

MASTER 2 DROIT PRIVÉ APPROFONDI – SPECIALITÉ DROIT DES
AFFAIRES

MEMOIRE DE RECHERCHE

LA SURVEILLANCE DU SALARIÉ

Gabriella MAHIEU

Sous la direction de Monsieur le Professeur Bernard Bossu (Professeur Agrégé
des Facultés de Droit)

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le présent rapport. Ces opinions devront être considérées comme propres à leur auteur.

*Je tiens à remercier Monsieur le Professeur
Bernard Bossu pour ses précieux conseils et sa disponibilité*

SOMMAIRE

TABLE D'ABREVIATIONS.....	5
INTRODUCTION.....	8
CHAPITRE 1 - UNE SURVEILLANCE SOUMISE AU RESPECT DE LA LOYAUTÉ DANS L'ACTIVITÉ DU SALARIÉ	16
SECTION 1 : LE RESPECT DU PRINCIPE DE LOYAUTÉ DANS LES RELATIONS DE TRAVAIL	17
SECTION 2 : LE RESPECT DU PRINCIPE DE LOYAUTÉ DANS L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE	22
CHAPITRE 2 - UNE SURVEILLANCE DU SALARIÉ SOUMISE AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE	45
SECTION 1 : L'AFFIRMATION DU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE RECONNUE DANS LA VIE PROFESSIONNELLE.....	46
SECTION 2 : L'OBSTACLE AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE SOUMIS AUX INTÉRÊTS DE L'ENTREPRISE	71
CONCLUSION	78
BIBLIOGRAPHIE.....	79
TABLE DE LÉGISLATION	85
TABLE DE JURISPRUDENCE	88

TABLE D'ABREVIATIONS

Al.	Alinéa(s)
Art.	Article(s)
Bull.civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull.crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres criminelles)
Bull.soc.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres sociales)
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
CE	Conseil d'État
Ch.	Chambre
Ch.soc	Chambre sociale
Ch.mixte	Chambre mixte
Circ.	Circulaire
CHSCT	Comité d'hygiène, de sécurité et de comité de travail
CNIL	Comité national informatique et liberté
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme
Comm.	Commentaire
Cons. Const	Conseil constitutionnel
Cons. Prud	Conseil de prud'hommes
D.	Recueil Dalloz-Sirey
Dr.	Droit
Dr.soc	Droit social
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
Délib.	Délibération
dir.	Sous la direction de

éd.	Édition (s)
Etc	Et cetera (et le reste)
Fasc.	Fascicule
Gaz.Pal	La gazette du Palais
Ibid	Ibidem (au même endroit, ici même)
Infra	En dessous, en bas Idem (au même endroit, ici même)
IRP	Institutions représentatives du personnel
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 édition sociale (La semaine juridique)
J.-Cl. Travail	Juris-Classeur Travail
Jurisp.	Jurisprudence
JORF	Journal officiel de la République Française – édition Lois et Décrets
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
N°	Numéro
Obs.	Observations
Op.cit.	opere citao (œuvre citée)
p.	Page
PUF	Presses universitaires de France
Req.	Requête
RDT civ	Revue trimestrielle de droit civil
RDT	Revue de droit du travail
Rev. Science Crim	Revue science criminelle
RID Comp	Revue internationale de droit comparé
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
s.	Suivant (s)
ss	Sous
SSL	Semaine sociale Lamy

Sté
UE
Vol

Société
Union européenne
Volume

INTRODUCTION

« *Your employer is Watching you* »¹

La publication, en 1949, du roman de science-fiction « 1984 » écrit par George Orwell, a eu pour effet de faire passer dans le langage courant la devise « *Big brother is watching you* » du célèbre personnage Big brother. Big brother, personnage métaphorique de la surveillance de masse apparaît ainsi comme un symbole du contrôle de la vie privée et de la surveillance des citoyens. Cette phrase, présente dans le monde d'Orwell à chaque coin de rue, rappelant le contrôle des moindres faits et gestes des habitants, caractérise aujourd'hui de manière générale des faits liés à la surveillance et à la restriction de la vie privée. En 2013, les révélations d'Edward Snowden concernant la captation d'appels téléphoniques ainsi que l'existence de systèmes d'écoute sur Internet relancent le débat sur la surveillance dans les sociétés modernes.

La surveillance est un phénomène qui se retrouve également dans la vie professionnelle, surveillance effectuée par l'employeur. L'arrivée massive des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) n'a fait que renforcer cette surveillance, pouvant être opérée par « n'importe qui, n'importe quoi, et n'importe quand ».

En effet, les NTIC sont relatives « aux techniques utilisées dans la transmission et le traitement des informations »². À cet égard, les NTIC peuvent englober l'outil informatique, le téléphone portable, plus communément appelé le Smartphone, Internet, etc. Ces outils étant à l'origine du développement des moyens de télécommunications. Les informations se diffusent aujourd'hui à une vitesse-éclair.

La montée en puissance de l'ère numérique permet à l'individu de s'alimenter d'informations en continu, chacun pouvant surveiller l'autre par une simple connexion internet, ou par la simple utilisation d'un Smartphone, à n'importe quel moment de la journée, le monde apparaît alors comme un « village planétaire ». Les connaissances techniques auparavant nécessaire pour accéder aux informations ne sont plus requises. Un simple internaute peut contribuer à échanger des informations et même à en produire. Ce développement n'a cessé

¹ LOISEAU G.,

² TRICOIT J.-P., « Recrutement, rupture du contrat de travail et TIC », *La semaine juridique – éd sociale*, n° 40, 2013, p. 6.

d'évoluer par le phénomène des réseaux sociaux au regard notamment de Facebook, Twitter, etc.

Tous, sommes confrontés à cette arrivée massive des NTIC, et en ce sens, l'employeur et le salarié, victimes de la société, seront également bouleversés dans leur relation de travail par ce phénomène. En effet, ce phénomène de surveillance va également être opéré principalement par l'employeur, surveillance qui est, sans nul doute, accélérée et facilitée par les NTIC.

Pour autant, il ne faut pas d'emblée désapprouver la surveillance effectuée par l'employeur car il va de soi que l'employeur, par le contrat de travail lié entre le salarié et lui-même, dispose d'un pouvoir de direction et disciplinaire. Dès lors, il lui appartient de vérifier notamment que le salarié exécute correctement sa prestation de travail, comme il en a été convenu dans le contrat de travail.

De prime abord, la surveillance de manière générale, tend à se définir comme étant une « action de veiller sur une personne ou une chose dans l'intérêt de celle-ci, ou de surveiller une personne ou une opération pour la sauvegarde d'autres intérêts »³. En ce sens, il est certain que l'employeur, lorsqu'il effectue une surveillance sur l'un de ses salariés, ne fait que vérifier que le salarié réalise convenablement sa prestation de travail afin de s'assurer qu'il ne met pas en péril les intérêts de l'entreprise. Néanmoins, il convient de préciser que l'employeur doit utiliser son pouvoir dans l'intérêt de l'entreprise et non par un but étranger à celui-ci.

