2007, Etude n° 9.
TAYLOR C., « What's wrong with negative liberty ? », *in The idea of freedom*, éd. A. Ryan, Oxford University Press, Oxford, 1979, réimpr. *in Readings in social ans political philosophy*, éd. E. M. Stewart, Oxford University Press, New York, 1986.
TEYSSIÉ B., « Sur un fragment de la loi n° 94-126 du 11 février 1994 : commentaire de l'article L. 120-3 du Code du travail », *Dr. soc.*, 1994, p. 667.
TISSOT (de) O., « La protection de la vie privée du salarié », *Dr. soc.*, 1995, p. 222.
TORRÈS C., « La mesure de la diversité sociale au sein des entreprises et la protection des données personnelles : une question sensible », *Gaz. Pal.*, 24-25 octobre 2008, p. 26.

TRICOIT J.-P., « La chambre sociale de la Cour de cassation face à la prolifération des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux », *Dr. soc.*, 2012, p. 178.
TRICOIT J.-P., « Recrutement, rupture du contrat de travail et TIC », *JCP S*, n° 40, 2013, 1381.

U.

URBAN Q., « La "bonne foi", un concept utile à la régulation des relations de travail », *in* Le droit social – Le droit comparé, Études dédiées à la mémoire de Pierre ORTSCHEIDT, Annales de la faculté de droit de Strasbourg, 2003, n° 6, Presses universitaires de Strasbourg, spéc. p. 342.

V.

VASSEUR-LAMBRY F., « La bonne foi dans les relations individuelles de travail », *LPA*, 2000, n° 55, p. 4.
VERDIER J.-M., « Du contrat au statut et du droit individuel aux libertés publiques », *JCP G*, 1971, I, 2422.
VERDIER J.-M.,, « Travail et libertés », *Dr. soc.*, 1982, p. 418.
VERDIER J.-M., « Libertés et travail, problématiques des droits de l'homme et rôle du juge », *D.*, 1988, p. 63.
VERNAC S., « L'évaluation des salariés », *D.*, 2005 p. 924.
VIENNE R., « Les écoutes téléphoniques au regard de la Cour européenne des droits de l'homme », *Mélanges Georges LEVASSEUR*, Litec, 1992, p. 263.
VIGNEAU C., « Le rattachement des faits de la vie personnelle à la vie professionnelle : la Cour de cassation persiste », *Dr. soc.*, 2008, p. 818.
VIGNEAU C., « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Dr. soc.*, 2004, p. 706.
VIGOUROUX Ch., « Le droit de se taire », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois, Le dialogue des juges*, Dalloz, p. 1113.

W.

WACHSMANN P., « Le droit au secret de la vie privée », i*n Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Bruylant, 2005, p. 120.
WAQUET Ph., « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *CSBP* 1994, n°64, p. 289.
WAQUET Ph., « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *RJS*, 1996, p. 793.
WAQUET Ph., « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gaz. Pal*., 1996, p. 1427.
WAQUET Ph., Le renouveau du contrat de travail », RJS, 5/99, p. 383.
WAQUET Ph., « Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail », *Dr. soc.* 1999, p. 566.
WAQUET Ph., « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », *Dr. soc.*, 2000, p. 1051.
WAQUET Ph., « Le principe d'égalité en droit du travail », *Dr soc.*, 2003, p. 276.
WAQUET Ph., « L'évaluation des salariés », *SSL*, 2003, n° 1126, p. 7.

WAQUET Ph., « Le “trouble objectif dans l’entreprise” : une notion à redéfinir », *RDT*, 2006, p. 304.
WAQUET Ph., « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *Dr. soc.*, 2010, p. 14.
WARREN S., L. BRANDEIS L., « The right to privacy », *Harvard Law Review*, 1890 ; *in* R. Wacks (dir.), Privacy vol. II, p. 5.
WILLMANN Ch., « Statistiques ethniques en entreprise : le Conseil constitutionnel pose de nouvelles conditions », *Dr soc.,* 2008, p. 166.

Y.

YAMAGUCHI T., « Le pouvoir de direction dans les entreprises japonaises », *in* Les transformations du droit du travail, *in Étude offert à G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989*, p. 431.

V / NOTES, OBSERVATION ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

A.

ADAM P., obs. ss Cass. soc., 28 novembre 2007, *RDT*, 2008, p. 180.
ADAM P., note ss CE 15 décembre 2010, *RDT*, 2011, p. 116
ADAM P., étude ss Cass. soc., 19 mars 2013, *RDT*, 2013, p. 385.
ADAM P., obs. ss Cass. soc., 6 février 2013, *RDT*, 2013, p. 630.
ADAM P., note ss CEDH, 6 juin 2016, *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 211.
ADAM P., HUGLO J.-G., note ss Cass. soc., 9 avril 2015, *SSL*, n° 1672, p. 5.
ADER B., note ss Cass. civ. 1ére, 30 mai 2000, *Légipresse*, 2000, III, p. 136.
AGOSTINI Ch., vote ss Cass. civ. 1ère, 6 juillet 2005, *D.*, 2006, p. 1424.
ALDIGÉ B., avis ss Cass. soc., 19 mars 2013, *D.*, 2013, p. 956.
ALDIGÉ B., avis s Cass. soc., 9 avril 2015, *JCP S*, 2015, n° 1225.
ARDANT Ph., note ss Cass. Ass. plén., 19 mai 1978, *D.*, 1978, p. 541.
ARLIE D., note ss Cass. soc., 3 juillet 1990, *LPA*, 1992, n° 89, p. 41.
AMSON D., obs. ss CA Paris, 12 octobre 1988, *D.*, 1990, somm. p. 350.
ANTONMATTEI P.-H., Cass. soc., 8 décembre 2009, *JCP S*, 2010, n° 1091
ANTONMATTEI P.-H., obs. ss Cass. soc., 29 juin 2011, *Dr. soc.*, 2012, p. 536.
ASTAIX A., obs. ss Cass. soc., 13 avril 2005, *RTD civ*., 2005, p. 1248.
ASTAIX A., note ss CEDH, 23 septembre 2010, *DA*, 1er octobre 2010.
ASTAIX A., obs. ss CPH Boulogne-Billancourt, 19 novembre 2010, *D.*, 2010, p. 2846.
AUBERT J.-L., obs. ss Cass. civ. 3ème, 25 février 2004, *Defrénois*, 2004, p. 1721.
AUBERT M., BROUSSY E. et CASSAGNABÈRE H., chron. ss CJUE, 8 avril 2014, *AJDA*, 2014, p. 1147.
AUBERT M., BROUSSY E., CASSAGNABÈRE H., obs. ss CJUE, 13 mai 2014, *AJDA*, 2014, p. 1147.
AUBERT-MONPEYSSEN T., obs. ss Cass. soc., 22 février 2000, *D.* 2000, p. 377.
AUBERT-MONPEYSSEN T., obs. ss Cass. soc., 23 mai 2007, *RDT*, 2007, p. 586.
AUZERO G., obs. ss Cass. soc., 12 juillet 2005, *JCP E*, 2005, n° 1711.
AUZERO G., note ss Cass. soc., 12 juillet 2006, *Bull. Joly*, 2006, p. 1429, § 293.
AUZERO G., obs. ss Cass. soc., 14 octobre 2008, *RDT*, 2008, p. 731.
AYNÈS L., obs ss Cass. civ. 3ème, 21 février 2001, *D.*, 2001 p. 3236.

B.

BACQUET A., concl ss CE 1er février 1980, *Dr. soc.*, 1980, p. 310.
BARÈGE A., note ss Cass. soc., 12 juillet 2010, *JCP S*, 2010, n° 1457.
BARÈGE A., BOSSU B, note ss Cass. ch. mixte,18 mai 2007, *JCP S,* 2007, 1538.
BARTHÉLÉMY J., obs. ss Cass. soc., 12 juillet 2005, *Dr. soc.*, 2005, p. 1037.
BEAL S., C. TERRENOIRE C., note ss Cass. soc., 14 octobre 2008, *JCP E*, 2009, n° 1125.
BEAUSSONIE G., note ss Cass crim., 16 novembre 2011, *D.*, 2012, p. 137.
BÉNABOU V.-L., ROCHFELD J., note ss CJUE, 13 mai 2014, *D.*, 10 juill. 2014, p. 1477.
BERAUD J.-M., rapp. Cass. soc., 28 novembre 2007, *Dr. ouvr.*, 2008, p. 49.
BESROUR R., obs. ss CEDH, 16 avril 2002, *JCP G*, 2002, I, 153.
BIGOT C., obs. ss CEDH, 21 janvier 1999, *RTDH,* 1999, p. 673.
BIGOT C., note ss Cass. civ. 1ère, 3 avril 2002, *D.*, 2002, p. 3164.
BIGOT C., obs. ss Cass. civ. 1ère, 15 mai 2007, *D.*, pan. p. 2773.
BILLIAU M., note ss Cass. Ass. plén., 25 février 2000, *JCP G*, 2000, II, 10295.
E, 2009, chr. n° 1674.

BIRSAN C., obs. ss CEDH, 16 avril 2002, *D.*, 2003, p. 527.
BIZEUR F., TRICOIT J.-P., note ss CA Grenoble, ch. soc., 18 avril 2007, *JCP S*, 2008, n° 1064.
BLAISE H., obs. ss Cass. soc. 10 juillet 1996, *Dr soc.*, 1996, p. 976.
BONNAMY S., note ss CA Bordeaux, 27 novembre 2012 : *SSL*, n° 1556, 7 janv. 2013.
BOSSU B., obs. ss Cass. soc., 28 mai 2003, *RJPF*, 2003-9/12.
BOSSU B., note ss Cass. soc., 25 janvier 2006, *JCP G*, n°13, II, 10049.
BOSSU B., note ss Cass. soc., 7 juin 2006, *JCP S,* 2006, n° 1917.
BOSSU B., note ss Cass. soc., 14 octobre 2008, *JCP S*, 2008, n° 1668.
BOSSU. B, note ss Cass. soc., 12 novembre 2008, *JCP S*, 2009, n° 1111.
BOSSU B., note ss Cass. soc., 3 juin 2009, *JCP S*, 2009, n° 1476.
BOSSU B., note ss Cass. soc., 23 septembre 2009, *JCP S*, 2010, n° 1027.
BOSSU B., note ss Cass. soc., 15 décembre 2009, *JCP S*, 2010, n° 1172.
BOSSU B., note ss Cass. soc., 2 février 2011, *JCP S*, 2011, n° 1313.
BOSSU B., note ss Cass. soc. 28 avril 2011, *JCP S*, 2011, n° 1374.
BOSSU B., note ss Cass. soc., 11 janvier 2012, *JCP S*, 2012, n° 1164.
BOSSU B., note ss Cass. soc., 23 mai 2012, *JCP S*, 2012, n° 1371.
BOSSU B., note ss Cass. soc., 12 février 2013, *JCP S*, 2013, n° 1217.
BOSSU B., note ss Cass. soc., 19 mars 2013, *JCP S*, 2013, n° 1146.
BOSSU B., note ss Cass. civ. 1ère, 10 avril 2013, *JCP S*, 2013, n° 1237.
BOSSU B., note ss Cass. soc., 14 janvier 2014, *JCP S*, 2014, n° 1213.
BOSSU B., note ss Cass., Ass. plén., 25 juin 2014, *JCP S*, 2014, n° 1287.
BOSSU B., note ss Cass. soc., 8 octobre 2014, *JCP S*, 2015, n° 1057.
BOSSU B., note ss Cass. Soc., 5 novembre 2014, *JCP S*, 2014, n° 1046.
BOSSU B., note ss Cass. com., 10 février 2015, *JCP S*, 2013, n° 1155.
BOSSU B., note ss Cass. soc., 23 septembre 2015, *JCP S*, 2015, n° 1429.
BOSSU B., note ss Cass. soc., 26 janvier 2016, *JCP S*, 2016, n° 1087.
BOSSU B., MORGENROTH T., note ss Cass. soc., 3 novembre 2011, *RDT*, 2012, p. 156.
BOUDIAS B., note ss Cass. soc., 2 décembre 2003, *D.*, 2004, p. 2462.
BOUJEKA A., note ss CJUE, 17 juillet 2008, *RDSS*, 2008, p. 865.
BOULMIER D., note ss Cass. soc., 19 novembre 2014, *Dr. soc.*, 201, p. 83.
BOULMIER D., obs. ss Cass. soc., 5 novembre 2014, *Dr. soc.*, 2015, p. 81.
BOULOC B., obs. ss Cass. crim., 19 mai 2004, *RTD com*., 2004, p. 824.
BOUSSEZ F., obs. ss Cass. soc., 6 février 2013, *JCP S*, 2013, n° 1385.
BOUTON J., note ss Cass. soc., 15 décembre 2011, *RDT*, 2012, p. 291.
BRÉGOU A., BRUGUIÈRE J.-M., obs. ss CA Paris, 10 septembre 2008, *D.*, 2008, p. 2985.
BRETZNER J.-D., obs. ss Cass. soc., 23 mai 2012, *D.*, 2012, p. 2827.
BROUANT J.-P., CARRAZ M., obs. ss Cass. soc., 13 avril 2005, *RDI*, 2005, p. 284.
BROUSSY E., DONNAT F., LAMBERT C., chron. ss CJUE, 17 juillet 2008, *AJDA*, 2008, p. 2327.
BRUGUIÈRE J.-M., MALLET-POUJOL N., VIVANT M., obs. ss Cass. crim., 3 juin 2008, *JCP*
BRUGUIÈRE J.-M., note ss CA Versailles, 22 septembre 2005, *Légipresse*, 2006, III, p. 109.
BRUGUIÈRE J.-M., note ss Cass. civ. 1ère, 7 novembre 2006, *D.*, 2007, p. 700.
BRUN P., note ss Cass. Ass. plén., 25 février 2000, *D.*, 2000, Jur., p. 673.
BUGADA A., obs. ss Cass. soc., 14 janvier 2014, *Procédures*, 2014, comm. n° 75.
BUGADA A., note ss Cass. soc., 5 novembre 2014, *Procédures*, 2015, comm. n° 1.
BUGADA A., note ss Cass. soc., 26 janvier 2016, *Procédures,* 2016, comm. n° 98.
BUSSEUIL G., note ss CJUE, 13 mai 2014, *JCP E*, 2014, n° 1327.

C.

CAPRIOLI E. A., note ss Cass. soc., 8 décembre 2009, *Comm. com. électr.*, 2010, comm. 31.
CAPRIOLI E. A., obs. ss TGI Paris, ord. réf., 7 juillet 2014, *Comm. Com. Elec.*, 2014, n° 81.
CARON Ch., obs. ss TGI Paris, 5 janvier 2000, *D.*, 2001, somm. p. 1992.
CARON Ch., obs. ss Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, *D.,* 2002, Pan. p. 2296.
CARON Ch., obs. ss CA Versailles, 21 mars 2002, *D.*, 2002, somm. p. 2374.
CARON Ch., obs. ss, *D.*, 2003, somm. p. 1543.
CARON Ch., obs. ss Cass. civ. 1ère, 9 juillet 2003, *D.*, 2004, somm. p. 1633.
CARON Ch., obs. ss Cass. civ. 3ème, 25 février 2004, *D.*, 2004, p. 1631.
CARON Ch., obs. ss CA Versailles, 22 septembre 2005, *Comm. com. élec.*, 2006, Comm. n° 4.
CARON Ch, TOURNAFOND O., obs. ss Cass. civ. 3ème, 21 février 2001, *D.*, 2002, p. 927.
CASANOVA A., note ss CJUE, 13 mai 2014, *RLDI*, juillet 2014, n° 3537, p. 87.
CASTETS-RENARD C., note ss. CJUE, 8 avril 2014, *D.*, 2014, p. 1355.
CASTETS-RENARD C., note ss CJUE, 13 mai 2014, *RLDI*, juillet 2014, n° 3535, p. 68.
CATALA N., note ss Cass. soc., 14 juin 1972, *D.*, 1973, p. 114.
CHAMBON P., note ss Cass. crim. 9 octobre 1978, *RSC*, 1979, p. 560.
CHAUVY Y., concl. ss Cass. soc., 20 novembre 1991, : *D.*, 1992, Jur. 73.
CHELLE D., PRÉTOT X., obs. ss CE, 12 juin 1987, *D.*, 1989, Somm. p. 65.
CHEVILLARD A., note ss CA Paris, 7 juin 1990 : *JCP E*, 1991, II, 191.
CHEVRIER E., obs. ss Cass. soc., 28 mars 2006, *DA*, 5 avril 2006.
CHOISSY M.-G., note ss CA Rennes, 3ème ch., 6 février 1996, *LPA*, 2 juin 1997, n° 66, p. 11.
CHOISSY M.-G., note ss CA Versailles, 2 juillet 1997, *LPA*, 1997, n° 138, p. 7.
CHONNIER J.-M., obs. ss concl. SHARPSTON, CJUE, 13 juillet 2016, JCP S, 2016, act. n° 324.
CLAY T., obs. ss Cass. civ. 1ère, 6 juillet 2005, *D.*, 2005, Somm. p. 3050.
COHET-CORDET F., obs. ss Cass. civ. 3ème, 21 février 2001, *AJDI*, 2002, p. 70.
COHEN M., obs. ss Cass. soc., 28 avril 1988, *Rev. prat. dr. soc.*, 1988, p. 218.
COHEN M., obs. ss Cass. soc., 14 octobre 1997 : *Dr. soc.*, 1997, p. 1108.
COMBE M., note ss T. com. Paris, 1ère ch., 28 janvier 2014, *RLDI*, juin 2014, n° 3494, p. 36.
CORLAY P., note ss Cass. crim., 8 janvier 1979, *D.*, 1979, p. 509.
CORNU G., obs. ss Cass. Ass. plén., 19 mai 1978, *RTD civ.*, 1978, p. 665.
CORRIGNAN-CARSIN D., note ss Cass. soc., 2 décembre 2003, *JCP G*, 2004 II, 10025.
CORRIGNAN-CARSIN D., note ss Cass. soc., 28 mai 2003, *JCP*, 2003, II, 10128.
CORRIGNAN-CARSIN D., note ss Cass. soc., 7 octobre 1992, *JCP*, 1993, II, 22148.
CORRIGNAN-CARSIN D., note ss Cass. soc., 31 mai 2006, *JCP G*, 2006, II, 10135.
CORRIGNAN-CARSIN D., note ss Cass. soc., 23 juin 2009, *JCP G*, 2009, n° 243.
CORRIGNAN-CARSIN D., note ss Cass. soc., 3 mai 2011, *JCP S*, 2011, n° 1312
CORRIGNAN-CARSIN D., note ss Cass. soc., 3 novembre 2011, *JCP E*, 2012, n° 1926..
CORRIGNAN-CARSIN D., note ss Cass. soc., 19 mars 2013, *JCP*, 2013, p. 542.
COSTES L., obs. ss TGI Béthune, 14 décembre 2010, *RLDI*, 2011, n°67, p. 42.
COLONNA J., note ss Cass. soc., 16 mars 2004, *JCP E*, 2004, n° 1499.
COLONNA J., RENAUX-PERSONNIC V., note ss Cass. ass. plén., 22 avril 2011, *JCP E*, 2011, n° 1491.
COSTE J., obs. ss Cass. crim., 19 mai 2004, *AJ pénal,* 2004, p. 286.
COSTES L., note ss CA Montpellier, 5ème ch., sect. A, 15 décembre 2011, *RLDI*, janvier 2012, n° 2644, p. 59.
COSTES L., obs. ss T. com. Paris, 1ère ch., 28 janvier 2014, *RLDI*, avril 2014, n° 3438, p. 57.
COSTES L., obs. ss CJUE, 8 avril 2014, *RLDI*, n° 3464, p. 44.

COSTES L., obs. ss CJUE, 13 mai 2014, *RLDI*, juin 2014, n° 3500, p. 51.
COUTURIER G., obs. ss Cass. soc., 28 avril 1988, *Dr. soc.*, 1988, p. 428.
COUTURIER G., obs. ss Cass. soc., 19 novembre 1996, *Dr. soc.*, 1997, p. 95.
COUTURIER G., note ss Cass. soc., 27 octobre 1999, *Dr. soc.*, 2000, p. 185.
COUTURIER G., obs. ss Cass. soc. 9 juillet 2008, *Dr. soc.*, 2008, p. 1146.
CROZE H., note ss Cass. crim., 29 avril 1986, *JCP G*, 1987, II, 20788.