En effet, le fondement de la surveillance du salarié ressort du pouvoir de direction, conféré par le contrat de travail. Par la naissance d'un contrat de travail entre, un employeur et un salarié, se crée un rapport de subordination entre les deux parties du contrat. Le salarié subordonné à l'autorité de l'employeur, accomplit pour ce dernier, un travail, moyennant une rémunération. À cet égard, l'employeur possède un « triple pouvoir » : le pouvoir de donner des ordres et des directives, le pouvoir de contrôler l'exécution du travail par le salarié, et le pouvoir d'infliger une sanction disciplinaire à un salarié lorsque celui-ci manque aux obligations contractuelles en vertu dudit contrat. Par le contrat de travail, le salarié décide de se soumettre aux règles de l'entreprise, et ce à quoi, l'employeur effectue une surveillance en

³ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016, 1152 p.

contrôlant l'activité du salarié⁴. Cela étant, décider de se soumettre aux règles de l'entreprise, d'accepter le rapport de subordination existant, ne veut pas dire que le salarié, lorsqu'il franchit les portes de l'entreprise, perd les droits fondamentaux qui lui sont reconnus.

En outre, il est nécessaire de garder à l'esprit que « dans tout salarié, il y a un homme auquel des droits fondamentaux sont reconnus »⁵. Chaque liberté est inhérente à la condition d'homme, et il ne convient pas de dissocier le citoyen du travailleur. Il importe d'affirmer avec importance la primauté des droits fondamentaux dans la relation de travail. Il serait incontestable d'admettre qu'un contrat de travail soustrait des droits fondamentaux. Or, il arrive parfois qu'un contrat de travail limite les droits fondamentaux d'un salarié « en fonction de la tâche à accomplir », strictement admis en vertu de l'article L. du Code du travail⁶.

À cet égard, l'apparition des NTIC porte également une atteinte considérable aux droits fondamentaux, et plus particulièrement dans le monde de l'entreprise, laissant à la charge de l'employeur, de multiples dispositifs de surveillance, rendant le salarié « transparent aux yeux de l'employeur ».

De ce fait, il convient de s'interroger sur la protection accordée au salarié, lorsque l'employeur, en vertu de son pouvoir de direction conféré par le contrat de travail, accomplit une surveillance sur l'un des membres ou l'ensemble des membres de l'entreprise. Force est de constater que le salarié est avant tout un Homme et bénéficie, comme chaque citoyen, de droits fondamentaux. Garantir l'exercice de ces droits en entreprise a été et demeure une préoccupation majeure.

En effet, le pouvoir de surveillance doit être concilié avec les droits fondamentaux reconnus à l'employeur.

⁴ DUPONT O-C., *Preuve et renouveau contractuel en droit du travail*, BOSSU B (dir. de recherche), Thèse de doctoral. Droit privé. Lille : Université de Lille 2 – Droit et Santé , 2004. p. 634.

⁵ VERDIER J-M, « Libertés et travail. Problématique des droits de l'homme et rôle du juge », *D.* 1988, p.63.

⁶ BOSSU B., « Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre », *Droit social*, 1994. p. 747.

« Citoyen dans la cité, les travailleurs doivent l'être aussi dans leur entreprise » telle était l'idée exprimé par Jean Auroux, ministre du Travail en 1981. Ainsi, la loi du 4 août 1982⁷ a été créée et est venue encadrer les pouvoirs de l'employeur⁸. La loi Auroux du 4 août 1982 est donc venue apporter une affirmation des droits des travailleurs, laquelle renforce la protection de la vie privée. En outre, la loi est venue encadrer le pouvoir règlement en vertu de l'article 122-35 du Code de travail et prohiber les discriminations au travail en vertu de l'article L. 122-45 du Code de travail⁹.

Dans la lignée de la loi rendue en 1982, à la demande du ministre du Travail, Gérard Lyon Caen, a rédigé un rapport sur les libertés publiques et l'emploi. Celui-ci est à l'origine de la loi rendue le 31 décembre 1992 et apporte une meilleure affirmation et visibilité des droits accordés au salarié en entreprise luttant contre les restrictions injustifiées. Force est de constater que, les expressions « droits de l'Homme », « droits fondamentaux » semblent évoluer dans le concept des « libertés publiques », reconnues et garanties par l'Etat.

Pour autant, les notions de « libertés individuelles », de « droits fondamentaux », ou encore « droits l'Homme » émergent encore dans le monde de l'entreprise.

Ainsi, chaque individu possède des droits inséparables de sa personne et inaliénables, c'est pourquoi, le pouvoir de surveillance conféré à l'employeur doit manifestement respecter ces droits. Le droit à la vie privée est un droit auquel l'employeur porte fréquemment une atteinte lorsqu'il réalise une surveillance. Bien que légitime, la surveillance doit respecter le droit à la vie privée, lequel confère une protection à chaque salarié.

Dès lors, le droit au respect de la vie privée englobe « les droits de la personnalité, droits inaliénables attachés à la personne et qui sont des pouvoirs déterminés appartenant à toutes les personnes afin d'assurer la protection de leurs intérêts extrapatrimoniaux ». La vie privée est ainsi le droit à l'intimité de la vie privée.

⁷ Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise. Loi dite loi Auroux, JORF du 6 août 1982, p.2518.

⁸ WAQUET P., « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *Droit social*, 2010, p. 14.

⁹ GRÉBONVAL A., « la protection de la vie privée du salarié ». [En ligne] BOSSU B (dir. de mémoire), Mémoire pour l'obtention du DEA. Droit privé. Lille : Université de Lille 2 – Droit et Santé, 2002. p. 127. Disponible sur http://edocorale74.univ-lille2.fr/fileadmin/master_recherche/T_1_chargement/memoires/travail/grebonvala02.pdf [consulté le 12 juin 2018]

Les composantes de la vie privée n'ont pourtant pas fait l'objet d'une énumération afin de ne pas restreindre la protection aux seules prévisions légales. De ce fait, la jurisprudence est intervenue et a considéré que la vie privée pouvait s'appliquer au droit à la vie sentimentale et à la vie familiale, au secret relatif à la santé, au secret de la résidence et du domicile, aux opinions personnelles et au droit à l'image. Cela a donc logiquement amené à une extension légale de la notion. Pour illustrer ce propos, il convient de préciser que la jurisprudence a admis sans difficulté que les croyances et convictions religieuses font partie intégrante de la vie privée. L'orientation sexuelle fait partie de la sphère la plus intime de la vie privée d'une personne. À ce titre, la jurisprudence met un point d'honneur à la protéger, tant pour les discriminations qu'elle pourrait engendrer, que par le fait qu'elle relève de ce que la personne a de plus intime. Force est de constater que la vie privée a un champ d'application large, parfois difficile à délimiter.

Juridiquement, la vie privée a dans un premier temps été reconnue par les textes internationaux et européens. En effet, au niveau international, la vie privée a été juridiquement protégée à l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948¹⁰ et à l'article 17 du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, et à l'article 16 de la Convention internationale des droits de l'enfant. Au niveau européen, la vie privée a été érigée au rang des droits de l'Homme à l'article 8 paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH)¹¹ de 1950 et à l'article II-7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (UE)¹².