D.

DAIGRE J.-J., note ss CJCE, 22 novembre 2005, *Rev. Sociétés*, 2006, p. 333.
DALEAU J., obs. ss Cass. crim., 13 janvier 2009, *DA*, 12 février 2009.
DAMAS N., obs. ss Cass. civ. 3ème, 25 février 2004, *D.*, 2005, p. 753.
DAUXERRE N., note ss Cass. soc., 26 janvier 2016, *JCP S*, 2016, n° 1141.
DE CLAUSADE J., concl. ss CE, 25 janvier 1989, *Dr. soc.*, 1989, p. 201.
DE CLAVIÈRE B., obs. ss Cass. soc., 9 avril 2015, *RTD eur.*, 2016, n° 374-18.
DE LAMY B., note ss CEDH, 28 octobre 1999, *Dr. fam.*, 2001, comm. n° 90.
DE LAMY B., obs. ss Cass. crim., 19 mai 2004, *D.*, 2004, p. 2748.
DE LAMY B., note ss Cass. crim., 22 septembre 2004, *D.*, 2005, p. 411.
DE QUENAUDON R., obs. ss Cass. soc., 18 octobre 2006, *RDT*, 2006, p. 395.
DE QUENAUDON R., SACHS-DURAND C., obs. ss Cass. soc., 29 janvier 2008, *RDT*, 2008, p. 242.
DEBET A., note ss CA Montpellier, 5ème ch., sect. A, 15 décembre 2011, *Comm. com. électr.*, 2012, comm. n° 41.
DEBET A., note ss CJUE, 13 mai 2014, *Comm. com. électr.*, 2014, étude n° 13.
DECHRISTÉ C., obs. ss Cass. soc., 18 mars 2009, *D.*, 2009, p. 1093.
DEJOUR C., LAULOM S., MAZARS M.-F., étude ss Cass. soc., 29 juin 2011, *RDT*, 2011, 481.
DELAPORTE-CARRÉ C., obs ss Cass. civ. 1ère, 15 mai 2007, *D.*, 2007, AJ, 1603.
DELEBECQUE P., note ss Cass. civ. 1ère, 10 mai 1995, *Defrénois*, 1995, p. 1038.
DELEBECQUE P., obs. ss Cass. Ass. plén., 25 février 2000, *D.*, 2000, somm., p. 467.
DELPECH X., obs. ss Cass. com., 8 mars 2005, *D.*, 2005, AJ, p. 883.
DERIEUX E., note ss CEDH, 21 janvier 1999, J*CP G*, 1999, II, 10120.
DERIEUX E., note ss CJUE, 8 avril 2014, *RLDI*, mai 2014, n° 3426, p. 36.
DETRAZ S., note ss Cass. crim., 20 octobre 2010, *JCP G*, 2010, n° 51, 1273.
DESGORCES R., obs. ss CA Paris, 22 mars 1999, *Comm. com. élec.*, 1999, n° 35.
DESGORCES R., obs. ss Cons. const., 23 juillet 1999, *Comm. com. élec.*, 1999, Comm. n° 52.
DOCKÈS E., chron. ss Cass. soc., 19 mars 2013, *Dr. soc.*, 2013, p. 388.
DOUCET J.-P., note ss Cass. crim., 29 juin 1999, *Gaz. Pal.*, 15 février 2000, n° 46, p. 17.
DRAI L., note ss Cass. soc. 9 juillet 2008, *JCP S*, 2008, 1563.
DUQUESNE F., obs. ss Cass. crim., 4 janvier 2005, *Dr. soc.*, 2005, p. 708.
DUQUESNE F., note ss Cass. crim., 19 juin 2013, *JCP S*, 2014, comm. n° 1128.
DUMONT F., note ss Cass. ass. plén., 22 avril 2011, *JCP*, 2011, n° 723.
DUMORTIER G., concl. ss CE 15 décembre 20, *RDT*, 2011, p. 99.
DURAND P., note ss Cass. soc. ,16 juin 1945, *Dr. soc.*, 1946, p. 427.

E.

ECOUTIN H., concl. ss Cass. soc., 28 avril 1988, *Dr. soc.*, 1988, p. 428.
ESCANDE-VARNIOL M.-C., note ss Cass. soc., 16 décembre 1997, *JCP*, 1998, II, 10101.
ESCANDE-VARNIOL M.-C, note ss Cass. soc., 7 juin 2006, *D.*, 2006, p. 3041.

F.

FABRE-MAGNAN M., obs. ss Cass. civ. 1ère, 10 mai 1995, *JCP G*, 1996, I, 3914.
FAGES B., MESTRE J., obs. ss Cass. civ. 3ème, 21 février 2001, *RTD civ.*, 2001, p. 353.
FARNOCCHIA S., CA de Saint-Denis de la Réunion, 9 septembre 1997, *D.,* 1998, p. 546.
FAVENNEC-HÉRY F., note ss Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, *RJS*, 2001, n° 1394.
FAVENNEC-HÉRY F., note ss Cass. soc., 17 mai 2005, *JCP S*, 2005, comm. n° 1031.
FAVENNEC-HÉRY F., obs. ss Cass. soc., 7 juin 2006, *Dr. soc.*, 2006, p. 926.
FEFFER A., obs. ss CE 1er février 1980, *AJDA*, 1980, p. 407.
FLAUSS J.-F., obs. ss CEDH, 23 juin 1993, *AJDA*, 1994, p. 32.
FLAUSS J.-F., chron. ss CEDH, 22 février 1994, *AJDA,* 1994, p. 511.
FLAUSS J.-F., obs. ss CEDH, 16 avril 2002, *AJDA*, 2002, p. 502.
FOREST D., note ss CJUE, 13 mai 2014, *RLDI*, juillet 2014, n° 3536, p. 76.
FOURMENT F., note ss Cass. Ass. plén., 7 janvier 2011, *D.*, 2011, p. 562.
FRAISSE W., obs. ss Cass. soc., 14 janvier 2014, *DA*, 30 janvier 2014.
FRAISSE W., obs. ss Cass.soc., 8 octobre 2014, *DA*, 30 octobre 2014 ; *RJS*, 12/2014, n° 890.
FRAISSE W., obs. ss Cass. soc., 13 novembre 2014, *DA*, 7 juillet 2014.
FRAYSSINET J., obs. ss CE, 30 novembre 1994, *AJDA*, 1995, p. 567.
FRAYSSINET J., note ss CE, 30 juillet 1997, *JCP G*, 1997, II, 22950.
FRICERO N., obs. ss CEDH, 21 janvier 1999, *D.*, 1999, somm., p. 272.
FROUIN J.-Y., chron. ss Cass. soc., 21 novembre 2000, *RJS*, 1/01, n°26.
FROUIN J.-Y., obs. ss Cass. soc., 13 mars 2001, *Dr. soc.*, 2001, p. 558.
FROUIN J.-Y., note ss Cass. soc., 18 octobre 2006, *JCP S*, 2006, n° 1946.

G.

GABA H. K., note ss Cass. crim., 11 mai 2004, *D.*, 2004, jur., p. 2326.
GALLOUX J.-C., obs. ss CEDH, 17 février 2005, *D.*, 2006, Pan. 1206.
GAMET L., obs. ss CA Nîmes, 22 novembre 2002, *D.*, 2003, p. 2920.
GARDIN A., obs. ss Cass. soc., 10 janvier 2012, *RDT*, 2012, p. 223.
GARDIN A., note ss CEDH, 3 octobre 2013, *RJS*, 2014, 73.
GARRAUD E., note ss Cass. soc., 12 janvier 1999, Rev. jur. personnes et famille, mai 1999, n° 3, p. 8.
GARRAUD E., note ss Cass. civ. 3ème, 25 février 2004, *RJPF*, mai 2004, p. 12.
GAUDU F., note ss Cass. soc., 29 novembre 1990, Dr. soc., 1992, p. 32.
GAUTIER P.-Y., obs. ss Cass. soc., 20 novembre 1991, *RTD civ.,* p. 418.
GAUTIER P.-Y., note ss Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, *D.*, 2001, p. 3148.
GIRAULT C., note ss Cass. crim., 6 mai 2008, *D.*, 2008, p. 1555.
GRATTON L., obs. ss Cass. soc., 15 octobre 2014, *RDT*, 2015, p. 39.
GRAVELEAU Ph., obs. ss CE, 16 janvier 1985, *Gaz. Pal.*, 1985, 2, Panor. 413.
GRÉVY M., obs. ss Cass. soc. 17 mars 1999, *Dr. soc.*, 1999, p. 535.
GRÉVY M., obs. ss Cass. soc., 8 juillet 2009, *RDT*, 2009, p. 729.
GRIDEL J.-P., chron. ss Cass. civ. 1ère, 20 décembre 2000, *D.*, 2001, p. 885 et 882.
GRIGUER M., note ss CJUE, 13 mai 2014, *JCP E*, 2014, n° 1326.
GUERDER P., obs. ss Cass. civ. 1ère, 9 décembre 2003, *Gaz. Pal.*, 2005, somm. p. 1399.
GUIOMARD F., note ss Cass. soc., 28 mai 2003, *D.*, 2003, p. 2718.

H.

HAMON L., note ss Cons. const., du 16 janvier 1982, *D.*, 1983, p. 169.

HAUSER J., obs. ss Cass. civ. 1ère, 19 mars 1991, *RTD civ.*, 1991, p. 499.
HAUSER J., obs. ss Cass. soc., 17 avril 1991, *RTD civ.*, 1991, p. 706.
HAUSER J., obs. ss Cass. soc., 20 novembre 1991, *RTD civ.*, 1992, p. 365.
HAUSER J., obs. ss Cass. 1ère civ., 20 octobre 1993, *RTD civ.*, 1994, p. 77, n° 5.
HAUSER J., obs. ss CEDH, 22 février 1994, *RTD civ.*, 1994, p. 563.
HAUSER J., obs. ss CEDH, 25 novembre 1994, *RTD civ.*, 1995, p. 324.
HAUSER J., obs. ss Cass. crim., 23 mai 1995, *RTD civ.*, 1996, p. 130.
HAUSER J., obs. ss CA Paris, 30 octobre 1998, *RTD civ.*, 1999, p. 61.
HAUSER J., obs. ss Cass. soc., 12 janvier 1999, *RTD civ.*, 1999, p. 358.
HAUSER J., obs. ss CEDH, 21 janvier 1999, *RTD civ.*, 1999, p. 359.
HAUSER J., note ss Cass. civ. 1ére, 30 mai 2000, *RTD civ.*, 2000, p. 801.
HAUSER J., obs. ss Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, *RTD civ.,* 2002, p. 72.
HAUSER J., obs. ss Cass. soc., 6 novembre 2001, *RTD civ.*, 2002, p. 72.
HAUSER J., obs ss CEDH, 29 avril 2002, *RTD civ.*, 2002, p. 482.
HAUSER J., obs. ss Cass. soc., 28 mai 2003, *RTD civ.*, 2003., p. 680.
HAUSER J., obs ss Cass. civ. 1ère, 9 juillet 2003, *RTD civ.*, 2003, p. 680.
HAUSER J., obs. ss Cass. civ. 1ère, 9 décembre 2003, *RTD civ.*, 2004, p. 264.
HAUSER J., obs. ss Cass. civ. 3ème, 25 février 2004, *RTD civ.*, 2004, p. 482.
HAUSER J., obs. ss Cass. soc., 13 avril 2005, *RTD civ*., 2005, p. 572.
HAUSER J., obs. ss Cass. civ. 1ère, 7 février 2006, *RTD civ.*, 2006, p. 279.
HAUSER J., obs. ss Cass. civ. 1ère, 7 novembre 2006, *RTD civ.*, 2007, p. 87.
HAUSER J., obs. ss Cass. civ. 1ère, 15 mai 2007, *RTD civ*., 2007, p. 546.
HAUSER J., note ss Cass. civ. 1ère, 22 mai 2008, JCP G, 2008, IV, 2137.
HAUSER J., obs. ss CJUE, 17 juillet 2008, *RTD civ.*, 2008, p. 653.
HOUTCIEFF D., note Cass. com., 8 mars 2005, *RLDC*, juill./août 2005.
HUGLO J.-G., SCHWARTZ R., entretien ss Cass. soc., 19 mars 2013, *SSL*, 2013, n° 1577.

I.

IDOT L., obs. ss CJUE, 10 juillet 2008, *Rev. science crim.*, 2009, p. 197.
INÈS B., obs. ss Cass. soc., 12 février 2013, *DA*, 6 mars 2013.

J.

JEAMMAUD A., LE FRIANT M., note ss Cass. soc., 28 avril 1988, *Dr. ouvr.*, 1988, p. 250.
JEAMMAUD A., obs. ss Cass. soc., 18 février 1998, *Dr. soc.*, 1998, p. 506.
JEANSEN É., note ss Cass.soc., 8 octobre 2014, *JCP S*, 2014, Comm. n° 1248.
JOURDAIN P., obs. ss Cass. Ass. plén., 25 février 2000, *RTD civ.*, 2000, p. 582.

K.

KAYSER P., note ss Cass. 1ère civ., 28 mai 1991, *D.*, 1992, jurispr. p. 213.
KHODRI F., obs. ss Cass. soc., 3 juin 2009, *D.*, 2010. Pan. 342.
KLEITZ C., obs. ss CJUE, 13 mai 2014, *Gaz. Pal.*, 19 juin 2014, n° 170, p. 3.
KLEITZ C., obs. ss CJUE, 8 avril 2014, *Gaz. Pal.*, 17 avr. 2014, n° 107, p. 3.
KOBINA GABA H., note ss Cass. soc., 14 mars 2000, *D.*, 2001, p. 894.
KOBINA GABA H., note ss Cass. soc., 13 mars 2001, *D.*, 2001, Jur. p. 2339.

L.

LACHAISE G., note ss Cass. soc., 6 novembre 2001, *JCP E*, 2002, n° 1732.
LANGLOIS P., obs. ss Cass. soc., 26 juin 1980, *D.*, 1981, IR, p. 127.

LANQUETIN M.-T., MASSE-DESSEN H., obs. ss CJCE, 25 octobre 1988, *Dr. Soc.*, 1989, p. 551.
LAPOYADE-DESCHAMPS C., note ss CA Nancy, 25 novembre 1982, *D.*, 1985, p. 354.
LARDY-PÉLISSIER B., obs. ss Cass. soc., 30 avril 2003, *D.*, 2004, p. 178.
LARDY-PÉLISSIER B., note ss Cass. ass. plén., 22 avril 2011, *RDT*, 2011, p. 732.
LASSERE-CAPDEVILLE J., note ss Cass. civ. 1ère, 15 mai 2007, *JCP G*, 2007, II, 10155.
LAULOM S., note ss Cass. civ. 1ère, 5 novembre 1996, *D.*, 1997, p. 403.
LAVRIC S., Cass. civ. 1ère, 17 mars 2011, *D.*, 2011, p. 951.
LE BAUT-FERRASÈSE B., note ss CEDH, 29 avril 2002, *AJDA*, 2003, p. 1383.
LE STANC C., VIVANT M., chron. ss CA Paris, 1ère ch., sect. A, 22 juin 1993, *JCP E*, 1994, n° 359.
LE STANC C., obs. ss TGI Marseille, 11 juin 2003, *D.*, 2003, somm. p. 2825.
LEDIEU M.-A., obs. ss Cass. crim., 28 septembre 2004, *Comm. com. électr.*, 2005, alerte n° 60.
LEFRANC-HAMONIAUX C., note ss CA Metz, 22 mars 2005 : *D.* 2006, Jur. p. 489.
LEGEAIS D., obs. ss Cass. com., 8 mars 2005, *RTD com.*, 2005, p. 397.
LÉNA M., obs. ss Cass crim., 16 novembre 2011, *D.*, 2011, p. 2935.
LEPAGE A., obs. ss TGI Paris, 8 septembre 1999 : *Comm. com. élec.*, 2000, comm. n° 60.
LEPAGE A., obs. ss Cass. civ. 1ére, 30 mai 2000, Comm. com. électr., 2000, comm. 107.
LEPAGE A., note ss TGI Paris, 22ème ch., sect. B, 15 mai 2001, *Comm. com. élec.*, 2001, comm. n° 118.
LEPAGE A., obs. ss TGI Paris, 31 octobre 2001, *Comm. com. élec.*, 2002, comm. n° 50.
LEPAGE A., note ss Cass. soc., 2 octobre 2001, *D.*, 2002, p. 2297.
LEPAGE A., obs. ss CA Paris, 1ère ch., sect. B, 20 septembre 2001, *D.*, 2002, p. 2300.
LEPAGE A., obs. ss Cass. civ. 1ère, 3 avril 2002, *Comm. com. élec.*, 2002, comm. 158.
LEPAGE A., obs. ss CEDH, 16 avril 2002, *D.*, 2002, p. 1541.
LEPAGE A., obs. ss Cass. civ. 1ère, 9 juillet 2003, *Comm. com. élec.*, 2003, Comm. n° 115.
LEPAGE A., note ss Cass. Soc., 6 avril 2004, *Comm. com. élec.*, 2004, n° 79.
LEPAGE A., obs. Cass. soc., 17 mai 2005, *Comm. com. élec.*, 2005, n° 121.
LEPAGE A., obs. ss Cass. civ. 1ère, 7 novembre 2006, *D.*, 2007, p. 2771.
LEPAGE A., obs ss. CA Besançon, 31 janvier 2007, *D.*, 2007, p. 2771.
LEPAGE A., obs. ss Cass. civ. 1ère, 15 mai 2007, *Comm. com. électr.*, 2007, comm. 127.
LEPAGE A., note ss Cass. crim., 6 mai 2008, *Comm. com. électr.*, 2008, comm. n° 117.
LEPAGE A., note ss Cass. civ. 1ère, 7 mai 2008, *Comm. Com. élec.*, 2008. Comm. n° 94.
LEPAGE A., note ss TGI Montpellier, ord. réf., 28 octobre 2010, *Comm. com. électr.*, 2011, comm. n° 47.
LEPAGE A., note ss Cass. civ. 1ère, 10 avril 2013, *Comm. com. élec.*, 2013, n° 81.
LARONZE F., note ss CEDH*,* 15 janvier 2013, *RDT*, 2013, p. 337.
LEROUGE L., obs. ss Cass. soc., 28 novembre 2007, *RDT*, 2008, p. 111.
LEROY Y., obs. ss Cass. soc., 8 décembre 2009, *RDT*, 2010, p. 235.
LEVASSEUR G., obs. ss Cass. crim. 5 février 1970, *RSC*, 1970, p. 652.
LINDON R., note ss Cass. soc., 3 janvier 1964, *JCP G*, 1964, II, 13551.
LINDON R., note ss TGI Paris, 4 avril 1970, *JCP G*, 1970, II, 16328.
LINDON R., note ss TGI Paris, 28 février 1973, *JCP G*, 1973, II, 17401.
LINDON R., obs. ss Cass. civ. 1ère, 29 mai 1984, *D.*,1985, somm. p. 17.
LINDON R., obs. ss TGI Paris, 1ère ch., 11 juillet 1984, D., 1985, inf. rapp. p. 166.
LINDON R., obs. ss TGI Paris, 1ère ch. A, 12 janvier 1987, *D.*, 1987, somm. p. 386.
LOISEAU G., ss Cass. civ. 1ère, 3 avril 2002, *Légipresse*, 2002, III, p. 170.
LOISEAU G., obs. ss Cass. civ. 1ère, 9 juillet 2003, *Dr. et patr.*, janv. 2004, p. 90.

LOISEAU G., note ss Cass. civ. 1ère, 7 février 2006, *JCP G*, 2006, II, 10041.
LOISEAU G., note sous Cass. civ. 1ère, 11 décembre 2008, n° 07-19.494, *JCP G*, 2009, II, 10025.
LOISEAU G., note ss Cass. soc., 3 novembre 2011, *JCP S*, 2012, n° 1054.
LOISEAU G., note ss Cass. soc., 10 janvier 2012, *JCP S*, 2012, n° 1122.
LOISEAU G., note ss Cass. soc., 28 février 2012, *JCP S*, 2012, Comm. n° 1244.
LOKIEC P., PORTA J., obs. ss Cass. soc., 29 juin 2011, *D.*, 2011, p. 1830 ; *Ibid.*, 2012, p. 901.
LUCHAIRE F., note ss Cons. const., 20 juillet 1988, *D.*, 1989, p. 269.
LUOT MARTINOD N., note ss ss TGI Marseille, 11 juin 2003, *JCP E*, 2004, I, 624.
LYON-CAEN A., obs. ss Cass. soc., 8 avril 1992, *D.*, 1992, p. 293.
LYON-CAEN A., obs. ss Cass. soc., 21 novembre 2006, *RDT*, 2007, p. 105.
LYON-CAEN G., note ss Cass. soc., 20 novembre 1963, *D.*, 1964, 139.
LYON-CAEN G., note ss Cass. civ. 2ème, 10 novembre 1966, *D.*, 1967, p. 178.
LYON-CAEN G., note ss Cass. soc., 14 juin 1972, *JCP*, 1972, II, 17275.
LYON-CAEN G., obs. ss Cass. soc., 28 avril 1988, *Rev. prat. dr. soc.*, 1988, p. 184.

M.

MAILLARD S., Cass. soc., 15 décembre 2009, *DA*, 14 janvier 2010.
MALABAT V., obs. ss Cass. crim., 19 juin 2013, *RDT*, 2013, p. 767.
MANARA C., obs. ss CA Aix-en-Provence, 13 mars 2006, *D.*, 2006, p. 1284.
MARGUÉNAUD J.-P., note ss CEDH, 22 février 1994, *D.*, 1995, p. 5.
MARGUÉNAUD J.-P., obs. ss CEDH, 24 octobre 1996, *RTD civ.*, 1997, p. 551.
MARGUÉNAUD J.-P., obs. ss CEDH, 21 janvier 1999, *RTD civ.*, 1999, p. 909.
MARGUÉNAUD J.-P., obs. ss CEDH, 29 avril 2002, *RDT civ.*, 2002, p. 858.
MARGUÉNAUD J.-P., obs. ss CEDH, 17 février 2005, *RTD civ.*, 2005, p. 341.
MARGUÉNAUD J.-P., MOULY J., obs. ss Cass. soc., 12 janvier 1999, *D.*, 1999, J, 645.
MARGUÉNAUD J.-P., MOULY J., note ss ass. civ. 2ème, 10 juin 2004, *D.*, 2005, p. 469.
MARINO L., obs. ss Cons. const., 23 juillet 1999, *D.*, 2000. Somm. p. 265.
MARINO L., obs. sous Versailles, 22 septembre 2005, *D.*, 2006., Pan. n° 2705.
MARINO L., note ss Cass. civ. 1ère, 7 février 2006, *Gaz. Pal.*, 27-28 avr. 2007, p. 26.
MARINO L., obs. ss Cass. civ. 1ère, 7 mars 2006, *D.*, 2006, Somm. p. 2703.
MARINO L., obs. ss TGI Paris, 5 avril 2006, *D.*, 2006, p. 2704.
MARINO L., note ss CEDH, 5e sect., 23 juillet 2009, *Légipresse*, 2009, III, p. 179.
MARINO L., note ss CJUE, 13 mai 2014, *JCP G*, 2014, n° 26, 768.
MARTIAL-BRAZ N., ROCHFELD J., note ss CJUE, 13 mai 2014, *D.*, 10 juillet 2014, p. 1481.
MASSIAS F., obs. ss CEDH, 29 avril 2002, *Rev. science crim.*, 2002, p. 645.
MASSIS T., Cass. crim., 26 mai 1992, *D.*, 1994 Somm. p. 191.
MASSON Ph. VAN CRAEYNEST B., note ss Cass. soc., 29 juin 2011, *RDT*, 2011, p. 474.
MATHIEU-GENIAUT C., note ss Cass. soc., 25 janvier 2006, *Dr. soc.*, 2006, p. 848.
MATHIEU-GÉNIAUT C., obs. ss Cass. soc., 23 juin 2009, *RDT*, 2009, p. 657.
MAZEAUD D., note ss Cass. civ. 3ème, 21 février 2001, *D.*, 2001, p. 2702.
MAZEAUD D., obs. ss Cass. com., 8 mars 2005, *RDC*, 2005, p. 1015.
MAZIÈRES A., obs. ss Cass. soc., 6 février 2013, *Dr. ouvr*., 2013, p. 549.
MERCAT-BRUNS M., obs. ss Cass. soc., 2 octobre 2001, *D.*, 2002, p. 768.
MERCUZOT B., note ss Cons. const., 16 juillet 1996, *D.,* 1997, p. 69.
MESTRE J., obs. ss CA Versailles, 21 mai 1986, *RTD civ.*, 1988, p. 338.

MESTRE J., obs. sous CA Saint-Denis-de-le-Réunion, 6 octobre 1989, *RTD civ*., 1990, p. 647.
MESTRE J., obs. ss Cass. soc., 25 avril 1990, *RTD civ.*, 1991, p. 316.
MESTRE J., obs. ss Cass. soc., 3 juillet 1990, *RTD civ.*, 1991, p. 316.
MESTRE J., obs. ss Cass. civ. 3ème, 5 juillet 1995, *RTD civ.*, 1996, p. 388.
MESTRE J., obs. ss Cass. soc., 12 janvier 1999, *RTD civ.*, 1999, p. 395.
MESTRE J., FAGES B., obs. ss Cass. com., 8 mars 2005, RTD civ. 2005, p. 391.
MESTRE J., FAGES B., obs. ss Cass. soc., 12 juillet 2005, *RTD civ.*, 2005, p. 2174.
MINÉ M., obs. ss Cass. soc., 28 janvier 2009, *RDT*, 2009, p. 167.
MINÉ M., obs. ss CEDH, 3 octobre 2013, *RDT*, 2014, p. 120.
MINÉ M., obs. ss Cass. soc., 9 avril 2015, *RDT*, 2015, p. 405.
MOIZARD N., obs. ss Cass. soc., 11 janvier 2012, *RDT*, 2012. 159.
MOIZARD N., obs. ss concl. SHARPSTON, CJUE, 13 juillet 2016, *RDT*, 2016, p. 569.
MOLFESSIS N., obs. Cons. const., 23 juillet 1999, *RTD civ.*, 1999. 724.
MORAND M., note ss Cass. soc., 29 juin 2011, *JCP S*, 2011, n° 1333.
MORAND M., note ss Cass. soc., 13 novembre 2014, *JCP S*, 2015, n° 1024.
MORELLET J., note ss TGI Seine, 15 juin 1961, *Dr. soc.*, 1962, p. 91.
MORGENROTH T., note ss Cass. soc., 14 avril 2010, *LPA*, 8 juin 2011, n°113, p.14.
MORGENROTH T., note ss Cass. soc., 21 septembre 2011, *LPA*, 2012, n° 148.
MORIN M.-L., note ss Cass. soc., 8 juillet 2009, *Dr soc.*, 2009, p. 950.
MORVAN P., note ss Cass. soc., 29 juin 2011, *JCP S*, 2011, n° 723.
MOULY J., note ss CA Paris 4 juin 1987, *D.*, 1987, p. 610.
MOULY J., note ss Cass. soc., 5 juillet 1995, *D.* 1996, Jur. p. 280.
MOULY J., note ss Cass. soc., 30 mars 1999, *JCP G*, 1999, II, 10195.
MOULY J., obs. ss Cass. civ. 3ème, 21 février 2001, *D.*, 2003, p. 2023.
MOULY J., note ss Cass. soc., 25 janvier 2006, *Dr. soc.*, 2006, p. 839.
MOULY J., note ss CA Grenoble, ch. soc., 18 avril 2007, *D.*, 2008, p. 1594.
MOULY J., note ss Cass. ch. mixte,18 mai 2007, *D.*, 2007, p. 2137.
MOULY J., note ss Cass. soc., 14 avril 2010, *Dr. soc.*, 2010, p. 815.
MOULY J., note ss Cass. soc., 9 mars 2011, *JCP S*, n° 1230.
MOULY J., note ss Cass. soc., 3 mai 2011, *JCP*, 2011, 1275.
MOULY J., note ss Cass. soc., 6 février 2013, *Dr. soc.*, 2013, p. 415.
MOULY J., note ss Cass. soc., 19 mars 2013, *D.*, 2013, p. 963.
MOULY J., obs. ss Cass., Ass. plén., 25 juin 2014, *Dr. soc.*, 2014, p. 811.
MOULY J., note ss Cass. soc. 9 avril 2015, *D.*, 2015, p. 1132.
MOUSSY P., note ss Cass. soc., 10 juillet 1996, *Dr. ouvr.*, 1996, p. 457.
MOUSSY P., note ss Cass. soc., 12 janvier 1999, *Dr. ouvr.*, juin 1999, p. 254.
MULLER F., SCHMITT M., obs. ss CJUE, 10 juillet 2008, *D.*, 2008, p. 3038.
MULLER F., SCHMITT M., obs. ss CJUE, 17 juillet 2008, *D.*, 2008, p. 3038.

N.

NERSON R., obs. ss CA Paris, 15 mai 1970, *RTD civ.,* 1971, p. 114.
NIVELLES V., note ss CEDH, 3 octobre 2013, *JSL*, n° 354, p. 14.

O.

OMARJEE I., obs. ss Cass. soc., 30 mars 1999, *D. aff.*, somm., p. 13.
ORTSCHEID P., obs. ss Cass. civ. 1ère, 6 juillet 2005, *JCP E*, 2005, 1998.
OTTENHOF R., note ss Cass. crim., 22 septembre 2004, *RSC*, 2005, p. 852.

P.

PAGNERRE Y., note ss Cass. crim. 23 juin 2009, *JCP S*, 2009, n° 1502.
PÉLISSIER J., obs. ss Cass. soc., 8 mars 1978, *D.*, 1978, IR p. 3.
PÉLISSIER J., note ss Cass. soc., 29 novembre 1990, *D.*, 1991, p. 190.
PÉLISSIER J., obs. ss Cass. soc., 7 juin 2006, *RDT*, 2006, p. 313.
PELLOUX R., obs. ss CEDH, 22 octobre 1981, *Ann. français de droit international*, 1982, p. 504.
PENNEAU J., obs. ss Cass. civ. 2ème, 22 novembre 2007, *D.*, 2008, p. 506.
PESCHAUD H., note ss Cass. civ. 1ère, 10 avril 2013, *LPA*, 2013, n° 141, p. 17.
PEYRONNET M., obs. ss Cass. soc., 26 janvier 2016, *DA*, 8 février 2016.
PICOD Y., note ss Cass. soc., 27 novembre 1991, *D.*, 1992, p. 296.
PICOD Y., note ss Cass. 1ère civ., 20 octobre 1993, *D.*, 1994, jurispr. p. 594.
PICOD F., obs. ss CJUE, 13 mai 2014, *JCP G*, 2014, n° 629.
PIGNARRE G., note ss Cass. soc., 13 novembre 2014, *RDT*, 2014, p. 746.
PINSOLLE Ph., note ss Cass. civ. 1ère, 6 juillet 2005, *Rev. arb.*, 2005, p. 993.
POIRIER M., note ss Cass. soc., 20 février 2008, *Dr. ouvr.*, 2008, p. 519.
PRALUS-DUPUY J., obs. ss Cass. soc., 21 juin 1989, *Jur. soc. UIMM*, 1989, n° 521, p. 460.
PRÉTOT X., obs. ss Cons. const., 20 juillet 1988, *Dr. Soc.*, 1988, p. 755.
PRÉVAULT J., note ss Cass. civ. 1ère, 6 novembre 1990, *D.*, 1991, p. 353.
PUIGELIER C., note ss Cass. soc., 25 janvier 2006, *JCP E*, 2006, n° 1507.
PUTMAN E., note ss CA Saint-Denis-de-le-Réunion, 6 octobre 1989, *JCP G*, 1990, II, 21504.
PUTMAN E., obs. Cass. civ. 1ère, 7 février 2006, *RJPF*, 2006/5, p. 12.
PUTMAN E., obs. ss Cass. civ. 1ère, 15 mai 2007, *RJPF*, 2007-9/14.
PUTMAN E., note ss CEDH, 15 janvier 2013, *RJPF*, mars 2013, p. 14.

R.

RADÉ C., note ss Cass. soc. 10 juillet 2001, *Dr. soc.*, 2001, p. 1012.
RADÉ C., obs. ss Cass. soc., 28 septembre 2004, *Dr. soc.*, 2004, p. 1144.
RADÉ C., note ss Cass. soc., 20 février 2008, *Dr. soc*, 2008, p. 530.
RADÉ C., obs. ss Cass. soc., 18 mars 2008, *D.*, 2008, p. 993.
RAVANAS J., note ss CA Versailles, 17 mai 1995, *D.*, 1996, p. 409.
RAVANAS J., note ss Cass. civ. 1ère, 6 mars 1996, *D.*, 1997, p. 7.
RAVANAS J., note ss Cass. civ. 1ère, 20 décembre 2000, *JCP G*, 2001, II, 10488.
RAVANAS J., note ss Cass. civ. 1ère, 9 juillet 2003, *JCP G*, 2003, II, 10139.
RAY J.-E., note ss Cass. soc., 26 septembre 1990, *Dr. soc.*, 1991, p. 60
RAY J.-E., obs. ss Cass. soc., 30 septembre 1997 *Dr. soc.*, 1997, p. 1094.
RAY J.-E., ss Cass. soc., 12 janvier 1999, *Dr. soc.*, 1999, p. 287.
RAY J.-E., note ss Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, *Dr. soc.*, 2001, p. 915.
RAY J.-E., obs. ss Cass. soc., 17 mai 2005, *Dr. soc.*, 2005, p. 789.
RAY J.-E., chron. ss Cass. soc., 18 mars 2009, *Dr. soc.*, 2010, p. 267.
RAYNAUD J., obs. ss CEDH, 16 avril 2002, *JCP G*, 2003, I, 492.
REBOUL-MAUPIN N., obs. ss CA Caen, 1ère ch. civ. et com., 21 février 2002, *D.*, 2002, p. 2512.
RENUCCI J.-F., obs. ss CEDH, 16 décembre 1992, *D.*, 1993, Somm. p. 386.
REVET Th., obs. ss CE, 25 janvier 1989, *JCP E*, 1989, II, 15525, n° 2.
REVET Th., obs. ss Cass. civ. 1ère, 11 décembre 2008, *RTD civ.*, 2009, p. 343.
RICHARD DE LA TOUR J., note ss Cass. soc., 12 janvier 1999, *RJS*, 2/1999, p. 94.

RICHEVAUX J., note ss Cass. soc., 25 avril 1990, *Dr. ouvr.,* 1990, p. 342.
RINGEL F., note ss Cass. 1ère civ., 28 mai 1991, *JCP G*, 1992, II, 21845.
ROBIN C., obs. ss Cass. soc., 3 juin 2009, *RDT*, 2009, p. 656.
ROBINEAU Y., obs. ss CE 1er février 1980, *AJDA*, 1980, p. 438.
ROCHOIX F., obs. ss Cass. soc., 28 avril 1988, *Rev. prat. dr. soc.*, 1988, p. 259.
ROLLAND P., obs. ss CEDH, 22 octobre 1981, *JDI*, 1985, p. 185.
ROLLAND P., obs. ss CEDH, 26 octobre 1988, *JDI*, 1989, p. 834.
ROUSSINEAU Th., note ss Cass. civ. 1ère, 11 décembre 2008, Légipresse 2009, III, p. 109.
ROY-LOUSTAUNAU C., obs. ss Cass. soc., 13 mars 2001, *Dr. soc.,* 2001, p. 1117.

S.

SAINT-JOURS Y., note ss Cass. soc., 17 octobre 1973, *JCP*, 1974, II, 17698.
SAINT-JOURS Y., ss Cass. soc., 8 octobre 1987, *D.*, 1988, p. 57.
SAINT-JOURS Y., note ss Cass. soc., 10 juillet 1996, *JCP*, 1997, II, 22768.
SAINT-PAU J.-Ch., note ss Cass. crim. 7 octobre 1997, *D.*, 1999, p. 152.
SAINT-PAU J.-Ch., note sous Cass. civ. 1ère, 16 juillet 1998, *D.*, 1998, p. 541.
SAINTE-ROSE J., concl. ss Cass. civ. 1ère, 7 février 2006, *Gaz. Pal.*, 2006, p. 2061.
SAINTOURENS B., note ss CJCE, 22 novembre 2005, *Bull. Joly Sociétés*, 2006, p. 608.
SAVATIER J., obs. ss Cass. soc., 14 juin 1972, *Dr. soc.*, 1972, p. 465.
SAVATIER J., note ss Cass. soc., 17 octobre 1973, *Dr. soc.*, 1974, p. 290.
SAVATIER J., note ss Cass. soc., 20 novembre 1986, *Dr. soc.,* 1987, p. 379.
SAVATIER J., obs. ss CE, 12 juin 1987, *Dr. soc*., 1987, p. 654.
SAVATIER J., ss Cass. soc., 8 octobre 1987, *Dr. soc.*, 1988, p. 135.
SAVATIER J., obs. ss Cass. soc., 29 novembre 1990, *Dr. soc.,* 1991, p. 99.
SAVATIER J., note ss Cass. soc., 17 avril 1991, *Dr. soc.*, 1991, p. 485.
SAVATIER J., obs. ss Cass. soc., 27 novembre 1991, *Dr. soc.*, 1992, p. 334.
SAVATIER J., note ss Cass. soc., 22 janvier 1992, *Dr. soc.*, 1992, p. 329.
SAVATIER J., obs. ss Cass. soc., 4 février 1997, *Dr. soc.*, 1997, p. 413.
SAVATIER J., obs. ss Cass. soc., 4 février 1998, *Dr. soc.*, 1998, p. 405.
SAVATIER J., obs. ss Cass. soc., 24 mars 1998, *Dr. soc.*, 1998, p. 614.
SAVATIER J., obs. ss Cass. soc., 14 mars 2000, *Dr. soc.*, 2000, p. 555.
SAVATIER J., obs. ss Cass. soc., 10 juillet 2001, *Dr. soc.*, 2001, p. 1131.
SAVATIER J., obs. ss Cass. soc., 6 novembre 2001, *Dr. soc.*, 2002, p. 110.
SAVATIER J., obs ss Cass. soc., 11 décembre 2001, *Dr. soc.*, 2002, p. 352.
SAVATIER J., note ss Cass. soc., 26 février 2003, *Dr. soc.*, 2003, p. 620.
SAVATIER J., obs. ss Cass. soc., 25 février 2003, Dr. soc., 2003, p. 625.
SAVATIER J., obs. ss Cass. soc. 3 juin 2003, *Dr. soc.*, 2003, p. 884.
SAVATIER J., note ss Cass. soc., 2 décembre 2003, *Dr. soc.*, 2004, p. 550.
SAVATIER J., note ss Cass. soc., 13 avril 2005, *Dr. soc.*, 2005, p. 809.
SAVATIER J., note ss Cass. civ. 2ème, 22 novembre 2007, *Dr. Soc.*, 2008, p. 260.
SCHMITT M., obs. ss CJUE, 17 juillet 2008, *RDT*, 2009, p. 41.
SCHMIDT-SZALEWSKI J., Cass. crim., 19 septembre 2006, *PIBD*, 2007, comm. 15.
SÉRIAUX A., note ss Cass. soc., 17 avril 1991, *D.*, 1991, IR, p. 140.
SOMMÉ C., obs. ss Cass. Soc., 6 février 2013, *D.*, 2013, p. 1775.
STIVALA A., note ss Cass. soc., 27 mars 2013, *LPA*, 9-10 juin 2014, n°114-115, p. 14.
SUDRE F., obs. ss CEDH, Ass. plénière, 25 mars 1992, *JCP G*, 1993, I, 3654.
SUDRE F., obs. ss CEDH, 22 avril 1993, *JCP*, 1994, I, 3742.
SUDRE F., obs. ss CEDH, 19 février 1997, *JCP*, 1998, I, 107.
SUDRE F., obs. ss CEDH, 17 février 2005, *JCP G*, 2005, I, 159, n° 12.