En droit interne, contrairement à d'autres pays, notamment en Espagne et Belgique, notre Constitution ne contient aucune disposition propre à ce droit fondamental. Le Conseil constitutionnel a donc pallié cette omission. Dans sa décision en date du 23 juillet 1999¹³, le Conseil constitutionnel a ainsi rattaché le droit au respect de la vie privée et familiale à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) et, par voie de conséquence, au bloc de constitutionnalité.

Le droit au respect de la vie privée bénéficie ainsi d'une valeur supra-législative en droit interne. Cela vient accroître sa portée et renforcer la protection qui lui est accordée.

¹⁰ « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile et sa correspondance toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions et de telles atteintes »

¹¹ « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance »

¹² « Toute personne a le droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications ».

¹³ Cons. const., 23 juill. 1999, n° 99-416 DC

La protection de la vie privée a également été renforcée par la loi du 17 juillet 1970¹⁴ posant à l'article 9 du Code civil le principe selon lequel « Chacun a droit au respect de sa vie privée ». La loi du 17 juillet 1970 au travers de l'article 9 du Code civil, confère au droit à la vie privée, un droit subjectif, à savoir une prérogative de la personne sujet de droit. Le droit pénal protège également la vie privée au regard notamment de l'inviolabilité du domicile et des correspondances en vertu des articles 226-4 et 432-8 du Code pénal et sanctionnant l'investigation et la divulgation dans l'intimité de la vie privée en vertu des articles 226-1 à 226-9 du Code pénal. La loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés a également contribué au renforcement de la protection du droit à la vie privée, notamment en vertu de l'article 1 de cette loi et par l'institution de la CNIL. Force est de constater que ce droit inhérent à chaque individu est protégé par la reconnaissance unanime des instances internationales, européennes et nationales.

Afin de mieux appréhender la notion de vie privée, il convient de revenir sur l'origine de privée, venant du latin « privare ». Ce terme désigne « une action, celle de séparer, de mettre à l'écart »¹⁵.

À travers cette racine latine, le concept de la vie privée désigne avant tout le droit au secret de la vie privée. L'individu garde alors secret des informations concernant sa personnalité. On entend le secret à la vie privée, comme le fait de vivre caché. Or au fil du temps, la notion de la vie privée a évolué vers une liberté de la vie privée. Il convient d'encourager l'individu à s'autodéterminer. Dès lors, le salarié est manifestement protégé par le droit à la vie privée notamment face à la surveillance exercée par l'employeur. Il est certain que les droits fondamentaux continuent de protéger le salarié dans le monde de l'entreprise.

Au surplus, bien que le contrat de travail confère un rapport de subordination au profit de l'employeur, il confère également une obligation de loyauté soumise aux deux parties au contrat. La loyauté remonte ainsi à la création du Code civil Napoléon de 1804 au regard de l'article 1134 alinéa 3 lequel dispose que « les conventions légalement formées doivent être exécutées de bonne foi ».

¹⁴ Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, JORF du 19 juillet 1970, p. 6751.

¹⁵ MORGENROTH T., *La vie privée en droit du travail*. BOSSU B (dir. de recherche), Thèse de doctorat. Droit privé. Lille : Université de Lille 2 – Droit et Santé, 2016. p. 474

Selon le vocabulaire juridique Cornu, la loyauté « désigne plus spécialement soit la sincérité contractuelle (dans la formation du contrat), soit la bonne foi contractuelle (dans l'exécution du contrat), soit dans le débat judiciaire, le bon comportement qui consiste, pour chaque adversaire, à mettre l'autre à même d'organiser sa défense, en lui communiquant en temps utile ses moyens de défense et de preuve ».

En droit du travail, la loyauté est un instrument au service de l'équilibre contractuel puisque le contrat de travail, par nature, est déséquilibré par l'existence d'un lien de subordination. Néanmoins, cette loyauté s'applique aux deux parties au contrat. Toutefois, le juge est souvent plus strict envers l'employeur que le salarié en raison du rétablissement de l'équilibre contractuel qu'apporte la loyauté.

Ainsi, la loyauté est au cœur des relations de travail. En ce sens, la loyauté a été affirmée à l'article L. 1222-1 du code du travail issu de la loi du 17 janvier 2002 de la modernisation sociale¹⁶.

Dès lors, la loyauté semble s'apparenter à la bonne foi à travers les textes. Pour autant, il convient de dissocier ces deux notions. La bonne foi est un concept beaucoup plus large que la loyauté. En droit des biens, la bonne foi désigne la croyance en une réalité erronée. En matière contractuelle, la bonne foi désigne la loyauté dans l'exécution du contrat. La bonne foi recouvre ainsi deux concepts, tels que la croyance et la loyauté.

La loyauté n'est pas seulement juridique, elle traduit également un impératif moral. La loyauté, tend également à s'affirmer de plus en plus au regard des chartes éthiques et codes de bonne conduite dans les entreprises.

Ainsi, la loyauté se résume ainsi à l'exaltation de la confiance, à la sincérité, à la transparence et à la coopération. La loyauté gouverne ainsi les relations de travail.

Cela étant, « évoquer la loyauté, c'est faire référence à un comportement attendu des parties comme du juge, à une qualité humaine que l'on exige aujourd'hui dans toutes les relations juridiques, lors de la conclusion d'un contrat comme de son exécution, ou encore à l'occasion

¹⁶ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JORF du 18 janvier 2002, p.1008.

de la mise en œuvre d'un droit. Une telle qualité ne pouvait donc être absente du procès, qu'il soit civil ou répressif »¹⁷.

En effet au stade, du procès, intervient le droit de la preuve auquel se rattache le principe de liberté de la preuve. En droit du travail, la chambre sociale a tempéré le principe de liberté de la preuve. Les instruments probatoires dans le procès prud'homal sont donc soumis à l'exigence de loyauté. Dès lors que le salarié opère une surveillance à des fins probatoires, il doit respecter le principe de loyauté. La question de la loyauté dans la recherche des preuves devient ainsi un principe majeur du procès prud'homal. La loyauté s'affirme ainsi dans les relations de travail mais également dans le procès prud'homal au regard de la surveillance probatoire effectuée par l'employeur. En ce sens, les NTIC tendent à accélérer la déloyauté de l'employeur.

La surveillance réalisée par l'employeur est ainsi confrontée à l'exigence du principe de loyauté (chapitre 1), affirmée notamment depuis le code de 1804, mais également par les droits fondamentaux et notamment le droit au respect de la vie privée (chapitre 2). Des protections sont ainsi accordées au salarié face à la surveillance de l'employeur. Le principe de loyauté et le droit au respect de la vie privée gouvernent la surveillance de l'employeur. Toutefois, ces protections sont de plus en plus menacées face à l'arrivée massive des NTIC qui ne cessent de créer des atteintes aux protections accordées au salarié.

¹⁷ LEBORGNE A., « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe » *RTD civ*, 1996, p. 535.