T.

TEYSSIÉ B., note ss CE, 25 janvier 1989, *JCP E*, 1989, II, 15504.
TEYSSIÉ B., obs. ss Cass. soc., 12 janvier 1999, *JCP*, 1999, I, 149, n° 3.
THIERRY J.-B., obs. ss Cass. crim. 23 juin 2009, *RDT*, 2009, p. 722.
TOURNAUX S., chron. ss Cass. soc., 15 octobre 2014, *Dr. Soc.,* 2015, p. 206.
TRICOIRE E., obs. ss Cass. civ. 1ère, 3 avril 2002, *JCP G*, 2003, I, 126.

V.

VARIN C., note ss Cass. soc., 28 février 2012, *RDT*, 2012 p. 225.
VATINET R., obs. ss Cass. soc., 25 mars 1998, *Dr. soc.*, 1998, p. 534.
VATINET R., note ss CJCE, 22 novembre 2005, *JCP S*, 2006, p. 1119.
VELARDOCCHIO G., note ss Cass. civ. 1ère, 19 mars 1991, *D.*, 1991, p. 568.
VERDIER J.-M., note ss Cass. crim., 28 mai 1968, *D.*, 1969, p. 471.
VERDIER J.-M., obs. ss Cass. soc., 10 juillet 2001, *Dr. soc.*, 2001, p. 1035.
VÉRICEL M., note ss Cass. soc., 3 juin 2003, n° 01-40.376, *JCP E*, 2003, n° 1668.
VERKINDT P.-Y., note ss Cass. soc., 12 juillet 2005, *JCP G*, 2005, II, 10135.
VERKINDT P.-Y., note ss Cass. soc., 28 mars 2006, *JCP S*, 2008, n° 1381.
VERKINDT P.-Y., note ss Cass. soc., 28 janvier 2009, *JCP S*, 2009, n° 1226.
VERKINDT P.-Y., obs. ss CPH Boulogne-Billancourt, 19 novembre 2010, *JCP* S, 2010, act. n° 559.
VÉRON M., obs. ss Cass. crim., 28 septembre 2004, *Dr. pén.*, 2005, comm. 18.
VÉRON M., note ss Cass. crim., 23 mai 1995, *Dr. pén.*, 1995, comm. 220.
VIGNEAU C., note ss Cass. soc., 19 mars 2008, *Dr. soc.*, 2008, p. 822.
VOISIN S., note ss ss TGI Marseille, 11 juin 2003, *Expertises*, 2003, n° 274, p. 351.

W.

WAGNER E., note ss Cass. soc., 28 avril 1988, *D.*, 1988 p. 437.
WAQUET Ph., rapp. Cass. soc., 20 novembre 1991, *Dr. soc.*, 1992, p. 28.
WAQUET Ph., *Dr. soc.* 1998, p. 1045, obs. ss Cass. soc. 20 octobre 1998, *Bonimond,* Bull. civ. V, 1998, n° 433.
WAUQUIER V., obs. ss Cass. soc. 10 juillet 2002, *Dr. ouvr.*, 2002, p. 535.
WINTGEN R., note ss Cass. soc., 12 janvier 1999, *CSBP*, n° 110, A. 25, p. 159.

VI / ETUDES ET RAPPORTS

. J. AUROUX, « Les droits des travailleurs », Rapport au Président de la République et au Premier ministre, sept. 1981, *Doc. Fr.*, 1981.

. G. LYON-CAEN, « Les libertés publiques et l'emploi », Rapport pour le ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle, décembre 1991, *Doc. Fr.,* 1992.

. Livret vert « Égalité et non-discrimination dans l'Union européenne élargie », COM/2004/0379, 2004.

. R. FAUROUX, « La lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi », Rapport remis au ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, Doc. Fr., septembre 2005.

. WP 114 – Document de travail du groupe de travail « Article 29 » relatif à une interprétation commune des dispositions de l'article 26, paragraphe 1, de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995, 2005.

. P. MOREL-A-LHUISSIER, « Du télétravail au travail mobile. Un enjeu de modernisation de l'économie française », Rapport remis au Premier Ministre, *Doc. Fr.,* 2006.

. P.-H. ANTONMATTEI et Ph. VIVIEN, *«* Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspective », Rapport, *Doc. fr.,* 2007.

. A.-M. ESCOFFIER et Y. DÉTRAIGNE « La vie privée à l'heure des mémoires numériques », Rapport d'information, Sénat. Rapport réalisé par et présenté à la commission des lois du Sénat le 27 mai 2009.

. CNIL, 10 conseils pour la sécurité de votre système d'information, 12 octobre 2009 : www.cnil.fr [consulté le 10.10.2016].

. CNIL, Guide relatif à la sécurité des données personnelles, éd. 2010, disponible sur www.cnil.fr [consulté le 10.10.2016]

. Cour de cassation, « Etude : Le droit de savoir », in *Rapport 2010*, Préf. A. LEPAGE, p. 73

. Ch. COINTAT, Rapport n° 330 (2009-2010), fait au nom de la commission des lois, déposé le 24 février 2010.

. Commission européenne, « Une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne », Rapport, 2010.

. « Evaluation de l'expérimentation du CV anonyme », Pôle emploi, Repères et analyses, n° 28, juillet 2011.

. Étude de l'Essec & Mannheim Executive MBA et le Café de l'avenir, *Entreprises et carrières*, n° 1089, 20 mars 2012.

. CNIL, *Guide Gestion des risques vie privée,* Partie 1. La méthode, Partie 2. Catalogue de mesures, éd. 2012.

. B. BOSSU (Dir.) : « Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel. La réalisation contentieuse d'un droit fondamental », Rapport Mission de recherche Droit et Justice – Droits et perspectives du droit, septembre 2014, Résumé disponible sur http://www.gip-recherche-justice.fr [consulté le 10.10.2016].

. H. GARNER, M. RECOULES, « Égalité, diversité, discrimination. Étude de 80 accords d'entreprise sur la diversité », Document d'études DARES, Juin 2014, n° 182.

. CNIL, Rapport d'activité 2014, disponible sur www.cnil.fr [consulté le 10.10.2016].

. « Numérique et libertés : la nouvel âge démocratique », Rapport n° 3119, Commission de réflexion et de proposition sur le droit et les libertés à l'âge du numérique, octobre 2015.

. C. PAUL, « Numérique et libertés : la nouvel âge démocratique », Rapport n° 3119, Commission de réflexion et de proposition sur le droit et les libertés à l'âge du numérique, octobre 2015.

. « Les recommandations du défenseur des droits aux grandes entreprises », Guide pratique - Agir pour l'égalité dans l'emploi, décembre 2015, disponible http://www.defenseurdesdroits.fr [consulté le 10.10.2016].

. Guide CNIL, « Droit d'accès », 2015, p. 7 ; disponible sur le site de la CNIL : www.cnil.fr [consulté le 10.10.2016].

. B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail, septembre 2015,* disponible sur ladocumentationfrancaise.fr [consulté le 10.10.2016].

. R. BADINTER, « Rapport remis au premier ministre du comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail », 25 janvier 2016.

TABLE DE JURISPRUDENCE

A / JURISPRUDENCE NATIONALE

1 / Conseil constitutionnel

- Cons. const., 15 janvier 1975, n° 75-54 DC
- Cons. const., 12 janvier 1977, n° 76-75 DC.
- Cons. const., 18 janvier 1978, n° 77-92 DC.
- Cons. const., 22 juillet 1980, n° 80-117 DC.
- Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC.
- Cons. const., 22 octobre 1982, n° 82-144 DC.
- Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC.
- Cons. const., 18 janvier 1995, n° 94-352 DC.
- Cons. const., 16 juillet 1996, n° 96-377 DC.
- Cons. const., 22 avril 1997, n° 97-389 DC.
- Cons. const., 29 décembre 1998, n° 98-405 DC.
- Cons. const., 23 juillet 1999, n° 99-416 DC.
- Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC.
- Cons. const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC.
- Cons. const., 2 mars 2004, n°2004-492 DC.
- Cons. const., 15 novembre 2007, n° 2007-557 DC.
- Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC.
- Cons. const., 16 septembre 2010, n° 2010-25 QPC.
- Cons. const., 30 septembre 2011, n° 2011-173 QPC.
- Cons. const., 30 mars 2012, n° 2012-227 QPC.
- Cons. const., 14 mai 2012, n° 2012-242 QPC.
- Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC.
- Cons. const., 22 juin 2012, n° 2012-261 QPC.
- Cons. const., 5 octobre 2012, n° 2012-279 QPC.
- Cons. const., 22 novembre 2013, n° 2013-354 QPC.
- Cons. const., 29 novembre 2013, n° 2013-357 QPC.

2 / Cour de cassation

a) Chambre sociale

- Cass. soc. ,16 juin 1945 : *Dr. soc.*, 1946, p. 427.
- Cass. soc., 24 mars 1957, *Bull. civ. V*, p. 329, n° 451.
- Cass. soc., 5 février 1959, *Bull. civ.*, p. 152, n° 181.
- Cass. soc., 9 octobre 1959 : *D.*, 1959, Jurispr. p. 8.
- Cass. soc., 23 janvier 1960, Bull civ. IV, 1960, n° 63.
- Cass. soc., 22 juin 1960, Bull. civ. n° 666, p. 517.
- Cass. soc., 20 novembre 1960 : *Dr. ouvr.*, 1960, p. 390.
- Cass. soc., 22 février 1961, *Bull. civ. IV*, 1961, p. 508.
- Cass. soc., 20 décembre 1961, *Bull. civ. IV*, 1961, n° 1085, p. 866.
- Cass. soc., 14 février 1962, *Bull. civ. IV*, 1962, n° 188.
- Cass. soc., 3 mai 1962, *Bull.*, 1962, n° 392.
- Cass. soc., 9 janvier 1963 : *D.*, 1963, Somm. p. 36.

- Cass. soc., 20 novembre 1963, *Bull.*, 1963, n° 806.
- Cass. soc., 3 janvier 1964, n° 62-40.847, *Bull. civ. V*, 1964, n° 5.
- Cass. soc., 2 février 1966, *Bull. civ. IV*, 1966, n° 130.
- Cass. soc., 22 février 1967, *Bull. civ. IV*, 1967, n° 177.
- Cass. soc., 11 octobre 1967, *Bull. civ.* IV, 1967, n° 623.
- Cass. soc., 5 février 1969, *Bull. civ. V*, p. 152, n° 181.
- Cass. soc., 7 mai 1969, *Bull. civ. V*, 1969, n° 298.
- Cass. soc., 4 février 1970, *Bull. civ.* V, 1970, n° 78.
- Cass. soc., 3 juin 1971, *Bull. civ. V*, 1971, n° 413.
- Cass. soc., 23 février 1972, n° 71-40.091, *Bull. civ. V*, n° 152.
- Cass. soc., 14 juin 1972, n° 71-12.508, *Bull. civ. V*, 1972, n° 425.
- Cass. soc., 28 juin 1972, n° 71-40.583, *Bull. civ. V*, 1972, *n*° 472.
- Cass. soc., 11 octobre 1973, n° 72-40.712, *Bull. civ. V*, 1973, n° 479.
- Cass. soc., 17 octobre 1973, n° 72-40.360, *Bull. civ. V*, 1973, n° 484.
- Cass. soc., 19 décembre 1973, *Bull. civ. I*, 1973, n° 677.
- Cass. soc., 4 février 1976, n° 74-40.387, *Bull. civ.* V, 1976, n° 65.
- Cass. soc., 6 juillet 1976, n° 76-60.025, *Bull. civ. V*, n° 417.
- Cass. soc., 20 octobre 1976, n° 74-13.139, *Bull. civ.* V, 1976, n° 508.
- Cass. soc., 23 mars 1977, *Bull. civ. V*, 1977, n° 227.
- Cass. soc., 8 mars 1978, n° 76-13.580, *Bull. civ. V*, 1978, n° 172.
- Cass. soc., 8 juin 1978, n° 77-40.722, *Bull. civ. V*, 1978, n° 450.
- Cass. soc., 8 mars 1979, n° 78-60.729**,** *Bull. civ. V*, n° 223.
- Cass. soc., 4 avril 1979, n° 78-40.554, *Bull. civ. V*, 1979, n° 315.
- Cass. soc., 6 juillet 1979, *Bull. civ. V*, 1979, n° 622.
- Cass. soc., 28 février 1980, *Bull. civ. V*, 1980, n° 202.
- Cass. soc., 26 mars 1980, *Bull. civ. V*, 1980, n° 299.
- Cass. soc., 25 juin 1980, n° 79-40.292, *Bull. civ. V*, 1980, n° 557.
- Cass. soc., 26 juin 1980, n° 79-40.859, *Bull. civ. V*, 1980, n° 573.
- Cass. soc., 22 juillet 1980, n° 80.60-210, *Bull. civ. V*, 1980, n° 666.
- Cass. soc., 3 avril 1981, n° 79-41.391, *Bull. civ. V*, 1981, n° 333.
- Cass. soc., 2 juin 1981, n° 80-10.935, *Bull. civ. V.,* n° 480.
- Cass. soc., 1er juillet 1981, n° 80-40.442, *Bull. civ. V*, n° 626.
- Cass. soc., 1er juillet 1981, *Bull. civ. V*, 1981, n° 620.
- Cass. soc., 30 mars 1982, *Bull. civ. V*, 1982, n° 229.
- Cass. soc., 30 juin 1982, n° 80-41.114, *Bull. civ. V*, 1982, n° 425.
- Cass. soc., 29 juin 1983, n° 81-40.679, *Bull. civ.*, 1983, n° 365.
- Cass. soc., 6 juillet 1983, n° 81-41.079, *Bull civ. V*, 1983, n° 395.
- Cass. soc., 1er février 1984, n° 81-42.223, *Bull. civ. V*, 1984, n° 39.
- Cass. soc., 20 mars 1985, n° 84-60.739, *Bull. civ. V*, 1985, n° 195.
- Cass. soc., 20 novembre 1986, n° 84-43.243, *Bull. civ. V*, 1986, n° 555.
- Cass. soc., 12 mars 1987, n° 84-41.493, *Bull. civ. V*, 1987, n° 146.
- Cass. soc., 16 juillet 1987, nos 86-60.427 et 86-60.428, Inédit.
- Cass. soc., 8 octobre 1987, n°84-41.902 et 84-41.903, *Bull. civ. V*, 1987, n° 541.
- Cass. soc., 3 décembre 1987, n° 85-45.101, Inédit.
- Cass. soc., 17 décembre 1987, n° 85-41.556, *Bull. civ. V*, 1987, n° 746.
- Cass. soc., 21 janvier 1988, n° 87-60.060, *Bull. civ. V*, 1988, n° 66.
- Cass. soc., 4 février 1988, n° 85-45.000**,** *Bull. civ. V*, 1988, n° 96.
- Cass. soc., 25 février 1988, n° 85-41.296, *Bull. civ. V*, 1988, n° 140.
- Cass. soc., 28 avril 1988, n° 87-41.804, *Bull. civ. V*, 1988, n° 257.

- Cass. soc., 16 juin 1988, n° 85-46.252, Inédit.
- Cass. soc., 13 juillet 1988, n° 86-41.979, *Bull. civ. V*, 1988, n° 257.
- Cass. soc., 20 décembre 1988, n° 88-60.135, *Bull. civ. V*, 1988, n° 434.
- Cass. soc., 22 décembre 1988, n° 87-43.289, Inédit.
- Cass. soc., 1er mars 1989, n° 86-41.673, Inédit.
- Cass. soc., 21 juin 1989, n° 86-43.002, Inédit.
- Cass. soc., 12 juillet 1989, n° 85-45.945, Inédit.
- Cass. soc., 25 avril 1990, n° 86-44.148 , *Bull. civ. V*, 1990, n° 186.
- Cass. soc., 9 mai 1990, n° 87-40.261, *Bull. civ. V*, 1990, n° 210.
- Cass. soc., 3 juillet 1990, *Bull. civ. V*, 1990, n° 329.
- Cass. soc., 12 juillet 1990, n° 89-43.446, Inédit.
- Cass. soc., 26 septembre 1990, nº 88-41.375, *Bull. civ. V,* 1990, n° 387.
- Cass. soc., 17 octobre 1990, n° 93-41.794, Inédit.
- Cass. soc., 24 octobre 1990, n° 87-44.969, Inédit.
- Cass. soc., 29 novembre 1990, n° 87-40.184**,** *Bull. civ. V*, 1990, n° 597.
- Cass. soc., 27 février 1991, n° 90-42.239, *Bull. civ. V*, 1991, n° 101.
- Cass. soc., 12 mars 1991, n° 88-43.051, *Bull. civ.* V, 1991, n° 120.
- Cass. soc., 17 avril 1991, n° 90.42.636, , *Bull. civ. V*, 1991, n° 201.
- Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-43.845, *Bull. civ. V*, 1991, n° 239.
- Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 89-44.605, *Bull. civ. V,* 1991, n° 512.
- Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 88-43.120, *Bull. civ. V*, 1991, n° 519.
- Cass. soc., 27 novembre 1991, n° 88-44.110, *Bull. civ. V*, 1991, n° 535.
- Cass. soc., 22 janvier 1992, n° 90-42.517, *Bull. civ. V*, 1992.
- Cass. soc., 27 mai 1992, n° 89-41.704, *Bull. civ. V*, 1992, n° 342.
- Cass. Soc., 1er avril 1992, n° 89-43.391, Inédit.
- Cass. soc., 8 avril 1992, n° 90-41.276, *Bull. civ. V*, 1992, n° 256.
- Cass. soc., 8 avril 1992, n° 89-40.739, *Bull. civ. V*, 1992, n° 259.
- Cass. soc., 30 juin 1992, n° 89-43.840, *Bull. civ. V*, 1992, n° 429.
- Cass. soc., 7 octobre 1992, n° 89-45.283, *Bull. civ. V*, 1992, n° 506.
- Cass. soc., 20 janvier 1993, n° 91-43.652, Inédit.
- Cass. soc., 10 novembre 1993, n° 89-42.302, *Bull. civ. V*, 1993, n° 262.
- Cass. soc., 21 juin 1994, n° 92-41.844, Inédit.
- Cass. soc., 21 juin 1994, n° 93-40.133, Inédit.
- Cass. soc., 21 juillet 1994, n° 93-40.554**,** *Bull. civ. V*, 1994, n° 250.
- Cass. soc., 22 mai 1995, n° 93-44.078, *Bull. civ. V*, n° 164
- Cass. soc., 7 juin 1995, n° 91-44.919 à n° 91-44.921, *Bull. civ. V*, 1995, n° 184.
- Cass. soc., 5 juillet 1995, n° 03-46.361, *Bull. civ. V*, 1995, n° 235.
- Cass. soc., 5 juillet 1995, n° 92-40.095, Inédit.
- Cass. soc. 17 octobre 1995, n° 94-41.239, Inédit.
- Cass. soc., 24 octobre 1995, n° 94-42.293, Inédit.
- Cass. soc., 3 octobre 1996, n° 93-44.672, *Bull. civ.* V, 1996, n° 317.
- Cass. soc., 6 février 1996, n° 94-40.392, Inédit.
- Cass. soc., 28 février 1996, n° 92-44.721, Inédit.
- Cass. soc., 5 juin 1996, n° 93-42.588**,** *Bull. civ. V*, 1996, n° 231.
- Cass. soc., 10 juillet 1996, n° 93-41.137, *Bull. civ. V*, n° 278.
- Cass. soc., 8 octobre 1996, n° 92-42.291, *Bull. civ. V*, 1996, n° 311.
- Cass. soc., 15 octobre 1996, n° 94-42.911, *Bull. civ. V,* 1996, n° 327.
- Cass. soc., 12 novembre 1996, n° 94-43.859**,** *Bull. civ. V*, 1996, n° 373.
- Cass. soc., 19 novembre 1996, n° 94-19.404, *Bull. civ. V*, 1996, n° 392.

- Cass. soc., 19 novembre 1996, n° 93-40.509, Inédit.
- Cass. soc., 5 décembre 1996, n° 92-44.386, Inédit.
- Cass. soc., 4 février 1997, n° 96-40.678, Inédit.
- Cass. soc., 14 mai 1997, n° 94-45.473, *Bull. civ.* V, 1997, n° 175.
- Cass. soc., 14 mai 1997, n° 94-43.712, *Bull. civ. V,* 1997, n° 177.
- Cass. soc., 19 novembre 1997, n° 95-45.139, Inédit.
- Cass. soc., 10 décembre 1997, n° 95-42.661, *Bull. civ.* V, 1999, n° 434.
- Cass. soc., 16 décembre 1997, n° 95-41.326, *Bull. civ. V*, n° 441.
- Cass. soc., 22 janvier 1998, n° 95-42.616, Inédit.
- Cass. soc., 28 janvier 1998, n° 95-40.275, *Bull. civ. V*, 1998, n° 40.
- Cass. soc., 4 février 1998, n° 95-43421, *Bull. civ. V*, 1998, n° 64.
- Cass. soc., 18 février 1998, n° 95-43.491, *Bull. civ. V*, 1998, n° 90.
- Cass. soc. 25 février 1998, n° 95-44.019 et 95-44.742, *Bull. civ. V*, 1998, n° 102.
- Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738, *Bull. civ. V*, 1998, n° 171.
- Cass. soc., 25 mars 1998, n° 95-41.543, *Bull. civ. V*, 1998, n° 174.
- Cass. soc., 27 mai 1998, n° 96-41.276, *Bull. civ. V*, 1998, n° 283.
- Cass. soc., 24 juin 1998, n° 96-40.150, *Bull. civ. V*, 1998, n° 127
- Cass. soc., 15 juillet 1998, n° 97-43.985, *Bull. civ. V,* 1998, n° 381.
- Cass. soc., 20 octobre 1998, n° 96-40.757*, Bull. civ. V*, 1998, n° 431.
- Cass. soc., 1er décembre 1998, n° 96-22.465, Inédit.
- Cass. soc., 16 décembre 1998, n° 96-40.227, *Bull. civ. V*, 1998, n° 558.
- Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40.755, *Bull. civ. V*, 1999, n° 7.
- Cass. soc., 2 février 1999*,* n° 96-42.831, *Bull. civ. V*, 1999, n° 47.
- Cass. soc., 16 février 1999, n° 96-45.565, *Bull. civ. V*, 1999, n° 74.
- Cass. soc. 17 mars 1999, n° 97-45.555, *Bull. civ. V*, 1999, n° 126.
- Cass. soc., 30 mars 1999, n° 96-42.912, Inédit.
- Cass. soc., 18 mai 1999, n° 96-44.315, *Bull. civ. V*, 1999, n° 219.
- Cass. soc., 27 octobre 1999, nos 98-40.769 et 98-40.783**,** *Bull. civ. V*, 1999, n° 422.
- Cass. soc., 14 décembre 1999, n° 97-41.995, *Bull. civ. V*, 1999, n° 488.
- Cass. soc., 22 février 2000*,* n° 97-44.339**,** *Bull. civ. V,* 2000, n° 67.
- Cass. soc., 14 mars 2000, n° 97-43.268, *Bull. civ. V*, 2000, n°104.
- Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-43.823, *Bull. civ. V,* 2000, n° 127.
- Cass. soc., 11 juillet 2000, n° 98-40.143, *Bull. civ.* V, 2000, n° 276.
- Cass. soc., 11 juillet 2000, n° 98-42.305, Inédit.
- Cass. soc. 16 mai 2000, n° 97-45.256, *Bull. civ. V*, 2000, n° 181.
- Cass. soc., 17 octobre 2000, n° 98-42.177, *Bull. civ. V*, 2000, n° 327 et 328.
- Cass. soc., 21 novembre 2000, n° 98-41.788, *Bull. civ. V,* 2000, n° 383.
- Cass. soc., 12 décembre 2000, n° 98-44.580, *Bull. civ. V*, 2000, n° 417.
- Cass. soc. 17 janvier 2001, n° 98-44.354, *Bull. civ. V*, 2001, n° 13.
- Cass. soc., 23 janvier 2001, n° 98-44.843 et a., Bull. civ. V, 2001, n° 19.
- Cass. soc., 31 janvier 2001, n° 98-44.290, *Bull. civ. V*, 2001, n° 28.
- Cass. soc., 6 février 2001, n° 98-44.190, *Bull. civ. V*, 2001, n° 41.
- Cass. soc., 27 février 2001, n° 98-43.783, *Bull. civ. V*, 2001, n° 61.
- Cass. soc., 28 février 2001, n° 99-40.655, Inédit.
- Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-40.110, *Bull. civ. V*, 2001, n° 84.
- Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-45.735, *Bull. civ. V,* 2001, n° 87.
- Cass. soc., 21 mars 2001, n° 98-46.163, inédit.
- Cass. soc., 3 avril 2001, n° 98-45.818, *Bull. civ. V*, 2001, n° 115.
- Cass. soc. 15 mai 2001, n° 99-42.219, *Bull. civ. V*, 2001, n° 167.

- Cass. soc., 15 mai 2001, n° 99-42.937, *Bull. civ. V*, 2001, n° 168.
- Cass. soc., 22 mai 2001, n° 99-41.146, *Bull. civ. V*, 2001, n° 178.
- Cass. soc., 29 mai 2001, n° 98-46.341, *Bull. civ. V*, 2001, n° 183.
- Cass. soc., 5 juin 2001, n° 98-44.782, *Bull. civ. V*, 2001, n° 206.
- Cass. soc., 10 juillet 2001, n° 99-21.884, *Bull. civ. V*, 2001, n° 261.
- Cass. soc., 11 juillet 2001, n° 99-42.902, *Bull. civ. V*, 2001, n° 263.
- Cass. soc., 11 juillet 2001, n° 99-42.710, *Bull. civ. V*, 2001, n° 264.
- Cass. soc., 26 septembre 2001, n° 99-43.636, Inédit.
- Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-44.942, *Bull. civ. V*, 2001, n° 291.
- Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.727, *Bull. civ. V*, 2001, n° 292.
- Cass. soc., 9 octobre 2001, n° 99-43.016, *Bull. civ. V*, 2001, n° 341.
- Cass. soc. 6 novembre 2001, n° 99-43.988, *Bull. civ. V*, 2001, n° 337.
- Cass. soc., 27 novembre 2001, *Bull. civ. V*, 2001, n° 360.
- Cass. soc., 11 décembre 2001, n° 99-43.030, *Bull. civ. V*, 2001, n° 377.
- Cass. soc., 9 janvier 2002, n° 99-45.875, Inédit.
- Cass. soc., 24 janvier 2002, n° 00-18.215, *Bull. civ. V*, 2002, n° 35.
- Cass. soc., 6 février 2002, n° 99-45.418, Inédit.
- Cass. soc., 20 mars 2002, *Bull. civ. V*, 2002, n° 97.
- Cass. soc., 9 avril 2002, n° 99-44.534, Inédit.
- Cass. soc., 22 mai 2002, n° 99-45.878, *Bull. civ. V*, 2002, n° 176.
- Cass. soc., 9 juillet 2002, n° 91-42.040, Inédit .
- Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 99-44.224, *Bull. civ. V*, 2002, n° 239.
- Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-42.368, Inédit.
- Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-40.209, *Bull. civ. V*, n° 251.
- Cass. soc., 15 octobre 2002, n° 99-45.948, Inédit.
- Cass. soc., 30 octobre 2002, n° 00-45.608, *Bull. civ. V*, 2002, n° 331.
- Cass. soc., 26 novembre 2002, n° 00.42.401, *Bull. civ. V*, 2002, n° 352.
- Cass. soc., 3 décembre 2002, n° 00-44.321, Bull. civ. V, 2002, n° 361.
- Cass. soc., 25 février 2003, n° 00-42.031, *Bull. civ.* V, 2003, n° 66.
- Cass. soc., 26 février 2003, n° 01-40.255, Inédit.
- Cass. soc., 1er avril 2003, n° 01-01.395, *Bull. civ. V*, 2003, n° 129.
- Cass. soc., 30 avril 2003, n° 00-44.811, *Bull. civ. V*, 2003, n° 152.
- Cass. soc., 6 mai 2003, n° 01-41.370, Inédit.
- Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273, *Bull. civ. V*, n° 178.
- Cass. soc., 3 juin 2003, nos 01-43.573, 01-40.376, *Bull. civ. V,* 2003, n° 185.
- Cass. soc., 21 octobre 2003, n° 00-45.291 et 01-44.761, *Bull. civ. V*, 2003, n° 259.
- Cass. soc., 18 novembre 2003, n° 01-43.682, Inédit.
- Cass. soc., 2 décembre 2003, n° 01-43.227, *Bull. civ. V,* 2003, n° 304.
- Cass. soc., 3 février 2004, n° 01-44.741, Inédit.
- Cass. soc., 2 mars 2004, n° 01-44.084, *Bull. civ. V*, 2004, n° 68.
- Cass. soc., 2 mars 2004, nos 01-44.644 et 01-44.645, *Bull. civ. V*, 2004, n° 69.
- Cass. soc., 10 mars 2004, n° 02-40.010 à nos 02-40.017, *Bull. civ. V*, n° 78.
- Cass. soc., 16 mars 2004, n° 01-45.062, Inédit.
- Cass. soc., 5 mai 2004, n° 01-45.992, Inédit
- Cass. soc., 30 juin 2004, nos 02-41.720 et 02-41.771, *Bull. civ. V*, 2004, no 187.
- Cass. Soc., 6 avril 2004, n° 01-45.227, *Bull. civ. V*, 2004, n° 103.
- Cass. soc., 28 septembre 2004, nos 03-41.825 à 03-41.829, *Bull civ. V*, n° 228.
- Cass. soc., 5 octobre 2004, 02-44.487, Inédit.
- Cass. soc., 12 octobre 2004, n° 02-40.392, *Bull. civ. V*, 2004, n° 245.

- Cass. soc., 9 novembre 2004, n° 02-45.830, Inédit.
- Cass. soc., 17 novembre 2004, n° 02-46.100, *Bull. civ. V*, 2004, n° 292.
- Cass. soc., 23 mars 2005, n° 03-40.772, Inédit.
- Cass. soc., 30 mars 2005, n° 03-16.167**,** *Bull. civ. V*, 2005, n° 110.
- Cass. soc., 13 avril 2005, n° 03-42.965, *Bull. civ. V*, 2005, n° 134.
- Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017, *Bull. civ. V*, 2005, n° 165.
- Cass. soc., 5 juillet 2005, n° 03-44.281**,** *Bull. civ. V*, n° 231.
- Cass. soc., 6 juillet 2005, n° 04-46.085, Inédit.
- Cass. soc., 12 juillet 2005, n° 04-13.342, Bull. civ. V, 2005, n° 241.
- Cass. soc., 13 juillet 2005, n° 03-44.866, Inédit.
- Cass. soc., 26 octobre 2005, n° 03-41.796, Inédit.
- Cass. soc., 25 janvier 2006, n° 04-44.918, *Bull. civ. V,* 2006, n° 26.
- Cass. soc., 15 mars 2006, n° 02-46.496, *Bull. civ. V,* 2006, n° 102.
- Cass. soc., 22 mars 2006, n° 03-43.602, Inédit.
- Cass. soc., 28 mars 2006, n° 04-41.016, *Bull. civ. V*, 2006, n° 126.
- Cass. soc., 28 mars 2006, n° 04-41.695, *Bull. civ. V,* 2006, n° 127.
- Cass. soc., 26 avril 2006, n° 04-44.538, Inédit.
- Cass. soc., 3 mai 2006, n° 04-41.880, *Bull. civ. V*, 2006, n° 158.
- Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-43.592, *Bull. civ. V*, 2006, n° 196.
- Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.866, *Bull. civ. V*, 2006, n° 206.
- Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-45.846, *Bull. civ. V*, 2006, n° 209.
- Cass. soc., 12 juillet 2006, nº 04-47.558, *Bull. civ. V*, nº 256.
- Cass. soc. 21 septembre 2006, n° 05-41.155, *Bull. civ. V*, 2006, n° 289.
- Cass. soc., 26 septembre 2006, n° 05-41.173, Inédit.
- Cass. soc., 26 septembre 2006, n° 04-46.734, Inédit.
- Cass. soc., 18 octobre 2006, n° 04-48.025 et n° 04-47.400, *Bull. civ. V*, 2006, n° 308.
- Cass. soc., 8 novembre 2006, n° 05-41.504, *Bull. civ. V*, 2006, n° 331.
- Cass. soc., 21 novembre 2006, n° 05-40.656, *Bull. civ. V*, 2006, n° 349.
- Cass. soc., 29 novembre 2006, n° 05-42.144, Inédit.
- Cass. soc., 16 mai 2007, n° 05-43.455, Inédit.
- Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-17.582, Inédit.
- Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, *Bull. civ. V*, 2007, n° 85.
- Cass. soc., 30 mai 2007, n° 05-43.102, Inédit.
- Cass. soc., 26 septembre 2007, n° 06-40.039, *Bull. civ. V*, 2007, n° 136.
- Cass. soc., 30 octobre 2007, n° 06-44.757, *Bull. civ. V*, 2007, n° 178.
- Cass. soc., 28 novembre 2007, n° 06-21.964, *Bull. civ. V,* 2007, n° 201.
- Cass. soc., 19 décembre 2007, n° 06-41.731, Inédit.
- Cass. soc., 29 janvier 2008, n° 05-43.745, Inédit.
- Cass. soc., 29 janvier 2008, n° 06-45.279, Inédit.
- Cass. soc., 20 février 2008, n° 06-40.085 et n° 06-40.615, *Bull. civ. V*, 2008, n° 38.
- Cass. soc., 18 mars 2008, n° 06-45.093, *Bull. civ. V*, 2008, n° 64.
- Cass. soc., 18 mars 2008, n° 06-40.852, *Bull. civ. V*, 2008, n° 65.
- Cass. soc., 19 mars 2008, nº 06-45.434, Inédit
- Cass. soc., 10 avril 2008, n° 06-45.741, Inédit.
- Cass. soc., 11 avril 2008, n° 06-45.805 et a., Inédit.
- Cass. soc., 24 septembre 2008, n° 07-40.694, inédit.
- Cass. soc., 9 juillet 2008, n° 06-45.800, *Bull. civ. V*, 2008, n° 150.
- Cass. soc., 9 juillet 2008, n° 07-41.845, *Bull. civ. V*, 2008, n° 155.

- Cass. soc., 14 octobre 2008, n° 07-40.523, *Bull. civ. V,* 2008, n° 192.
- Cass. soc., 14 octobre 2008, n° 07-43.071, Inédit.
- Cass. soc., 22 octobre 2008, n°s 07-41.792 et 07-42.020, *Bull. civ. V*, 2008, n° 200.
- Cass. soc., 12 novembre 2008, n° 07-42.220, Inédit.
- Cass. soc., 3 décembre 2008, n° 07-42.331 et 07-42.332, Inédits.
- Cass. soc., 3 décembre 2008, n° 07-43.274, Inédit.
- Cass. soc., 16 décembre 2008, n° 07-43.993, Inédit.
- Cass. soc., 13 janvier 2009, n° 07-43.282, *Bull. civ. V*, 2009, n° 3.
- Cass. soc., 13 janvier 2009, n° 06-45.562, *Bull. civ. V,* 2009, n° 4.
- Cass. soc., 28 janvier 2009, n° 07-44.556, *Bull. civ. V*, 2009, n° 24.
- Cass. soc., 4 février 2009, n° 07-44.498, *Bull. civ. V*, 2009, n° 38.
- Cass. soc., 11 février 2009, n° 07-42.068, *Bull. civ.* V, 2009, n° 40.
- Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-44.247, Inédit.
- Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.346, *Bull. civ. V*, 2009, n° 144.
- Cass. soc., 17 juin 2009, n° 07-43.236, Inédit.
- Cass. soc., 23 juin 2009, n° 07-45.256, *Bull. civ. V*, 2009, n° 160.
- Cass. soc., 8 juillet 2009, n° 09-60.011, n° 09-60.031, n° 09-60.032, *Bull. civ. V*, 2009, n° 180.
- Cass. soc., 21 octobre 2009, n° 07-43.877, *Bull. civ. V*, 2009, n° 226.
- Cass. soc., 16 septembre 2009, n° 08-42.816, Inédit.
- Cass. soc., 23 septembre 2009, n° 08-40.434, *Bull. civ. V*, 2009, n° 190.
- Cass. soc., 8 décembre 2009, n° 08-17.191, *Bull. civ. V*, 2009, n° 276.
- Cass. soc., 8 décembre 2009, n° 08-42.097, Inédit.
- Cass. soc., 15 décembre 2009, n° 07-44.264, *Bull. civ. V*, 2009, n° 284.
- Cass. soc., 6 janvier 2010, n° 08-70.259, Inédit.
- Cass. soc., 10 janvier 2010, n° 08-43.201, *Bull. civ. V*, 2010, n° 14.
- Cass. soc., 20 janvier 2010, n° 08-43.236, Inédit.
- Cass. soc., 17 mars 2010, n° 08-43.275, Inédit.
- Cass. soc., 17 mars 2010, n° 08-45.089, Inédit.
- Cass. soc., 31 mars 2010, n° 09-60.241, Inédit.
- Cass. soc., 7 avril 2010, n° 08-44.866, *Bull. civ. V*, 2010, n° 86.
- Cass. soc., 14 avril 2010, n°08-54.247, *Bull. civ. V*, 2010, n° 96.
- Cass. soc., 14 avril 2010, n° 08-43.258, Inédit.
- Cass. soc., 19 mai 2010, n° 09-40.103, Inédit.
- Cass. soc., 9 juin 2010, n° 09-41.040, *Bull. civ. V*, 2010, n° 131.
- Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-40.042, Inédit.
- Cass. soc., 12 juillet 2010, n° 09-66.339, *Bull. civ. V*, 2010, n°168.
- Cass. soc., 12 juillet 2010, n° 08-44.363, Inédit.
- Cass. soc., 10 novembre 2010, n° 09-41.628, Inédit.
- Cass. soc., 17 novembre 2010, n° 09-66.755, Inédit.
- Cass. soc., 30 novembre 2010, n° 08-43.499, *Bull. civ. V,* 2010, n° 273.
- Cass. soc., 1er décembre 2010, n° 10-60.138, Inédit.
- Cass. soc., 14 décembre 2010, n° 10-60.137, *Bull. civ. V*, 2010, n° 290.
- Cass. soc., 15 décembre 2010, n° 09-42.691, Inédit.
- Cass. soc., 26 janvier 2011, n° 09-40.285, Inédit.
- Cass. soc., 2 février 2011, n° 09-72.449/09-72.450, Inédit.
- Cass. soc., 2 février 2011, n° 10-14.263, Inédit.
- Cass. soc., 9 mars 2011, n° 09-42.150, *Bull. civ. V*, 2011, n° 69.
- Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-43.507, Inédit.

- Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-69.127, Inédit.
- Cass. soc. 28 avril 2011, n° 10-30.107, *Bull. civ. V,* 2011, n° 96.
- Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-67.464, *Bull. civ. V*, 2011, n° 105.
- Cass. soc., 4 mai 2011, n° 09-43.192, Inédit.
- Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, *Bull. civ. V*, 2011, n° 181.
- Cass. soc., 21 septembre 2011, n° 10-15.127, Inédit.
- Cass. soc., 21 septembre 2011, n° 10-14.869, Inédit.
- Cass. soc., 28 septembre 2011, n° 10-16.995, Inédit.
- Cass. soc., 25 octobre 2011, n° 10-21.191, Inédit.
- Cass. soc., 26 octobre 2011, n° 09-71.322, Inédit.
- Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-14.702, *Bull. civ. V,* 2011, n° 246.
- Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-18.036, *Bull. civ. V*, 2011, n° 247.
- Cass. soc., 8 novembre 2011, n° 10-19.339, Inédit.
- Cass. soc., 23 novembre 2011, n° 10-30.833, Inédit.
- Cass. soc., 15 décembre 2011, n° 10-15.873, Inédit.
- Cass. soc., 10 janvier 2012, n° 10-23.482, *Bull. civ. V*, 2012, n° 2.
- Cass. soc., 11 janvier 2012, 10-28.213, *Bull. civ. V*, 2012, n° 12.
- Cass. soc., 18 janvier 2012, n° 10-30.677, Inédit.
- Cass. soc., 25 janvier 2012, n° 10-16.369, Inédit.
- Cass. soc., 26 janvier 2012, n° 11-10.189, Inédit.
- Cass. soc., 31 janvier 2012, n° 10-25.367, Inédit.
- Cass. soc., 9 février 2012, n° 10-21.688, Inédit.
- Cass. soc., 28 février 2012, nº 10-18.308, *Bull. civ. V*, 2012, n° 78.
- Cass. soc., 12 avril 2012, n° 11-15.971, Inédit.
- Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-13.884, *Bull. civ. V*, 2012, n° 135.
- Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-11.252, Inédit.
- Cass. soc., 10 mai 2012, n° 10-28.585, Inédit.
- Cass. soc., 23 mai 2012, n° 10-23.521, *Bull. civ. V*, 2012, n°156.
- Cass. soc., 31 mai 2012, n° 11-10.282, *Bull. civ. V*, 2012, n° 163.
- Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-14.022, Inédit.
- Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11-12.502, Inédit.
- Cass. soc., 14 septembre 2012, n° 11-21.307, *Bull. civ. V*, 2012, n° 230.
- Cass. soc., 17 octobre 2012, n° 11-18.029, Inédit.
- Cass. soc., 14 novembre 2012, n° 11-20.391, *Bull. civ. V*, 2012, n° 293.
- Cass. soc., 12 décembre 2012, n° 11-24.633, Inédit.
- Cass. soc., 6 février 2013, n° 11-11.740 et a., *Bull. civ. V,* 2013, n° 27.
- Cass. Soc., 6 février 2013, n° 11-23.738, *Bull. civ. V*, 2013, n° 31.
- Cass. soc., 12 février 2013, n° 11-28.649, *Bull. civ. V*, 2013, n° 34.
- Cass. soc., 13 février 2013, n° 11-23.920, *Bull. civ. V*, 2013, n° 37.
- Cass. soc., 26 février 2013, n° 11-27.372, Inédit.
- Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-28.916, Inédit.
- Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845, *Bull. civ. V*, 2013, n° 75.
- Cass. soc., 27 mars 2013, n° 11-26.539, *Bull. civ.* V, 2013, n° 85.
- Cass. soc., 23 mai 2013, n° 12-15.461, Inédit.
- Cass. soc., 19 juin 2013, n° 12-15.442, Inédit.
- Cass. soc. , 26 juin 2013, n° 12-16564, Inédit.
- Cass. soc., 27 novembre 2013, n° 11-21.057, Inédit.
- Cass. soc., 18 décembre 2013, n° 12-17.832, Inédit.
- Cass. soc., 14 janvier 2014, n° 12-16.218, *Bull. civ. V*, 2014, n° 4.

- Cass. soc., 5 mars 2014, n° 11-14.426, *Bull. civ. V*, 2014, n° 69.
- Cass. soc., 2 avril 2014, n° 13-11.922, Inédit.
- Cass. soc., 11 juin 2014, n° 11-20.985, *Bull. civ. V*, 2014, n° 137.
- Cass. soc., 25 juin 2014, n° 13-16.392, Inédit.
- Cass. soc., 29 septembre 2014, n° 13-18.344, Inédit.
- Cass. soc., 8 octobre 2014, n° 13-18.873, *Bull. civ. V*, 2014, n° 223.
- Cass. soc., 8 octobre 2014, n° 13-14.991, *Bull. civ. V*, 2014, n° 230.
- Cass. soc., 15 octobre 2014, n° 13-11.524, *Bull. civ.* V, 2014, n° 240.
- Cass. soc., 29 octobre 2014, n° 13-18.173, Inédit.
- Cass. soc., 29 octobre 2014, n° 13-21.192, Inédit.
- Cass. soc., 5 novembre 2014, n° 13-18.427, *Bull. civ. V*, 2014, n° 255.
- Cass. soc., 13 novembre 2014, 13-14.206, *Bull. civ. V*, 2014, n° 262.
- Cass. soc., 19 novembre 2014, n° 13-18.749, Inédit.
- Cass. soc., 9 avril 2015, n° 13-19.855.
- Cass. soc., 23 septembre 2015, n° 14-14.021, Inédit.
- Cass. soc., 14 octobre 2015, n° 14-12.478, Inédit.
- Cass. soc., 12 janvier 2016, n° 14-21.439, Inédit.
- Cass. soc., 26 janvier 2016, n° 14-19.002, À paraître.
- Cass. soc., 26 janvier 2016, n° 14-15.360, À paraître.
- Cass. soc., 3 février 2016, n° 14-18.600, À paraître.
- Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-17.576, Inédit.
- Cass. soc., 7 avril 2016, n° 14-27.949, Inédit.
- Cass. soc., 15 avril 2016, n° 15-12.533, Inédit.

b) Chambres civiles

- Cass. civ., 27 mai 1930 : D.H. 1930, p. 426.
- Cass. civ. 1ère, 23 mai 1977, n° 76-10.716**,** *Bull. civ. I*, 1977, n° 244.
- Cass. civ. 1ère, 29 mai 1984, n° 82-12.232, *Bull. civ. I*, 1984, n° 176.
- Cass. civ. 1ère, 16 octobre 1984, n° 83-11.786, *Bull. civ. I,* 1984, n° 268.
- Cass. civ. 1ère, 4 octobre 1989, n° 87-19.658, *Bull. civ. I*, 1989, n° 307.
- Cass. civ. 1ère, 21 mai 1990, n° 88-12.829, *Bull. civ. I*, 1990, n° 117.
- Cass. civ. 1ère, 6 novembre 1990, n° 89-15.246, *Bull. civ. I*, 1990, n° 238.
- Cass. civ. 1ère, 19 mars 1991, n° 89-19.960**,** *Bull. civ. I*, 1991, n° 96.
- Cass. civ. 1ère, 10 mai 1995, n° 92-10.736, *Bull. civ. I*, n° 194.
- Cass. civ. 1ère, 6 mars 1996, n° 94-11.273, *Bull. civ. I*, 1996, n° 124.
- Cass. civ. 1ère, 5 novembre 1996, *Bull. civ. I*, 1996, n° 378.
- Cass. civ. 1ère, 14 mars 2000, n° 97-21.581, *Bull. civ. I*, 2000, n° 87.
- Cass. civ. 1ére, 30 mai 2000, n° 98-14.610, *Bull. civ. I*, 2000, n° 167.
- Cass. civ. 1ère, 20 décembre 2000, n° 98-13.875, *Bull. civ. I*, 2000, n° 341.
- Cass. civ. 1ère, 3 avril 2002, n° 99-19.852, *Bull. civ. I*, 2002, n° 110.
- Cass. civ. 1ère, 9 juillet 2003, n° 00-20.289, *Bull. civ. I*, 2003, n° 172.
- Cass. civ. 1ère, 9 décembre 2003, n° 01-11.587, *Bull. civ. I*, 2003, n° 254.
- Cass. civ. 1ère, 15 juin 2004, n° 01-02.328, *Bull. civ. I*, 2004, n° 171, p. 142.
- Cass. civ. 1ère, 6 juillet 2005, n° 01-15.912, *Bull. civ. I*, 2005, n° 302.
- Cass. civ. 1ère, 7 février 2006, n° 04-10.941, *Bull. civ. I*, 2006, n° 59.
- Cass. civ. 1ère, 7 mars 2006, n° 04-20.715, *Bull. civ. I*, 2006, n° 139.
- Cass. civ. 1ère, 24 octobre 2006, n° 04-17.560, *Bull. civ. I*, 2006, n° 438.
- Cass. civ. 1ère, 7 novembre 2006, n° 05-12.788, *Bull. civ. I*, 2006, n° 466.

- Cass. civ. 1ère, 15 mai 2007, (huit arrêts), n° 06-18.448, *Bull. civ. I*, n° 191.
- Cass. civ. 1ère, 7 mai 2008, n° 07-12.126, *Bull. civ. I*, 2008, n° 126.
- Cass. civ. 1ère, 22 mai 2008, 06-19.147, *Bull. civ. I*, 2008, n° 146.
- Cass. civ. 1ère, 13 novembre 2008, n° 06-16.278, *Bull. civ. I*, 2008, n° 259.
- Cass. civ. 1ère, 5 février 2009, n° 07-17.525, *Bull. civ. I*, 2009, n° 22.
- Cass. civ. 1ère, 17 mars 2011, n° 10-11.784, *Bull. civ I*, 2011, n° 58.
- Cass. civ. 1ère, 4 mai 2011, n° 09-71.144, Inédit.
- Cass. civ. 1ère, 4 novembre 2011, nº 10-24.761, *Bull. civ. I*, 2011, n° 196.
- Cass. civ. 1ère, 10 avril 2013, n° 11-19.530, *Bull. crim.*, 2013, n° 70.
- Cass. Civ. 1ère, 27 novembre 2013, n° 12-24.651, *Bull. civ. I*, 2013, n° 232.
- Cass. civ. 2ème, 10 novembre 1966, n° 906 : *D.*, 1967, p. 178.
- Cass. civ. 2ème, 19 novembre 1986, *Bull. civ. II*, 1986, n° 172.
- Cass. civ. 2ème, 29 avril 2004, n° 02-19.432, *Bull. civ. II,* 2004, n° 201.
- Cass. civ. 2ème, 10 juin 2004, n° 02-12.926, *Bull. civ. II*, 2004, n° 292
- Cass. civ. 2ème, 22 novembre 2007, n° 06-18.250, *Bull. civ. II*, 2007, n° 261.
- Cass. civ. 2ème, 11 septembre 2008, n° 07-18.483, Inédit.
- Cass. civ. 2ème, 10 novembre 2009, n° 08-19.510, *Bull. civ. II*, 2009, n° 265.
- Cass. civ. 3ème, 16 novembre 1977, n° 76-11.874, *Bull. civ. III*, n° 395.
- Cass. civ. 3ème, 24 octobre 1990, *Bull. civ.* III., 1990, n° 295.
- Cass. civ. 3ème, 5 juillet 1995, n° 92-20.425, Bull. civ. III, n° 174.
- Cass. civ. 3ème, 21 février 2001, n° 98-20.817, *Bull. civ. III,* 2001, n° 20.
- Cass. civ. 3ème, 25 février 2004, n° 02-18.081, *Bull. civ. III*, 2004, n° 41.
-

c) chambre criminelle

- Cass. crim., 9 mars 1957, *Bull. crim.*, 1957, n° 241.
- Cass. crim., 28 mai 1968, n° 67-92.037, *Bull. crim.*, 1968.
- Cass. crim. 5 février 1970, n° 69-90.040, *Bull. crim.*, 1970, n° 56.
- Cass. crim., 20 juin 1973, n° 72-92.270, *Bull. crim.*, 1973, n° 289.
- Cass. crim. 9 octobre 1978, n° 76-92.075, *Bull. crim.*, 1978, n° 263.
- Cass. crim., 8 janvier 1979, nº 77-93.038, *Bull. crim.*, 1979, nº 13.
- Cass. crim., 16 avril 1980, n° 77-92.500, *Bull. crim.*, 1980, n° 108.
- Cass. crim., 19 novembre 1985, n° 83-92.813, *Bull. crim.*, 1985, n° 364.
- Cass. crim., 29 avril 1986, nº 84-93.281, *Bull. crim.*, 1986, n° 148.
- Cass. crim., 16 janvier 1990, n° 89-83075, Inédit.
- Cass. crim., 26 mai 1992, *Bull. crim*., 1992, n° 212.
- Cass. crim., 23 mai 1995, *Bull. crim.*, 1995, n° 193.
- Cass. crim., 19 décembre 1995, n° 94-81.431, *Bull. crim.*, 1995, n° 387.
- Cass. crim., 27 octobre 1996, *Bull. crim.*, 1996, n° 431.
- Cass. crim. 7 octobre 1997, n° 96-81.485, *Bull. crim.*, 1997, n° 324.
- Cass. crim., 29 juin 1999, n° 97-84.166, *Bull. crim.*, 1999, n° 158.
- Cass. crim., 30 octobre 2001, n° 99-82.136, Inédit.
- Cass. crim., 11 mai 2004, nº 03-85.521, *Bull. crim.*, 2004, nº 117.
- Cass. crim., 19 mai 2004, n° 03-83.953, *Bull. crim.*, 2004, n° 126.
- Cass. crim., 22 septembre 2004, n° 04-80.285, *Bull. crim.*, 2004, n° 218.
- Cass. crim., 28 septembre 2004, n° 03-86.604*, Bull. crim*, 2004, n° 224.
- Cass. crim., 4 janvier 2005, n° 04-80.812, Inédit.
- Cass. crim., 14 février 2006, n° 05-83.284, Inédit.

- Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-86.491, Inédit.
- Cass. crim., 6 septembre 2006, n° 05-87.134, Inédit.
- Cass. crim., 19 septembre 2006, n° 05-85.360, Inédit.
- Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-84.002, Inédit.
- Cass. crim., 6 mai 2008, n° 07-82.000, *Bull. crim.*, 2008, n° 102.
- Cass. crim., 28 octobre 2008, n° 08-81.432, *Bull. crim.*, 2008, n° 215.
- Cass. crim., 13 janvier 2009, n° 08-84.088, *Bull. crim.*, 2009, n° 13.
- Cass. crim. 23 juin 2009, n° 07-85.109, *Bull. crim*, 2009, n° 126.
- Cass. crim., 20 octobre 2010, n° 09-88.387, Inédit.
- Cass. crim., 16 novembre 2011, n° 10-87.866, *Bull. crim.*, 2011, n° 233.
- Cass. crim., 28 juin 2012, n° 11-14.486, *Bull. crim.*, 2012, n° 145.
- Cass. crim., 19 juin 2013, n° 12-83.031, *Bull. crim.,* 2013, n° 145.

d) Chambre commerciale

- Cass. com., 13 février 1990, n° 88-13.828, *Bull. civ. IV*, 1990, n° 38.
- Cass. com., 6 mai 1996, n° 94-13.347, *Bull. civ. IV*, 1996, n° 125.
- Cass. com., 8 mars 2005, n° 02-15.783, *Bull. civ. IV*, 2005, n° 44.
- Cass. com., 13 février 2007, n° 04-16.520, Inédit.
- Cass. com., 10 février 2015, n° 13-14.779.

e) **Chambre mixte**

- Cass. ch. mixte, 25 octobre 1968, n° 66-60.055, *Bull. ch. mixte*, 1968, n° 1
- Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, *Bull. ch. Mixte*, 2007, n° 3.

f) Assemblée plénière

- Cass. Ass. plén., 19 mai 1978, n° 76-41.211, *Bull ass. plén.*, 1978, n° 1
- Cass., Ass. plén., 11 décembre 1992, n° 91-11.900 et 91-12.373, *Bull. Ass. plén.*, 1992, n° 13.
- Cass. Ass. plén., 25 février 2000, n° 97-17.378 et n° 97-20.152, , *Bull. Ass. plén.*, 2000, n° 2.
- Cass. Ass. plén., 12 juillet 2000, n° 98-10.160 et 98-11.155, *Bull. Ass. plén*., 2000, n° 8.
- Cass. Ass. plén., 7 janvier 2011, n° 09-14.316, Bull. Ass. plén., 2011, n° 1.
- Cass. Ass. plén., 22 avril 2011, n° 09-43.334, Bull. Ass. plén., 2011, n°3.
- Cass., Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Bull. Ass. plén.*, 2014, n° 1.

3 / Conseil d'État

- CE, 16 mars 1962, *Cie des tramways d'Oran, Rec.*, p. 176
- CE 1er février 1980, n° 06361.
- CE, 16 janv. 1985, n° 46591.
- CE, 12 juin 1987, n° 72388.
- CE, 17 juin 1987, n° 32805.
- CE, 25 janvier 1989, n° 64296.
- CE, 11 juillet 1990, n° 85416.

- CE 20 juillet 1990 : *Dr. soc.,* 1990, p. 862.
- CE, 17 avril 1991, n° 89872.
- CE, 30 novembre 1994, n° 143107.
- CE, 16 décembre 1994, n° 112855.
- CE, 30 juillet 1997, n° 182400.
- CE, 7 juin 2000, n° 191828.
- CE, 28 mars 2006, n° 291399.
- CE, 17 juin 2009, n° 314729.
- CE, 20 octobre 1999, n° 196702.
- CE, 20 octobre 2010, n° 327016.
- CE, 15 décembre 2010, n° 316856.
- CE, 29 juin 2011, n° 339147.
- CE, 9 juillet 2014, n° 345253, 352987 et 373610.

4 / Cours d'appel

- CA Paris, 25 octobre 1961 : *JCP G*, 1961, II, 12377.
- CA Paris, 1ère ch., 20 avril 1962 : *JCP G*, 1963, II, 13205bis.
- CA Paris, 17 mars 1966 : *D.*, 1966, p. 749.
- CA Paris, 15 mai 1970 : *D.*, 1970, p. 466.
- CA Poitiers, 14 novembre 1973 : *D.*, 1974, p. 68.
- CA Nancy, 25 novembre 1982 : *D.*, 1985, p. 354.
- CA Paris, 4 novembre 1983 : *Gaz. Pal.*, 1984, 1, Somm. p. 201.
- CA Poitiers, 4 mars 1986 : *Bull. soc. F. Lefebvre*, 1986, p. 481, n° 1270.
- CA Paris, 10 avril 1987 : *D.*, 1987, IR 120.
- CA Paris 4 juin 1987 : *D.*, 1987, p. 610.
- CA Paris, 12 octobre 1988 : *D.*, 1988, inf. rapp. p. 296.
- CA Paris, 28 février 1989 : *D.*, 1989, IR 128.
- CA Paris, 11 janvier 1990 : *D.*, 1990, inf. rap. p. 56.
- CA Paris, 7 juin 1990 : *JCP E*, 1991, II, n° 191.
- CA Versailles, 19 septembre 1990 : *RJS*, 1991, 9.
- CA Paris, 26 novembre 1990 : *Gaz. Pal.*, 1991, 1, somm. p. 221.
- CA Paris, 5 avril 1993 : *Gaz. Pal.*, 1994, 1, somm. p. 94.
- CA Paris, 1ère ch., sect. A, 22 juin 1993, X c/ Y : *JCP E*, 1994, n° 359.
- CA Pau, 1er octobre 1993 : RJS 04/94, n° 511.
- CA Paris, 11e ch., sect. A., 15 février 1994, n° 93/03512.
- CA Versailles, 8 juillet 1994 : *RJS*, 12/1994, n° 1359.
- CA Rennes, 3ème ch., 6 février 1996, *France Télécom c/ Bargain* : *LPA*, 2 juin 1997, n° 66, p. 11.
- CA Pau, 1ère ch., 28 mai 1997 : *JCP E*, 1997, 1298.
- CA Versailles, 2 juillet 1997, *Filetech* : *LPA*, 1997, n° 138, p. 7.
- CA de Saint-Denis de la Réunion, 9 septembre 1997 : *D.,* 1998, p. 546.
- CA Paris, 24 février 1998 : *D.*, 1998, p. 225.
- CA Paris, 30 octobre 1998 : *D.*, 1998, IR p. 259.
- CA Paris, 22 mars 1999 : Comm. com élec., 1999, n° 35.
- CA Paris, 28 avril 2000, n° 1999/17753.
- CA Paris, 22ème ch., sect. B, 15 mai 2001 : *Comm. Com. élec.*, 2001, comm. n° 118.
- CA Paris, 1ère ch., sect. B, 20 septembre 2001, n° 2000/14309.
- CA Caen, 1ère ch. civ. et com., 21 février 2002 : *D.*, 2002, p. 2512.