CHAPITRE 1 - UNE SURVEILLANCE SOUMISE AU RESPECT DE LA LOYAUTÉ DANS L'ACTIVITÉ DU SALARIÉ

« Rendre la justice est une œuvre collective et se passer de la loyauté est impossible, on rejoint ici l'éthique : le procès n'est pas un combat comme les autres. Tous les coups ne sont pas permis »¹⁸

Le contrôle de la surveillance dans l'activité du salarié s'appuie sur le principe de loyauté tant dans les relations de travail (section 1) que dans l'administration de la preuve (section 2). Le principe de loyauté dans les relations de travail puise son origine dans un arrêt de 1991 ayant eu comme unique fondement l'article 9 du Code de procédure civile¹⁹. L'exécution du contrat de travail est ainsi soumise à l'obligation de bonne foi. Ce principe s'impose tant à l'employeur qu'au salarié. Au-delà de l'article 9 du Code de procédure civile, ce principe de loyauté peut également se fonder au visa de l'article 1134 ancien du Code civil. Le principe de loyauté dans l'administration de la preuve tire également son fondement de l'article 9 du Code de procédure civile auquel s'ajoute l'article 10 de ce même Code ce qui confère au juge, le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instructions légalement admissibles. Cela exclut nécessairement les procédés probatoires illicites. C'est pourquoi ce principe de loyauté gouverne la surveillance du salarié établie par l'employeur.

Le principe de loyauté dans les relations de travail repose essentiellement sur le principe de transparence permettant ainsi aux institutions représentatives du personnel (IRP) et au salarié d'être informé sur les procédés techniques spécifiques mis en place par l'employeur. Le principe de loyauté dans les relations de travail doit également être incorporé aux critères d'intérêt légitime et de proportionnalité.

¹⁸ GUINCHARD S., BAUDRAC et a., Droit processuel, Précis Dalloz, 1^{ère} éd, 2001, n°542, p. 644

¹⁹ DUPLAT J. « Surveillance des salariés et vie privée », *RJS*, 2003, p. 105.

Si le principe de loyauté est imposé dans les relations de travail, il l'est également dans l'administration de la preuve. On distinguera la preuve obtenue en l'absence de dispositif technique spécifique, de la preuve obtenue en présence d'un dispositif technique spécifique.

En effet, si le recours aux procédés classiques de surveillance existe encore, tels que la fouille, le recours à l'alcootest, ou encore le supérieur hiérarchique lui-même, la surveillance ne cesse d'être accélérée par les NTIC, tels que la vidéosurveillance et le badge électronique.

SECTION 1 : LE RESPECT DU PRINCIPE DE LOYAUTÉ DANS LES RELATIONS DE TRAVAIL

Le principe de loyauté dans les relations de travail implique nécessairement l'employeur et le salarié. L'employeur tire en effet du contrat de travail un lien de subordination, un pouvoir disciplinaire et un pouvoir de direction, lui permettant de contrôler l'activité du salarié. Ce contrat de travail impose également une obligation de loyauté envers les parties.

La surveillance doit ainsi respecter le principe de loyauté. Ce principe de loyauté tend à s'appliquer notamment au regard du principe de transparence (§1) mais également au principe de proportionnalité et de finalité (B).

§1 : Le critère d'information : un principe de transparence

En vertu du principe de loyauté, et de facto du principe de transparence, le droit pour l'employeur de surveiller ses salariés pendant leurs heures de travail, passe fréquemment par l'information préalable notamment des salariés (A) mais également à l'égard des institutions représentatives du personnel (B), et dans certains cas, une information doit également passer par une déclaration à la CNIL (C)²⁰.

La nécessité d'information préalable trouve son fondement dans le célèbre arrêt Néocel, rendu le 20 novembre 1991²¹ lequel considère « qu'une information préalable est nécessaire lors de la mise en place de tout dispositif de surveillance et contrôle de leur activité »²². Le rapport rendu par Gérard Lyon-Caen sur les libertés publiques et de l'emploi, est dans la lignée de la

²⁰ SERRANO A., « L'utilisation des outils technologiques au travail : quelle sont les règles ? », *social général, droit social, la lettre juridique*, n°237, 2006.

²¹ Cass. soc., 20 novembre 1991, Néocel c/Spaeter, Bull civ. V, n°519, p. 323

²² DUPLAT J. « Surveillance des salariés et vie privée », *RJS*, 2003, p. 105.

jurisprudence Néocel. En effet, la loi rendue le 31 décembre 1992²³ a consacré ce principe de transparence.

A. L'information des salariés

L'obligation d'informer le salarié sur la mise en place d'un dispositif de surveillance est une obligation légale. En effet, en vertu de l'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 ». Cela étant, la jurisprudence et le législateur restent silencieux quant à la diffusion de l'information. Usuellement, l'employeur diffusera une note d'information relative aux dispositifs de contrôle qui existent dans l'entreprise ou qui vont être mis en place, soit par lettre recommandée avec avis de réception soit par remise en main propre contre décharge²⁴. L'information devra être dotée des finalités poursuivies par le dispositif de surveillance, des destinataires des données issues du dispositif ainsi que des droits des salariés d'accès et de rectification. À défaut, une entreprise pourra être sanctionnée²⁵ et les preuves obtenues par le dispositif de surveillance ne pourront être admises à l'encontre du salarié²⁶.

La mise en place d'un dispositif de surveillance par l'employeur requiert ainsi une obligation légale d'informer préalablement le salarié. Toutefois, la licéité du contrôle de l'activité du salarié tient également dans l'information aux institutions représentatives du personnel

B. L'information des institutions représentatives du personnel

La surveillance du salarié doit répondre au principe de transparence. Ainsi, l'obligation d'informer les salariés s'applique également aux institutions représentatives du personnel s'agissant du comité d'entreprise (1). Bien que vivement conseillé, le CHSCT est détaché de toute obligation légale de consultation d'information préalable (2). Au surplus, une déclaration à la CNIL devra être opérée dès lors que des données personnelles sont collectées (3).

²³ Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, JORF n°1 du 1 janvier 1993, p. 19.

²⁴ « La surveillance de l'activité des salariés », *Liaisons sociales Quotidien, le dossier pratique*, n°223, 2014.

²⁵ Cass. Soc 10 janvier 2012, pourvoi n°10-23.482, Bulletin 2012, V, n° 2

²⁶ Cass. Soc 10 janvier 2012, pourvoi n°10-23.482, Bulletin 2012, V, n° 2

1. Le comité d'entreprise ou comité social et économique

Une ordonnance Macron publiée le 23 septembre 2017²⁷, a fusionné les IRP, créant une instance unique appelée « le comité social et économique ».

En vertu de l'article L. 2323-47 du Code du travail alinéa 3, le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés.

A défaut d'information au comité d'entreprise sur la mise en place d'un dispositif de surveillance, l'employeur se verra infliger une condamnation pour délit d'entrave. Au surplus de cette condamnation les preuves obtenues sans information préalable du comité d'entreprise seront ainsi considérées comme illicites²⁸.

2. Le CHSCT

A l'inverse du comité d'entreprise ou encore du salarié, il n'existe pas d'obligation légale d'information concernant le CHSCT. Toutefois, il est recommandé d'informer le CHSCT afin qu'il participe au choix du mode de surveillance du salarié. En effet, la surveillance du salarié peut avoir un impact sur la santé du salarié (à titre d'exemple, tel dispositif de surveillance peut engendrer le stress). La consultation du CHSCT sera alors d'autant plus appréciée²⁹.

C. La déclaration à la CNIL

La déclaration à la CNIL s'opère dès lors que le dispositif de surveillance collecte des données personnelles sur le salarié. Cette obligation résulte de la loi informatique et libertés, Loi n°78-17 du 6 janvier 1978³⁰. Au regard de cette loi, l'employeur devra alors préciser la finalité du dispositif, les catégories des données qui seront collectées, les services destinataires des données, la durée de conservation des données, l'existence d'un droit d'accès, de rectification et d'opposition de leurs modalités d'exercice, le cas échéant, les transferts de données à caractère personnel envisagés à destination d'un État non-membre de l'UE.

²⁷ Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, JORF n°0223 du 23 septembre 2017.

²⁸ Cass.soc, 7 juin 2006, pourvoi n°04-43.866, Bulletin 2006 V n° 206 p. 198

²⁹ « La surveillance de l'activité des salariés », *Liaisons sociales Quotidien, le dossier pratique*, n°223, 2014.

³⁰ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF du 7 janvier 1978, p. 227

A défaut de déclaration à la CNIL, l'employeur ne pourra se prévaloir du refus du salarié de se soumettre au dispositif de surveillance, se prémunir des preuves obtenues par celui-ci et fera l'objet d'une sanction disciplinaire. En cas de déclaration tardive, les preuves obtenues par le dispositif de surveillance seront illicites dès lors que ces preuves ont été obtenues sur la période antérieure à la déclaration. Cette exigence de déclaration à la CNIL pourra cependant disparaître dès lors qu'une entreprise s'est dotée d'un correspondant informatique et libertés (CIL) et dans la mesure où celui-ci ajoute le dispositif à son registre.

Afin de pouvoir exercer pleinement une surveillance légitime sur un salarié ou l'ensemble des salariés, l'employeur au surplus du principe de transparence, doit respecter le principe de proportionnalité et de finalité.

§2 : Le critère de finalité et de proportionnalité

Au delà du principe de transparence, l'employeur, dans certaines situations, apporte des restrictions de droits et libertés du salarié par la mise en place de tel dispositif de surveillance telle que la vidéosurveillance par exemple.

Dès lors, la restriction des droits et libertés par la mise en place d'un dispositif de surveillance, doit ainsi être justifiée par un intérêt légitime (A) et respecter le principe de proportionnalité (B).

A. Un intérêt légitime

L'employeur qui souhaite contrôler l'activité de ses employés par la mise en place d'un dispositif de surveillance devra en préciser sa finalité à l'appui d'un intérêt légitime.

L'intérêt légitime établi par l'employeur s'exprime notamment par la prévention des atteintes aux biens et aux personnes, la sécurité informatique ou encore la vérification de la qualité du travail effectué³¹. L'employeur devra alors vérifier que le dispositif de surveillance est nécessaire à la nature des risques identifiés³².

³¹ DE GIVRY E., « TIC et surveillance du salarié : regards de la CNIL », *JCP S*, n°41, 1394, 2013.

³² LEBEAU-MARIANNA D., VASSET O., « Clémence et droit de contrôle de l'employeur », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, 2007, Dossier 2.

B. Le principe de proportionnalité

Le principe de proportionnalité résulte de l'article L. 1121-1 du Code du travail qui dispose que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Cet article a fait l'objet d'une large application par le Conseil d'Etat en 1987³³ considérant que « la clause d'un règlement intérieur autorisant l'employeur à faire ouvrir à tout moment, afin d'en contrôler l'état et le contenu, les vestiaires ou armoires individuelles mis à la disposition de chaque salarié pour ses vêtements et ses objets personnels [...] excède l'étendue des restrictions que l'employeur peut légalement apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles [...] ». Ce principe de proportionnalité s'applique également au niveau des NTIC qui ont considérablement augmenté. La CNIL doit alors opérer un contrôle de proportionnalité. Ainsi, les données personnelles collectées par le dispositif de surveillance mis en place par l'employeur, doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard de leur finalité³⁴. Un système de surveillance « systématique, général ou continu » des salariés est donc exclu³⁵.

Au regard de ce principe, la restriction aux droits et libertés par la mise en place d'un système de surveillance doit d'abord être justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ce qui suppose une appréciation objective de la relation contractuelle. Ainsi la Cour de cassation a jugé que « l'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail [...] n'est pas justifiée lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail »³⁶.

Il va de soi que le principe de loyauté exigé dans les relations de travail, s'affirme également dans l'administration de la preuve dès lors qu'elle provient d'une surveillance probatoire. L'exigence du principe de loyauté dans l'administration de la preuve reste cependant discutée.

³³ CE, 12 juin 1987, n° 72388 : JurisData n° 1987-606372 ; AJDA 1987, p. 462 et 492

³⁴ Article 6-3° de la loi « Informatique et libertés » : « les données sont adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs ».

³⁵ LEBEAU-MARIANNA D., VASSET O., « Clémence et droit de contrôle de l'employeur », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, 2007, Dossier 2.

³⁶ Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-18.036 : JurisData n° 2011-023703

SECTION 2 : LE RESPECT DU PRINCIPE DE LOYAUTÉ DANS L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

Le principe de loyauté dans l'administration de la preuve a notamment été consacré par un arrêt rendu en assemblée plénière le 7 janvier 2011³⁷. En effet, l'assemblée plénière a rendu sa décision aux visas des articles 9 du Code de procédure civile, 6, § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et au visa du « principe de loyauté dans l'administration de la preuve ».

Dès lors, l'article 9 du Code de procédure civile pose un principe de légalité et considère qu'il ne faut pas commettre d'infraction pour parvenir à apporter une preuve. L'article 6 § 1 de la CESDH est relatif au procès équitable, et la référence à cet article tend à considérer que ce procès équitable s'entend par l'exigence de la loyauté.

En effet il paraît opportun que la surveillance, lorsqu'elle sert d'instrument probatoire, soit soumise au respect du principe de loyauté afin d'éviter « les ruses, machinations ou stratagèmes de nature à tromper une personne »³⁸.

Il est certain que l'exigence du principe de loyauté a nécessairement été affirmée (A). Cela étant, ce principe de loyauté ne cesse d'être discuté à plusieurs égards (B).

Sous section 1 : Une loyauté affirmée dans l'administration de la preuve

L'affirmation du principe de loyauté tend à s'illustrer à travers la preuve obtenue un dispositif de surveillance interne à l'entreprise sans forcément qu'un dispositif technique ait été institué (§2). L'affirmation du principe de loyauté est de plus en plus contrôlée lorsque l'employeur recourt à dispositif technique de surveillance, qu'il soit interne ou externe à l'entreprise (§2).

§1 : La preuve obtenue par un dispositif de surveillance interne à l'entreprise

La surveillance opérée sur les lieux et temps de travail s'est considérablement développée au fil des années. Au surplus des dispositifs de surveillance dits « classiques » tels que la fouille et l'alcootest, les NTIC apportent une diversification des dispositifs de surveillance notamment par la vidéosurveillance, les écoutes, l'utilisation du téléphone, de l'ordinateur³⁹.