- CA Versailles, 21 mars 2002 : *D.*, 2002, somm. p. 2374.
- CA Nîmes, 22 novembre 2002, n° 1239/02.
- CA Aix-en-Provence, 17e ch., 17 décembre 2002, RG n° 02/08362.
- CA Paris, 10 Janvier 2003, n° 01/32669.
- CA Bordeaux, 10 février 2003 : *JCP G*, 2003, IV, 2991.
- CA Versailles, 6ème ch., 18 mars 2003, n° 02/00046.
- CA Dijon, 29 juin 2004 : *JCP G*, 2004, IV, 3481.
- CA Paris, 4 février 2005, n° 04/20259.
- CA Metz, 22 mars 2005 : *D.* 2006, Jur. p. 489.
- CA Rouen, ch. soc., 3 mai 2005, RG n° 03/04473.
- CA Toulouse, ch. 4, sect. 2, 17 juin 2005, n° 04/04476.
- CA Versailles, 22 septembre 2005 : *D.*, 2006. Pan. 2705.
- CA Aix-en-Provence, 13 mars 2006, n° 03/15440.
- CA Paris, 15 juin 2006 : *Dr. soc.*, 2007, p. 423.
- CA Besançon, 31 janvier 2007 : *D.*, 2007, p. 2771.
- CA Grenoble, ch. soc., 18 avril 2007, n° 06/00198.
- CA Paris, 10 septembre 2008 : *D.*, 2008, p. 2985.
- CA Lyon, 8ème civ., 27 janvier 2009, n° 07/07877.
- CA, Toulouse, 4ème ch. soc., 19 février 2010, n° 08/06630.
- CPH Boulogne-Billancourt, 19 novembre 2010, n° 09/00316 et n° 09/00343.
- CA Caen, 23 septembre 2011, n° 09-03336.
- CA Rouen, 15 novembre 2011 : RG n° 11/01830.
- CA Montpellier, 5ème ch., sect. A, 15 décembre 2011, n° 11/02945, Jean-Marc D c/ JFG Networks.
- CA Dijon, 12 juillet 2012, ch. soc., n° 10/01122.
- CA Bordeaux, 27 novembre 2012 : *SSL*, n° 1556, 7 janv. 2013, p. 11.
- CA Lyon, ch. soc. A, 24 mars 2014, n° 13/03463.
- CA Chambéry, 25 mars 2014, ch. soc., n° 13/01065.
- CA Bordeaux, ch. soc. sect. A, 1er avril 2014, n° 13/01992.
- CA, Agen, 3 août 2005, n° 04-00356.

5 / Juridictions de première instance

- Tribunal civil de la Seine du 16 juin 1858 *: D.*, 1858, 3, p. 62.
- Trib. Civ. Seine, 8 décembre 1928 : Sem. Jur. 1929, p. 528.
- Trib. Paix Marseille, 7 juillet 1955 : *Dr. ouvr.*, 1955, p. 521.
- TGI Seine, 15 juin 1961 : *Dr. soc.*, 1962, p. 91.
- TGI Seine, 24 novembre 1965 : *D.*, 1967, p.457.
- TGI Paris, 4 avril 1970 : *D.*, 1971, Somm. p. 7.
- TGI Paris, 28 février 1973 : *JCP G*, 1973, II, 17401.
- TGI Marseille, 18 janvier 1974 : *Gaz. Pal.*, 1974, p. 282.
- TGI Seine, 26 septembre 1975 : JCP G, 1976, IV, 175.
- TI Lyon, 21 octobre 1975 : *Dr. ouvr.*, 1976, p. 337.
- TI Villeurbanne, 29 octobre 1980 : *JCP*, 1981, IV, 396.
- TA Nantes, 22 octobre 1982 : *D.*, 1983, p. 496.
- TGI Paris, 1ère ch., 11 juillet 1984, *B. C/ Les Editions Lieu Commun* : D., 1985, inf. rapp. p. 166.

- TGI Paris, 1ère ch. A, 12 janvier 1987, *Sté Presse Alliance c/ Mac Neil* : *D.*, 1987, somm. p. 386.
- TGI Paris (réf.), 28 septembre 1989, *J. Calvet c/ Le Canard Enchainé* : *Gaz. Pal.*, 1989, 2, somm. p. 789.
- TGI Paris, 8 septembre 1999 : *Comm. com. élec.*, 2000, comm. n° 60.
- TGI Paris, 5 janvier 2000 : *D.*, 2001, somm. p. 1992.
- TGI Paris, 22ème ch., sect. B, 15 mai 2001 : *Comm. com. élec.*, 2001, comm. n° 118.
- TGI Paris, 31 octobre 2001 : *Comm. com. élec.*, 2002, comm. n° 50.
- TGI Paris, 19 novembre 2003 : *Légipresse*, 2004, I, p. 23.
- TGI Paris, 27 septembre 2004 : *Légipresse*, 2005, I, p. 173.
- TGI Paris, 5 janvier 2005 : *Légipresse*, 2005, I, p. 53.
- TGI Libourne, réf., 15 septembre 2005 : *RLDI*, déc. 2005, p. 26.
- TGI Paris, 5 avril 2006 : *D.*, 2006, p. 2704.
- TGI Nanterre, 27 avril 2006 : *Légipresse*, 2006, I, p. 125.
- TGI Paris, 22 octobre 2007 : *Légipresse*, 2007, I, p. 179.
- TGI Paris, 28 janvier 2008 : Légipresse 2008, I, p. 34.
- TGI Nanterre, 20 mars 2009 : *Légipresse*, 2009, I, p. 56.
- TGI Caen, 5 novembre 2009 : *JCP E*, 2010, n° 1470, § 8.
- TGI, Nanterre, 1ère ch., 2 juillet 2009, *Ophélie Winter et Michaël Benisty c/ Sté 20 minutes AG* : *Légipresse*, 2009, I, p.168.
- TGI Montpellier, ord. réf., 28 octobre 2010 : *Comm. com. électr.*, 2011, comm. 47.
- TGI Béthune, 14 décembre 2010, *Sté Acces Form Everywhere c/ Éric N* : *RLDI*, 2011, n°67, p. 42.
- TGI Nanterre, 3 février 2012, n° 10/12015.
- T. com. Paris, 1ère ch., 28 janvier 2014, *X c/ Google Inc. et Google France* : www.legalis.net [consulté le 10.10.2016].
- TGI Paris, ord. réf., 7 juillet 2014, *M. C/ Crédit Lyonnais* : *Comm. Com. Elec.*, 2014, n° 81.
- TGI Paris, 19 décembre 2014, *Marie-France M. c/ Google France Google Inc.*

B **/ JURISPRUDENCE EUROPÉENNE**

1 / ARRÊTS CEDH / Commission des droits de l'homme

- CEDH, 6 septembre 1978, Req. n° 5029/71, *Klass et a. c/ Allemagn*
- CEDH, Ass. plénière, 13 juin 1979, Req. n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique*.
- CEDH, 22 octobre 1981, Req. n° 7525/76*, Dudgeon c/ Royaume-Uni*.
- CEDH, 25 février 1983, Req. n° 5947/72 et a., *Silver et a. c/ Royaume-Uni*
- CEDH, 3 mai 1984, Req. n° 7819/77 et 7878/77, *Campbell et Felle C/ Royaume-Uni*
- CEDH, 2 août 1984, Req. n° 8691/79, *Malone c/ Royaume-Uni*
- CEDH, 24 novembre 1986, Req. n° 9063/80, *Gillow c/ Royaume-Un*i.
- CEDH, 26 octobre 1988, Req. n° 8225/78, *Norris c/ Irlande*.
- CEDH, 30 mars 1989, Req. n° 10461/83, *Chapell c/ Royaume-Uni.*
- CEDH, 22 juin 1989, Req. n° 11373/85, *Eriksson c/ Suède*.
- CEDH, 24 avril 1990, Req. n° 11105/84, *Kruslin et Huvig c/ France*
- CEDH, 30 août 1990, Req. n° 9511/81, *Mc Callum c/ Royaume-Uni.*
- CEDH, 25 février 1992, Req. n° 10802/84, *Pfeifer et Plankl c/ Autriche*.
- CEDH, Ass. plénière, 25 mars 1992, Req. n° 13343/87, *B. c/ France.*
- CEDH, 24 septembre 1992, Req. n° 10533/83, *Herczegfalvy c/ Autriche*.
- CEDH, 16 décembre 1992, req. n° 13710/88, *Niemietz c/ Allemagne*.
- CEDH, 22 avril 1993, Req. n° 15070/89, *Modinos c/ Chypre.*
- CEDH, 23 juin 1993, Req. n° 12875/87, *Hofmann c/ Autriche.*
- CEDH, 22 février 1994, Req. n° 16213/90, *Burghartz c/ Suisse.*
- CEDH, 25 novembre 1994, Req. n° 18131/91, *Stjerna c/ Finlande*.
- CEDH, 31 janvier 1995, Req. n° 15225/89, *Friedl c/ Autriche*.
- CEDH, 24 octobre 1996, Req. n°s 15773/89 et 15774/89, *Guillot c/ France*.
- CEDH, 19 février 1997, Req. n°s 21627/93 - 21628/93 - 21974/93, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni.*
- CEDH, 25 février 1997, Req. n° 22009/93, *Z. c/ Finlande.*
- CEDH, 25 juin 1997, Req. n° 20605/92, *Halford c/ Royaume-Uni*.
- CEDH**,** 24 février 1998, Req. n° 153/1996/772/973, *Botta c/ Italie.*
- CEDH, 21 janvier 1999, aff. 29183/95, *Fressoz et Roire c/ France*.
- CEDH, 28 octobre 1999, Req. n° 45726/99, *Pilar de la Cierva et a. c/ Espagne*.
- CEDH, 6 février 2001, Req. n° 44599/98, *Bensaid c/ Royaume-Uni.*
- CEDH, 7 février 2002, Req. n° 51585/99, *Mikulic c/ Croatie.*
- CEDH, 16 avril 2002, Req. n° 37971/97, *Sté Colas c/ France.*
- CEDH, 29 avril 2002, Req. n°2346/02.*Pretty c/ Royaume-Uni*.
- CEDH, 13 février 2003, Req. n° 42326/98, *Odièvre c/ France*.
- CEDH, 27 juillet 2004, Req. n° 55480/00 et n° 59330/00, *Sidabras et Dziautas c/ Lituanie*.
- CEDH, 17 février 2005, Req. n° 32576/96, *K.A. et A.D. c/ Belgique*.
- CEDH, 13 juillet 2006, Req. n° 58757/00, *Jäggi c/ Suisse*.
- CEDH, 3 avril 2007, Req. n° 62617/00, *Copland c/ Royaume-Uni.*
- CEDH, 14 juin 2007, 1ère sect., Req. n° 71111/01, *Hachette Filipacchi et associés c/ France.*
- CEDH, Gde ch., 4 décembre 2008, Req. n°s 30562/04 et 30566/ 04, *S. et Maroer c/ Royaume-Uni*.
- CEDH, 8 janvier 2009, Req. n° 29002/06, *Schlumpf c/ Suisse*.

- CEDH, 28 mai 2009, Req. n° 26713/05, *Bigaeva c. Grèce.*
- CEDH, 23 juillet 2009, Req. n° 12268C/03, *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris) c/ France*.
- CEDH, 23 septembre 2010, Req. n° 1620/03, *Schüth c/ Allemagne*.
- CEDH, 23 septembre 2010, Req. n° 425/03, *Obst c/ Allemagne.*
- CEDH, 14 décembre 2010, Req. n° 67545/09, *Ternovszky c/ Hongrie.*
- CEDH, 20 janvier 2011, Req. n° 31322/07, *Hass c/ Suisse.*
- CEDH, 3 février 2011, Req. n° 18136/02, *Siebenhaar c/ Allemagne*.
- CEDH, 15 mai 2012, Req. n° 56030/07, *Fernandez Martinez c/ Espagne.*
- CEDH, 9 janvier 2013, Req. n° 21722/11, *Oleksandr Volkov c. Ukraine.*
- CEDH, 15 janvier 2013, Req. n° 48420/10 et a., Eweida, *Chaplin et a. c/ Royaume-Uni.*
- CEDH, 3 octobre 2013, Req. n° 552/10, *I.B. c. Grèce.*
- CEDH, 1er juillet 2014, Req. n° 43835/11, *SAS c./ France.*
- CEDH, 19 mai 2015, n° 53649/09, *Von Hannover c/ Allemagne*.
- CEDH, 6 juin 2016, Req. n° 61496/08, *Bărbulescu c/ Roumanie*.
- Commission, 20 décembre 1957, Req. n° 172/56
- Commission, 15 juillet 1967, Req. n° 2922/66
- Commission, 18 mai 1976, Req. n° 6825/74

2 / ARRÊTS CJCE / CJUE

- CJCE, 12 juillet 1984, aff. 184/83, *Hofmann* c/ *Barmer Ersatzkasse.*
- CJCE, 25 octobre 1988, aff. 312/86, *Commission c/ France.*
- CJCE, 5 octobre 1994, Aff. C-404/92, *X… c/ Commission.*
- CJCE, 17 juin 1998, Aff. C-243/95, *Hill et Stapleton / The Revenue Commissioners et Department of Finance*
- CJCE 16 sept. 1999, Aff. C-218/98, *Abdoulaye et autres c/ Régie nationale des usines Renault.*
- CJCE, 6 novembre 2003, Aff. C-101/2001, *Lindqvist c/ Suède*.
- CJCE, 22 novembre 2005, Aff. C-384/02, *Knud Grongaard*.
- CJUE, 17 juillet 2008, Aff. C-303/06, *Coleman* c/ *Attridge Law.*
- CJUE, 10 juillet 2008, Aff. C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c/ Firma Feryn NV.*
- CJUE, 13 septembre 2011, Aff. C-447/09, *Prigge e.a. c/ Deutsche Lufthansa AG*.
- CJUE, 8 avril 2014, Aff. C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd.*
- CJUE, 13 mai 2014, Aff. C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*.
- CJUE, 13 novembre 2014, Aff. C-416/13, *Vital Pérez c/ Ayuntamiento de Oviedo*.
- CJUE, Aff. C-157/15 [31 mai 2016 : conclusions KOKOTT].
- CJUE, Aff. C-188/15 [13 juillet 2016 : conclusions SHARPSTON].
- CJUE, 19 octobre 2016, Aff. C-582/14, *Patrick Breyer c/ Bundesrepublik Deutschland*.

C/ JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

- Cour suprême des Etats-Unis, 7 juin 1965, *Griswold v. Connecticut*, vol. 381, U.S. 484 (1965).
- Cour suprême des Etats-Unis, 1er juin 2015, *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch Stores*, 575 U.S. (2015)

TABLE DE LEGISLATION

A / Articles de Codes

1 / Code du travail

Article L. 1121-1
Articles L. 1133-1 à L. 1133-6
Article L. 1134-1
Article L. 1134-2
Article L. 1134-4
Article L. 1142-3
Article L. 1144-1
Article L. 1152-2
Article L. 1152-3
Article L. 1153-3
Article L. 1153-4
Article L. 1161-1
Article L. 1221-1
Article L. 1221-6
Article L. 1221-8
Article L. 1221-9
Article L. 1222-1
Article L. 1222-2
Article L. 1222-3
Article L. 1222-4
Article L. 1222-9
Article L. 1222-11
Article L. 1225-4
Article L. 1225-5
Article L. 1225-9
Article L. 1225-12
Article L. 1225-24
Article L. 1225-29
Article L. 1225-35
Article L. 1225-39
Article L. 1225-42
Article L. 1225-47
Articles L. 1225-50 et L. 1225-51
Article L. 1226-1
Article L. 1226-13
Article L. 1227-1
Article L. 1228
Article L. 1232-13
Article L. 1233-3
Article L. 1233-45
Article L. 1235-3
Articles L. 2281-1 et s.
Article L. 1321-1
Article L. 1321-2-1
Article L. 1321-3
Article L. 1331-1
Article L. 1333-1
Article L. 2141-5
Article L. 2142-8
Article L. 2142-10
Article L. 2143-21
Article L. 2242-8
Article L. 2281-1
Article L. 2313-2
Article L. 2323-6
Article L. 2323-27
Article L. 2323-32
Article L. 2323-47
Article L. 2323-50
Article L. 2325-5
Article L. 2242-8
Article L. 2511-1
Article L. 3122-25
Article L. 3123-11
Article L. 3121-43
Article L. 3121-44
Article L. 3121-64
Article L. 3121-65
Article L. 3131-1
Article L. 3132-1
Article L. 3132-2
Articles L. 3162-1 à L. 3162-3
Article L. 3164-2
Article L. 4121-2
Article L. 4131-1
Article L. 4131-2
Article L. 4153-1
Article L. 4313-1
Article L. 4523-16
Article L. 4614-9
Article L. 4622-8
Article L. 4624-1
Article L. 4624-2
Article L. 5212-2-2
Article L. 5312-1
Article L. 5426-1
Article L. 5426-9

Article L. 6361-5
Article L. 6362-1
Article L. 6362-2
Article L. 7412-1
Article L. 8113-4
Article L. 8113-5
Article L. 8113-10
Article L. 8113-11
Article L. 8123-5
Article L. 8251-1
Article D. 3142-47
Article D. 4152-3

2 / Code civil
(après Réforme de 2016)

Article 9
Article 1104
Article 1128
Article 1134
Article 1137
Article 1178
Article 1240
Article 1169
Article 1242
Article 1342-1
Article 1612

3 / Code de la sécurité sociale

Article L. 114-9
Article L. 114-12-1
Article L. 583-3
Article R. 114-18
Article R. 114-32
Article R. 161-15
Article R. 244-3

4 / Code de la santé publique

Article L. 1110-4
Article L. 1111-7
Article L. 1112-1
Article D. 4152-4
Articles D. 4153-15 à D. 4153-37
Article R. 1225-1
Article R. 1227-6
Article R. 4152-1
Article R. 4152-2
Article R. 4313-86
Article R. 4412-66
Articles R. 4624-10 et R. 4624-11
Article R. 4624-18
Article R. 6322-35
Article R. 6322-36

5 / Code pénal

Article 223-6
Article 225-2
Article 226-1
Article 226-4
Article 226-16
Article 226-17
Article 434-7-2
Article 434-13
Article R. 625-10

6 / Code de procédure pénale
Articles 60-1, 60-2
Articles 77-1-1, 77-1-2,
Articles 99-3, 99-4,
Articles 74, 74-1 et 74- 2
Articles 92 à 97
Article 776
R. 15-33-68 et s.

7 / Code des assurances
Article L. 113-8
Article R. 332-38

8 / Code de commerce
Article L. 463-4
Article L. 450-1
Article L. 464-2
Article L. 461-4
Article L. 823-13
Article L. 823-14
Article R. 743-3

9 / Dispositions diverses
Article 283 bis du Code des douanes
Articles 64A, 64B et 65 du Code des douanes
Article L. 103 du Livre des procédure fiscales
Articles L. 81 à L. 96 G du Livre des procédures fiscales
Article L. 465-1 du Code monétaire et financier
Article L. 511-33 du Code monétaire et financier
Article 622-1 du Règlement général de l'AMF
Article 114 du Code de procédure civile
Article 275 du Code de procédure civile
Article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales

B / Législation interne

1 / Lois et ordonnances

- Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.
- Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.
- Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés
- Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise (dite loi « Auroux »)
- Loi n° 86-1320 du 30 décembre 1986 relative aux procédures de licenciement.
- Loi n° 88-828 du 20 juillet 1988 portant amnistie.
- Loi n°89-549 du 2 août 1989 modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion.
- Loi n° 93-1313 quinquennale du 20 décembre 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle
- Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail.
- Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.
- Loi n° 2000-719 du 1er août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.
- la loi n°2004-801 du 6 août 2004
- loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.
- Loi n° 2013-504 relative à la sécurisation de l'emploi, JORF, 17 juin 2013.
- Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi

- Ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés.
- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a supprimé la notion de cause

2/ Décrets, arrêtés et Circulaires

- Décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés modifié par le décret n° 2007-451 du 25 mars 2007.
- Décret n° 2008-1344 du 17 décembre 2008 relatif à la création d'un label en matière de promotion de la diversité et de prévention des discriminations dans le cadre de la gestion des ressources humaines et à la mise en place d'une commission de labellisation.
- Décret n° 2014-754 du 1er juillet 2014 modifiant l'article R. 4228-20 du Code du travail.

- Arrêté du 5 mars 2004 portant homologation des recommandations de bonnes pratiques relatives à l'accès aux informations concernant la santé d'une personne, et notamment l'accompagnement de cet accès.
- Arrêté du 22 février 2008 portant extension de l'accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise, JORF, 1er mars 2008.

- Circulaire DRT n° 93-10 du 15 mars 1993, relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles
- Circulaire CNAMTS, n° 388/80 du 28 juillet 1980 relative aux « modalités d'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ».