³⁷ Cass. ass. plén., 7 janvier 2011, pourvoi n° 09-14.316 et pourvoi n° 09-14.667 : JurisData n° 2011-000038

³⁸ BARÈGE A., BOSSU B., « Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié », *JCP S*, n°41, 1393, 2013.

³⁹ DUPONT O-C., *Preuve et renouveau contractuel en droit du travail*, BOSSU B (dir. de recherche), Thèse de doctoral. Droit privé. Lille : Université de Lille 2 – Droit et Santé , 2004. p. 634.

L'ensemble de ces dispositifs de surveillance pose la question de l'illicéité et la licéité du mode probatoire. L'obtention de la preuve va différer selon le dispositif de surveillance. Il convient ainsi de distinguer la surveillance issue des éléments matériels (A), de la surveillance issue de la présence physique (B)

A. La surveillance issue des éléments matériels

Bien que la surveillance du salarié se soit considérablement développée par l'arrivée massive des nouvelles technologies, la jurisprudence de la chambre sociale s'est tout d'abord attardée sur la surveillance de ces éléments matériels. La surveillance des éléments matériels, issue majoritairement du contentieux administratif, la jurisprudence de la chambre sociale s'est toujours disposée de traiter ce contentieux, celui-ci étant encore mis en exergue.

La surveillance matérielle englobe la fouille (1) et le recours à l'alcootest (2).

1. Les conditions de la fouille

La jurisprudence a ainsi différencié les recours à la fouille. Celle-ci peut s'effectuer par l'ouverture des sacs (a), l'ouverture des armoires individuelles ou casier mis à la disposition des salariés (b), la fouille corporelle (c).

a. Le cas de l'ouverture des sacs

L'employeur peut être amené à contrôler les sacs alors même qu'ils contiennent des éléments personnels propre au salarié. Cela étant le recours à ce contrôle doit être justifié.

L'arrêt du 3 avril 2001 rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation⁴⁰ a rappelé les conditions de validité de recours à l'ouverture des sacs des salariés. Le recours à l'ouverture des sacs a expressément été autorisé au visa de l'article L. 120-2 du Code du travail ancien, et L. 1121-1 du Code du travail nouveau considérant que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Dans l'arrêt rendu le 3 avril 2001, la Cour de cassation a considéré que le recours à l'ouverture des

⁴⁰ Cass.soc., 3 avril 2001, sarrasin et syndicat CFDT Radio-télé c/ Sté Métropole télévision M6, Bull. civ n°115 ; Jurisdata n°009037

sacs aux agents de sécurités qui n'était que temporaire, était justifié par des circonstances exceptionnelles et des exigences de sécurités et était proportionnée au but recherché dès lors qu'elle excluait la fouille des sacs⁴¹. Au regard de cet arrêt, il convient de préciser que la Cour de cassation semble opérer une distinction entre ouverture du sac, fouille et demande visant à voir si le sac ne contient pas certains objets⁴². Le contrôle des sacs est ainsi entendu strictement et précisons que dans l'arrêt du 3 avril 2001 les circonstances exceptionnelles touchaient les risques éventuels d'attentats. A cet égard, cela avait été critiqué car les attentats ciblent fortement les lieux publics et non privés⁴³. Alors, si ce dispositif de surveillance est admis et notamment en ce qui concerne le mode probatoire, il semblerait que les conditions préalables à sa validité sont admises strictement. Cet encadrement semble suivre son cours illustré notamment un par un arrêt de principe du 11 février 2009⁴⁴ laissant toujours la réserve des circonstances exceptionnelles, aux vises des articles L. 120-2, devenu L. 1121-1 du Code du travail, et 9 du Code civil. L'ouverture des sacs exige une justification, tel est le cas de l'ouverture des armoires individuelles.

b. Le cas de l'ouverture des armoires individuelles ou casier

Sous respect de la loyauté ainsi que de la vie privée, l'employeur est soumis à des conditions lorsqu'il souhaite procéder à l'ouverture d'armoire individuelle ou casier.

A cet égard, l'article R. 4228-6 du Code du travail⁴⁵ régleme la mise à disposition d'armoires individuelles considérant notamment qu'elles doivent être munies d'une serrure et d'un cadenas et étant réservées à l'usage exclusif des salariés. La jurisprudence administrative ajoute deux conditions cumulatives quant à la preuve obtenue par l'ouverture de casier par l'employeur. La jurisprudence administrative ajoute premièrement, que, l'ouverture du casier peut être opérée selon les cas prévus par le règlement intérieur de l'entreprise, justifiée notamment par les nécessités d'hygiène ou de sécurité dans l'entreprise. Deuxièmement, la jurisprudence administrative ajoute que l'ouverture des casiers doit être opérée en présence du

⁴¹ F. SARAMITO, Note sous Cass. Soc., 3 avril 2001, Sarrasin et syndicat CFDT Radio-Télé c/ Sté Métropole télévision M6, Dr. Ouvrier 2002, p. 206.

⁴² CONTAMINE A., « La surveillance du salarié », *Revue Lamy de la concurrence*, n°37, 2013, p. 13

⁴³ DUPONT O-C., *Preuve et renouveau contractuel en droit du travail*, BOSSU B (dir. de recherche), Thèse de doctoral. Droit privé. Lille : Université de Lille 2 – Droit et Santé , 2004. p. 634.

⁴⁴ Cass. soc., 11 février 2009, n°07-42.068, Bull. civ. V, n°40

⁴⁵ Article R. 4228-6 du Code du travail « *Les vestiaires collectifs sont pourvus d'un nombre suffisant de sièges et d'armoires individuelles ininflammables.*

Ces armoires permettent de suspendre deux vêtements de ville.

Lorsque les vêtements de travail sont susceptibles d'être souillés de matières dangereuses, salissantes ou malodorantes, les armoires comprennent un compartiment réservé à ces vêtements.

Les armoires individuelles sont munies d'une serrure ou d'un cadenas »

salarié concerné ou en procédant à l'information du salarié. Toute clause prévoyant l'absence d'information préalable des salariés et disposant la direction de se réserver le droit de faire ouvrir à tout moment les casiers, porte atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles⁴⁶.

La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation a apporté quelques éléments de précisions quant à l'encadrement de l'ouverture du casier, après avoir réaffirmé les conditions cumulatives précitées⁴⁷. En effet, elle considère que, si l'ouverture du casier est autorisée par le règlement intérieur, encore faut-il qu'elle soit justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché en vertu de l'article L. 122-35 du Code du travail devenu L. 1321-3 2° du Code du travail⁴⁸.

Cela étant, si les conditions prévues pour l'ouverture du casier sont respectées, la preuve obtenue par ce dispositif sera acceptée. Dans cette espèce, le salarié considérait que son licenciement était nul au motif que la preuve obtenue par l'ouverture de son armoire personnelle était illicite. La Cour de cassation fait droit à sa demande, en raison de l'irrégularité de la fouille. L'obtention de la preuve basée sur l'ouverture d'un casier semble licite dès lors que la fouille a été faite de manière régulière selon les conditions prévues. La question se pose également en matière de fouille corporelle.

c. La fouille corporelle⁴⁹

Il est vrai que l'employeur tend à effectuer des fouilles dites corporelles notamment pour lutter contre les vols en entreprise ou d'assurer la sécurité collective. Au regard de la circulaire ministérielle du 15 mars 1983⁵⁰, les fouilles corporelles établies dans la lutte contre les vols en entreprise ont été assimilées à des perquisitions et sont réglementées par le Code de procédure pénale.

Les conditions pour recourir à une fouille corporelle ont été apportées par la jurisprudence administrative et la circulaire ministérielle du 15 mars 1983⁵¹. Deux conditions cumulatives sont exigées et ont été validées par la chambre sociale de la Cour de cassation du 19 décembre

⁴⁶ CE, 12 juin 1987, société Gantois, n°72.388 ; Dr.soc 1987, p. 654.

⁴⁷ Cass. Soc., 11 décembre 2001, Ratajczak c/Sté Bianchi, Bull. civ. V, n°377

⁴⁸ DUPONT O-C., *Preuve et renouveau contractuel en droit du travail*, BOSSU B (dir. de recherche), Thèse de doctoral. Droit privé. Lille : Université de Lille 2 – Droit et Santé, 2004. p. 634.

⁴⁹ HERZOG EVANS M. « Fouilles corporelles et dignité de l'homme », *Revue sc.crim.*, 1998, p. 735 et « Tendances actuelles du droit des fouilles corporelles » *Gaz. Pal.*, 2002, doct., p. 3

⁵⁰ Circulaire DRT n°83-5 du 15 mars 1983, BO Trav. 1983, n°16.

⁵¹ Ibid.

1973⁵² s'agissant de la sécurité collective. En premier lieu, la fouille corporelle doit être justifiée par la nature de l'activité de l'entreprise pour des raisons de sécurité collective. En second lieu, la fouille corporelle doit être effectuée sous le respect des conditions d'élémentaire décence et de préférence à l'aide d'appareils de détection adaptés⁵³. Sous réserve de respecter ces conditions, la preuve issue de la fouille corporelle est licite, illustré notamment par l'arrêt du Conseil d'Etat du 8 juillet 1988⁵⁴.

Sous réserve des conditions prévues par les textes et la jurisprudence, la preuve issue des fouilles corporelles est licite. L'employeur peut ainsi recourir à la fouille afin de prouver des agissements fautifs du salarié sans qu'il lui soit reproché l'illicéité sous le respect néanmoins des dispositions réglementaires prévues. A ces éléments de contrôle matériel, il convient d'ajouter le cas de recours à l'alcootest.

2. Les conditions de recours à l'alcootest

La jurisprudence administrative au regard notamment de la célèbre décision Corona du 1^{er} février 1980⁵⁵ accompagnée de la jurisprudence sociale conditionnent les cas recours à l'alcootest. La chambre sociale dans son arrêt du 22 mai 2002 précise les deux conditions cumulatives. L'autorisation de recourir à l'alcootest doit d'une part respecter les droits de la défense et d'autre part, respecter le principe de proportionnalité en vertu de l'article L. 1121-1 du Code du travail. Le recours à l'alcootest peut donc être visé par une clause dans un règlement intérieur dans la limite de respecter les conditions précitées.

Cela étant, ces deux ordres de juridiction se divisent quant à l'admission de la preuve obtenue par un alcootest. Alors que la jurisprudence administrative refuse ce dispositif comme mode probatoire, la jurisprudence sociale semble accepter ce procédé probatoire sous réserve de respecter les conditions⁵⁶.

Au surplus de la surveillance matérielle, l'employeur est souvent amené à surveiller ses salariés physiquement. La surveillance physique peut prendre différentes formes.

⁵² Cass. Soc., 19 décembre 1973, Bull. civ. V, n°677.

⁵³ Circulaire DRT n°83-5 du 15 mars 1983, BO Trav. 1983, n°16.

⁵⁴ CE, 8 juillet 1988, Jurispr.soc. UIMM 1989, n°512, p. 45

⁵⁵ CE, 1^{er} février 1980, sté peinture Corona, Dr. Soc. 1980, p. 310

⁵⁶ DUPONT O-C., *op.cit.*, p. 105.

B. La preuve issue d'une surveillance physique

La surveillance physique se vêtit de trois formes différentes. La surveillance physique peut être assimilée à la surveillance effectuée par le supérieur hiérarchique directement (1). Elle peut être également assimilée par les membres internes à l'entreprise (2), ou encore par un tiers à l'entreprise (3). Selon le type de surveillance établi, l'employeur devra respecter les règles liées au principe de transparence.

1. La surveillance effectuée par le supérieur hiérarchique

La simple surveillance effectuée par le supérieur hiérarchique ne constitue pas un mode de preuve illicite. Cette décision avait été affirmée par un arrêt rendu le 26 avril 2006⁵⁷ par la chambre sociale de la Cour de cassation.

En effet la Cour de cassation avait considéré que « la simple surveillance d'un salarié faite sur les lieux de travail par son supérieur hiérarchique, même en l'absence d'information préalable du salarié, ne constitue pas un mode de preuve illicite ». En ce sens, l'arrêt rendu le 4 juillet 2012⁵⁸ a précisé que le comité d'entreprise n'a pas besoin d'être consulté préalablement à la mise en place de la surveillance, au surplus de l'information préalable au salarié, qui n'est également pas nécessaire.

Dès lors, il paraît clair que la surveillance du salarié effectuée par un employeur ou un supérieur hiérarchique est licite. Cette surveillance se justifie notamment au regard du pouvoir de direction que dispose l'employeur. Ainsi en vertu de ce pouvoir de direction, il n'y a rien de plus ordinaire pour un employeur de contrôler l'activité du salarié afin de vérifier que celui-ci exécute bien sa prestation de travail⁵⁹.

Si l'employeur au regard de son pouvoir de direction peut contrôler l'activité des salariés, quid si celui-ci fait appel à des membres de l'entreprise pour surveiller ses salariés.

2. La surveillance effectuée par les membres de l'entreprise

Si la surveillance par le supérieur hiérarchique est autorisée, tel est également le cas pour la surveillance effectuée par un membre de l'entreprise. Cette surveillance a été approuvée par

⁵⁷ Cass. soc., 26 avril 2006, pourvoi n°04-43.582 : JurisData n°2006-033215

⁵⁸ Cass. soc., 4 juillet 2012, pourvoi n°11-14.241 : JurisData n°2012-015859

⁵⁹ BOSSU B., « Un service interne à l'entreprise peut contrôler l'activité d'un salarié », *La semaine juridique - éd sociale*, n° 6. 2015.

un arrêt rendu le 3 mai 2007⁶⁰. Il s'agissait en l'espèce d'un agent inspecteur des recettes qui appartenait à l'entreprise. L'arrêt rendu le 4 juillet 2012⁶¹ est venu affirmer cette décision considérant que « le simple contrôle de l'activité d'un salarié par l'employeur ou par un service interne à l'entreprise chargé de cette mission ne constitue pas, même en l'absence d'information préalable du comité d'entreprise, un mode de preuve illicite ».