C / Texte européens et internationaux

1 / Textes européens

- Directive 92/85 relative à la santé et à la sécurité des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes.
- Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données.
- Directive n° 2006/24/CE, du 15 mars 2006, sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications.
- Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).
- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée le 4 novembre 1950, ratifiée par la France le 3 mai 1974 en vertu de l'autorisation donnée par la loi n° 73-1227 du 31 décembre 1973 et publiée au *Journal officiel* du 4 mai 1974 par le décret n° 74-360 du 3 mai 1974.
- règlement 2016/679/UE du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données.
- Charte des droits fondamentaux de L'union européenne, adoptée le 7 décembre 2000 par l'Union européenne.
-

2 / Textes internationaux

- Déclaration universelle des Droits de l'Homme proclamée par l'Assemblée générale des Nations-Unies du 10 décembre 1948.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations-Unies, ratifié par la France en vertu

de l'autorisation donnée par la loi n° 80-460 du 25 juin 1980 et publié au *Journal officiel* du 1er février 1981 par le décret n° 81-76 du 29 janvier 1981.

D / Délibérations et Décisions de la CNIL

- Délibération n° 80-10 du 1er avril 1980 portant Recommandation relative à la mise en œuvre du droit individuel d'accès aux fichiers automatisés, JORF, 29 mai 1980, p. 1319.
- Délibération n° 81-094, 21 juillet 1981 portant adoption d'une recommandation relative aux mesures générales de sécurité des systèmes informatiques : « Les personnes chargées du recrutement sont tenues de s'engager vis-à-vis des candidats à prendre toutes précautions utiles afin de préserver la sécurité et la confidentialité des informations ».
- Délibération n° 85-44 du 15 octobre 1985, JO 17 nov. 1985, *Sixième rapport d'activité*, p. 133 : recommandation relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives lors d'opérations de recrutement, soulignant que les informations collectées doivent être strictement nécessaires au recrutement envisagé et en relation étroite avec la finalité du traitement.
- Délibération n°93-032 relative au contrôle effectué le 2 octobre 1992 à la Caisse Régionale de Crédit Agricole de la Dordogne.
- délibération n° 97-012, 18 février 1997
- Délibération n° 99-034 du 8 juillet 1999 relative aux suites à donner à la mission de contrôle sur place effectuée auprès des laboratoires Servier et portant dénonciation au parquet dénonçant les méthodes de recrutement de Servier, laquelle a relevé le fichage d'informations sur les opinions politiques et l'orientation sexuelle de candidats à l'embauche.
- délibération n° 01-018, du 3 mai 2001 portant avis sur le projet de loi sur la société de l'information.
- CNIL, Norme simplifiée n° 42, délibération n° 02-001 du 8 janvier 2002 concernant les traitements automatisés d'informations nominatives mis en œuvre sur les lieux de travail pour la gestion des contrôles d'accès aux locaux, des horaires et de la restauration – article 8 : « Des mesure de sécurité physique et logique doivent être prises afin de préserver la sécurité du traitement et des informations ».
- Délibération n° 02-017 du 21 mars 2002 portant adoption d'une recommandation relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives lors d'opérations de recrutement
- Délibération n° 02-018 du 21 mars 2002 portant adoption d'un modèle de questionnaire de candidature : la CNIL propose un modèle de questionnaire, élaboré avec le syndicat du Conseil en recrutement Syntec.
- Délibération n° 2005-002 du 13 janvier 2005 portant adoption d'une norme destinée à simplifier l'obligation de déclaration des traitements mis en œuvre par les organismes publics et privés pour la gestion de leurs personnels (Norme simplifiée n° 46).
- Délibération n° 2005-19 du 3 février 2005 portant création d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de l'utilisation de services de téléphonie fixe et mobile sur les lieux de travail (Norme simplifiée n° 47).

- Délibération n° 2005-110 du 26 mai 2005 relative à une demande d'autorisation de McDonald's France pour la mise en œuvre d'un dispositif d'intégrité professionnelle
- Délibération du 8 décembre 2005 portant autorisation unique (n° AU-004) de traitement automatisé de données à caractère personnel mis en oeuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle (« whistleblowing »)
- Délibération n° 2006-208 du 21 septembre 2006.
- Délibération n° 2007-233, 24 septembre 2007.
- Délibération n° 2008-053 du 21 février 2008.
- Délibération n° 2009-002 du 20 janvier 2009.
- Délibération n° 2009-117 du 6 avril 2009 relative aux règles fixées par la loi et la jurisprudence pour l'expression religieuse dans l'entreprise.
- Délibération n° 2010-112 du 22 avril 2010 de la formation restreinte décidant l'interruption d'un traitement mis en œuvre par la Société X…
- Délibération n° 2010-369, 14 octobre 2010 modifiant l'autorisation unique n° 2005-305 du 8 décembre 2005 n° AU-004 relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle.
- Délibération n° 2012-156 du 1er juin 2012 portant avertissement à l'encontre de la société YATEDO France.
- Délibération n° 2012-176 du 21 juin 2012.
- Délibération n° 2013-139 du 30 mai 2013.
- délibération n° 2013-217 du 17 juillet 2013, *Leclerc.*
- Délibération n° 2014-041, 29 janvier 2014 – CNIL, Sanction contre l'association Juricom et associés, 10 mars 2014.
- Délibération n° 2014-238, 12 juin 2014.
- Délibération n° 2014-261, 26 juin 2014.
- Délibération n° 2014-293 du 17 juillet 2014 prononçant une sanction pécuniaire de 3000 euros pour la Fédération Française d'Athlétisme.
- Délibération n° 2014-426 du 23 octobre 2014, *Apple store.*
- Délibération n° 2015-165 du 4 juin 2015 portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics ou privés destinés à géolocaliser les véhicules utilisés par leurs employés (norme simplifiée n° 51)
- Délibération n° 2016-186 du 30 juin 2016 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs ayant pour finalité le contrôle d'accès par authentification biométrique aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail et garantissant la maîtrise par la personne concernée sur son gabarit biométrique.
- Délibération n° 2016-187 du 30 juin 2016 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs ayant pour finalité le contrôle d'accès par authentification biométrique aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail, reposant sur une conservation des gabarits en base par le responsable du traitement.

- CNIL, décision n° 2011-036 du 16 décembre 2011.
- CNIL, décision n° 2012-213, 22 juin 2012.

INDEX

Abus de droit : 371 et s.

Anonymat : 125 et s.

Antécédents judiciaires : 77, 78

Bonne foi :
- Employeur : 68, 199
- Salarié : 199, 395, 401

Citoyen-salarié : 349 et s.

Confidentialité :
- Clause : 195 et s.
- Notion : 187
- Obligation légale : 197 et s.

Congés : 83

Consentement :
- Expression : 236
- Liberté : 144
- Notion : 142
- Retrait : 242
- Validité : 143

Contrat de travail :
- Formation : 42 et s.
- Liberté contractuelle de l'employeur : 51

Déconnexion (Droit à) : 438

Discrimination :
- Actions positives : 61 et s., 108 et s., 448
- Diversité : 447
- Exigences professionnelles : 454
- Protection : 442 et s.

Divulgation :
- Autorisation : 226 et s.
- Notion : 135 et s.
- Information préalable : 146 et s.
- Notion : 135 et s.
- Redivulgation : 239
- Vie privée professionnelle : 207 et s.
- Vie privée : 202 et s.

Dol : 43 et s.

Domicile : 430 et s.

Données :
- Conservation : 215
- Droit d'accès : 150 et s., 156 et s.
- Gestion du personnel : 229
- Fiabilité : 174 et s.
- Pertinence : 178 et s.
- Santé (de) : 228
- Violation : 220

Droit à l'oubli : 245 et s.

Droit d'opposition : 164 et s.

Entreprises de tendance : 57, 398

Erreur : 43 et s.

Fouilles : 424

GPEC : 82

Intérêt de l'entreprise : 382

Intuitu personae : 37 et s.

Investigation : 30 et s.

Liberté d'expression : 378, 379, 400

Liberté de se vêtir : 391

Liberté religieuse : 391, 454, 459

Loyauté : 394 et s.

Mariage : 266

Nullité : 333 et s.

Personne (notion) : 403 et s.

Pouvoir
- disciplinaire : 296 et s., 318 et s., 362
- direction : 299 et s., 362
- réglementaire : 361 et s.

- notion : 385

Pseudonyme : 129

Rattachement au contrat : 324 et s.

Recrutement
- Modes de sélection : 52 et s.
- Risque : 74 et s.
- Information finalité : 91 et s.
- Transparence méthodes et techniques : 93 et s.
- Pertinence : 96 et s.
- Obligation de renseignement : 117

Rétention d'informations : 25 et s.

Secret :
- Notion : 20 et s.
- Professionnel : 189 et s.

Sécurité des données
- Conservation des données : 216 et s.
- Obligation de précaution : 214 et s.
- Responsabilité : 219
- Sanctions : 217

Savoir (droit de) : 22

Silence (droit au) : 114 et s.

Surveillance : 410 et s.

Transparence : 90 et s.

Trouble objectif : 311 et s.

Vie :
- Vie extra-professionnelle : 265 et s.
- Vie famiale : 66 et s.

TABLE DES MATIERES

TABLES D'ABRÉVIATIONS **7**

INTRODUCTION GÉNÉRALE **17**

§1 : La relativité contextuelle de la vie privée 20
A / Une relativité dans l'espace 20
B / Une relativité temporelle 26
§2 : Une approche juridique plurielle 29
A / La protection d'une liberté de l'Homme 30
B / Une protection du secret de la vie privée 33
§3 : Objet et champ de l'étude 37

PARTIE 1 – LE SECRET DE LA VIE PRIVÉE **41**

TITRE 1 : Le droit à la rétention des informations personnelles **45**

Chapitre 1 – Un pouvoir d'investigation reconnu 49
Section 1 : Un pouvoir d'investigation justifié 52
§1 : La considération de la personne 52
A / Un contrat conclu *intuitu personae* 52
B / La personne, élément déterminant du contrat de travail 55
1 / La personne la formation du contrat de travail 55
2 / La personne dans l'exécution du contrat de travail 57
§2 : L'impératif d'adéquation 59
A / Une liberté de choix 59
B / Une personne adéquate 61
Section 2 : Une investigation encouragée 64
§1 : Une investigation imposée 64
A / Un instrument de protection des intérêts des salariés 64
B/ Une garantie de l'effectivité des avantages accordés aux salariés 67
§2 : La recherche d'un risque contrôlé 72
A / Une responsabilité atténuée 73
B / Une incertitude limitée 77
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 81
Chapitre 2 – Un pouvoir d'investigation limité 83
Section 1 : Le contrôle du pouvoir d'investigation 84
§1 : L'encadrement de la prise de connaissance 84
A / Une prise de connaissance transparente 84
1 / L'information sur la finalité 85
2 / La transparence des méthodes et techniques 86
B / Une prise de connaissance pertinente 90
1 / La pertinence des méthodes et techniques de collecte d'informations 92
2 / La pertinence des informations collectées 94
§2 : L'encadrement de l'usage de la connaissance 95
A / Une pertinence décisionnelle 96
B / Des mesures de compensation 99
Section 2 : L'opposition au pouvoir d'investigation de l'employeur 103
§1 : Le droit au silence 104
A / Un silence justifié 105
1 / Une justification par l'obligation de renseignement de l'employeur 105
2 / Une justification par la nature des informations 107
B / L'absence d'obligation de loyauté 109
§2 : Un droit à l'anonymat 112
A / Un anonymat garanti par la protection des éléments d'identification de la personne 114

B / Un anonymat restreint en pratique 116
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 119
CONCLUSION DU TITRE 1 121
TITRE 2 : Le droit à la non divulgation des informations personnelles 123
Chapitre 1 – Un droit de contrôle de l'information personnelle 127
Section 1 : La conscience des éléments divulgués 128
§1 : Le consentement préalable 128
A/ L'assurance d'un consentement 128
B / Une information relative à la divulgation 131
§2 : L'accessibilité aux données 133
A / Une accessibilité garantie 134
B / Une accessibilité atténuée 138
Section 2 : La maîtrise des éléments divulgués 142
§1 : Le contrôle de l'utilisation des données personnelles 142
A / Une opposition au traitement 142
B / Une opposition à la divulgation 145
§2 : Le contrôle du contenu des données personnelles 150
A / Un contrôle de fiabilité 150
B / Un contrôle de pertinence 153
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 157
Chapitre 2 – Une obligation de discrétion 159
Section 1 : La prohibition de la divulgation 160
§1 : La confidentialité attachée à la vie professionnelle 160
A / Un secret professionnel limité 161
B / Une obligation de confidentialité étendue 165
1 / Une obligation contractuelle 165
2 / Une obligation légale 167
§2 : La protection des données non-professionnelles 171
A / Les informations privées utilisées à des fins professionnelles 171
B / Les informations professionnelles à caractère privé 175
Section 2 : L'exposition à la divulgation 180
§1 : La prévention du risque de divulgation 180
A / Une obligation de précaution 181
B / L'élargissement de l'obligation de précaution 188
§2 : La justification de la divulgation 193
A / Une divulgation autorisée 193
1 / Des dérogations prévues par les textes 193
2 / Des dérogations en lien avec le contexte professionnel 197
B / Une divulgation consentie 202
1 / L'expression du consentement 202
2 / La retrait du consentement 208
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 213
CONCLUSION DU TITRE 2 215
CONCLUSION DE LA PARTIE 1 217

Partie 2 – LA LIBERTÉ DE LA VIE PRIVÉE 219
TITRE 1 : Une liberté du salarié dans sa vie privée 229
Chapitre 1 – La reconnaissance d'une vie hors travail 231
Section 1 : Une approche séparative 231
§1 : L'indifférence de la vie extra-professionnelle 233
§2 : Le droit au respect de la vie privée 237
Section 2 : La recherche de fondements 239
§1 : Une conception civiliste inadaptée 240
§2 : Une conception élargie à la liberté 244
A/ L'attribution d'un caractère fondamental 244
B/ L'affirmation d'une liberté 249
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 255
Chapitre 2 – La protection de la vie hors travail 257
Section 1 : Des atteintes strictement entendues 257

§1 : L'importance de la justification 257
A/ Le contrôle du pouvoir disciplinaire 258
B / Le contrôle du pouvoir de direction 260
§2 : L'objectivation de l'atteinte 263
A/ La caractérisation de la cause objective 264
B/ L'appréciation de la cause objective 269
Section 2 : Des atteintes contenues dans leurs effets 275
§1 : La limitation du pouvoir de sanction 275
A/ Le détachement de la vie privée du pouvoir disciplinaire 276
B / Le rattachement de la vie privée au contrat de travail 280
§2 : Le renforcement de la sanction de l'atteinte injustifiée 287
A / Une sanction prévue par les textes 287
B / Une sanction construite par la jurisprudence 291
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 297
CONCLUSION DU TITRE 1 299
TITRE 2 : Une liberté du salarié dans sa vie professionnelle 301
Chapitre 1 – La liberté de l'individu au travail 303
Section 1 : Une liberté reconnue au citoyen-salarié 305
§1 : Le citoyen-salarié titulaire de libertés publiques 306
A / Une notion applicable au rapport privé de travail 306
B / Une notion affaiblie dans la relation de travail 309
§2 : Le citoyen-salarié protégé du pouvoir de l'employeur 313
A / L'encadrement du pouvoir patronal 313
B / L'affirmation du pouvoir patronal 316
Section 2 : Une liberté située dans la vie professionnelle 320
§1 : La relativisation de l'intérêt individuel 322
A / Un abus d'application large 322
B / Une caractérisation extensive de l'abus 327
§2 : La prise en compte de l'intérêt collectif 331
A / Un intérêt collectif orienté vers l'intérêt de l'entreprise 332
B / Une jouissance conforme à l'intérêt de l'entreprise 336
1 / Une conformité matérielle 336
2 / Une conformité de la personne 340
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 347
Chapitre 2 – La liberté de la personne dans sa vie professionnelle 349
Section 1 : La disponibilité de la personne du salarié 353
§1 : La limitation de la subordination dans la vie professionnelle du salarié 354
A / L'encadrement de la surveillance de l'activité professionnelle 354
1 / L'information de la surveillance 354
2 / Une surveillance non intrusive 358
B / L'importation d'un temps privé dans la vie professionnelle 361
§2 : La limitation de la subordination dans la vie privée du salarié 368
A / La protection de l'espace privé du salarié 368
1 / La liberté de choix du domicile 369
2 / La liberté d'usage du domicile 371
B / La protection du temps privé du salarié 373
Section 2 : La conformité de la personne du salarié 378
§1 : La singularité de la personne 378
A / La protection de la différence 379
B / L'intégration de la différence 382
§2 : L'intégrité de la personne 386
A / La permanence de la personne 386
B / L'inconstance de la personne 391
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 397
CONCLUSION DU TITRE 2 399
CONCLUSION DE LA PARTIE 2 401
CONCLUSION GÉNÉRALE 403

BIBLIOGRAPHIE **407**
I / DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPÉDIES 407
II / OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS, COURS 409
III / OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES, THÈSES 411
IV / ÉTUDES, DOCTRINE ET ARTICLES 415
V / NOTES, OBSERVATION ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE 429
VI / ETUDES ET RAPPORTS 441
TABLE DE JURISPRUDENCE **443**
TABLE DE LÉGISLATION **460**
INDEX **467**

LA VIE PRIVÉE EN DROIT DU TRAVAIL

Résumé

La vie privée est en elle-même, en raison de sa relativité, une notion difficile à saisir. Le droit l'appréhende de différentes façons, tant dans des rapports verticaux, entre puissance publique et citoyens, qu'horizontaux, entre particuliers. De plus, le droit au respect de la vie privée comporte une ambivalence, en ce qu'il confère à l'individu à la fois une liberté de choix et un droit de contrôle. On comprend alors que le droit du travail puisse être mal à l'aise avec cette notion. En effet, la relation de travail présente la spécificité d'introduire un lien de subordination dans un rapport entre personnes privées. Or, beaucoup de ses dispositions contribuent à protéger la vie privée du salarié. Une gêne se ressent néanmoins à mobiliser le droit au respect de la vie privée, dans sa conception civiliste, centrée sur le secret de la vie privée. De façon paradoxale, la protection du secret de la vie privée du salarié est rarement utilisée en droit du travail. A l'inverse, le droit au respect de la vie privée trouve à s'appliquer en matière de liberté de la vie privée du salarié. Cette dernière tend d'abord à assurer la protection du salarié dans sa vie privée. Cependant, cette liberté s'exprime également dans la vie professionnelle et apparaît alors comme un instrument indispensable de la protection de la personne au travail. Ainsi, le droit au respect de la vie privée du salarié tend inévitablement à élargir son champ à la protection de la liberté de la vie privée.

Mots clefs français :
VIE PRIVÉE – DROIT DU TRAVAIL – SECRET – LIBERTÉ – SALARIÉS - PROTECTION DES DONNÉES

PRIVACY IN LABOUR LAW

Abstract

Because of its relativity, the concept of privacy is a difficult notion to define. French legislation defines it in different ways both between public institutions and citizens as well as among individuals. Moreover, the right to privacy presents an ambivalence as it gives an individual both a freedom of choice and a right of control. Therefore, privacy challenges employment laws which cannot deal satisfactorily with it as work relation has the specificity to create a link of subordination between private individuals. Yet, many of these dispositions contribute to protecting privacy. Though, in its civil law conception, there is some difficulty in resorting to privacy when it focuses on the secret of privacy. Paradoxically, the cases related to this subjective law and employees' privacy secret protection are far and few between. This freedom of privacy tends to ensure employees' protection in their privacy. Nevertheless, this freedom also applies in professional life and consequently appears as an essential instrument of the employee's protection in the workplace. Thus, the right for the employee's privacy to be respected inevitably tends to broaden its scope to the protection of freedom of privacy.

Keywords :
PRIVACY – LABOUR LAW – SECRET – FREEDOM – EMPLOYEES – DATA PROTECTION

Unité de recherche/Research unit : *CRDP – LEREDS, 1 place Déliot, 59000 Lille, http://crdp.univ-lille2.fr*
Ecole doctorale/Doctoral school : *Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, ecodoc.univ-lille2.fr,* http://edoctorale74.univ-lille2.fr
Université/University : *Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille,* http://www.univ-lille2.fr