L'arrêt rendu le 5 novembre 2014⁶² considère comme étant recevable, une surveillance effectuée sur les lieux de travail par des salariés de l'entreprise sans qu'il soit nécessaire que le salarié en soit averti, le lieu de travail n'étant pas nécessairement un lieu clos⁶³. Dans cet arrêt la Cour de cassation écarte le fondement relatif à la vie privée. En effet la Cour de cassation a considéré qu'il n'y avait pas d'atteinte à la vie privée dans la mesure où la surveillance s'effectuait au temps et lieu de travail.

Cela étant, si recourir à un service interne de l'entreprise est autorisé, celui-ci devra opérer un contrôle en vertu de la loyauté. Dès lors, des cadres en charge de contrôler l'activité des salariés sans les avertir, ne pourront utiliser des méthodes déloyales tels que « les stratagèmes, machinations ou tromperies »⁶⁴. Un arrêt rendu le 18 mars 2008⁶⁵ affirme cette exigence de loyauté. En l'espèce, un agent travaillait pendant son service dans un restaurant tenu par son épouse. L'employeur de l'agent avait demandé à des cadres de l'entreprise d'aller prendre leur repas dans ce restaurant afin de prendre des photographies du salarié pour prouver la faute. La Cour de cassation dans son arrêt rendu le 18 mars 2008 a considéré que la cour d'appel ayant constaté que « des agents EDF, mandatés par le chef de centre, s'étaient rendus dans l'établissement tenu par l'épouse de l'intéressé en se présentant comme de simples clients, sans révéler leurs qualités et le but de leur visite, ce dont il résultait que leurs vérifications avaient été effectuées de manière clandestine et déloyale, en ayant recours à un stratagème » a violé les textes susvisés et a annulé l'arrêt de la cour d'appel.

Recourir à un service interne à l'entreprise pour surveiller un salarié est donc également autorisé, et ce, sans que le salarié en soit averti. Dès lors, le salarié peut donc subir une surveillance de la part de son employeur ou par un service interne de l'entreprise. A cet égard il convient de s'interroger sur la licéité de la surveillance lorsque l'employeur décide de recourir à un service externe à l'entreprise.

⁶⁰ Cass. soc., 3 mai 2007, pourvoi n°05-44.612

⁶¹ Cass. soc., 4 juillet 2012, pourvoi n°11-14.241 : JurisData n°2012-015859

⁶² Cass. soc., 5 novembre 2014, pourvoi n°13-18.427

⁶³ « Surveillance physique et filature et dispositif clandestin », *Lamy procédure prud'homale*, p.7

⁶⁴ BOSSU B., « Un service interne à l'entreprise peut contrôler l'activité d'un salarié », *La semaine juridique – édition sociale*, n° 6. 2015.

⁶⁵ Cass. soc., 18 mars 2008, pourvoi n°06-45.093 : JurisData n°2008-043257

3. La surveillance effectuée par un tiers à l'entreprise

Le recours à un détective privé requiert l'information préalable du salarié. En effet, l'arrêt rendu le 23 novembre 2005⁶⁶ considère que « si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés ». Le recours à un détective privé constitue ainsi un mode de preuve illicite, étant considéré comme un procédé déloyal dès lors que le salarié n'a pas été informé préalablement.

Toutefois, l'information préalable au salarié n'est pas nécessaire lorsque l'employeur recourt à un huissier de justice, tiers extérieur à l'entreprise, illustré par l'arrêt rendu le 10 octobre 2007⁶⁷.

Si l'employeur décide de recourir à un détective privé pour contrôler ses salariés au sein de l'entreprise, celui-ci devra alors informer et consulter le comité d'entreprise sur les moyens ou techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés⁶⁸, mais également informer le salarié sur le dispositif de contrôle mis en place dans l'entreprise⁶⁹, en l'espèce, le recours à un détective privé. Seulement sous respect de ces conditions, l'employeur pourra engager un détective privé au sein de l'entreprise pour contrôler l'activité de ses salariés.

Dans un arrêt rendu le 15 mai 2001⁷⁰, la Cour de cassation a condamné un employeur qui avait fait appel à une surveillance externe à l'entreprise afin de contrôler l'utilisation des salariés sur le distributeur de boissons et sandwiches, sans les avoir avertis.

Si la surveillance des salariés par un service externe à l'entreprise peut être autorisée lorsque le comité d'entreprise et les salariés concernés ont été informés, cette décision est différente dès lors que cette surveillance intervient en dehors de l'entreprise. En effet à la différence de l'arrêt rendu le 5 novembre 2014⁷¹ rejetant le fondement de la vie privée, la Cour de cassation le 26 novembre 2002 a considéré que « l'employeur ne pouvait se fonder pour retenir

⁶⁶ Cass. soc., 23 novembre 2005, pourvoi n°03-41.401

⁶⁷ Cass. soc., 10 octobre 2007, pourvoi n°05-45.898

⁶⁸ Article L. 2323-32 alinéa 3 du Code du travail

⁶⁹ Article L. 1222-4 du Code du travail

⁷⁰ Cass. soc., 15 mai 2001, pourvoi n°99-42.219 : JurisData n°2001-009575

⁷¹ Cass. soc., 5 novembre 2014, pourvoi n°13-18.427

l'existence d'une faute grave de la salariée sur le rapport établi par son supérieur hiérarchique dressé à la suite d'une filature »⁷².

Dès lors, la surveillance issue d'une surveillance physique n'impose pas nécessairement la mise en place d'un dispositif technique de surveillance. C'est pourquoi, la surveillance opérée par le supérieur hiérarchique ou par les membres issus de l'entreprise n'impose pas une information préalable au salarié et au comité d'entreprise, à l'exception toutefois du recours à un tiers à l'entreprise, qui à l'intérieur de l'entreprise nécessite cette information et qui à l'extérieur de l'entreprise, ne peut s'effectuer en vertu du respect de la vie privée.

Si la preuve obtenue issue d'une surveillance par le supérieur hiérarchique ou des membres internes à l'entreprise est admise en l'absence du principe de transparence, la preuve obtenue en présence d'un dispositif technique spécifique de surveillance, se doit de respecter les règles liées au principe de transparence.

En effet, bien que la surveillance issue des éléments de contrôle matériel et physique soit toujours d'actualité dans le processus de surveillance du salarié, il semblerait que la surveillance prend de nouvelles formes notamment par le développement massif des NTIC présent au sein de l'entreprise notamment.

§2 : La preuve obtenue en présence d'un dispositif technique spécifique

Il va de soi que, dès lors que l'employeur opère une surveillance à l'aide d'un dispositif technique de surveillance, le principe de loyauté est sans exception exigé.

En effet, l'apparition des NTIC n'a fait qu'augmenter les processus de surveillance. L'employeur dispose ainsi d'un large choix de dispositifs de surveillance, et notamment l'employeur utilise fréquemment ces dispositifs lorsqu'il souhaite prouver une faute du salarié grâce à ces dispositifs. Cela étant, ces dispositifs techniques de surveillance portent fréquemment atteinte aux droits et libertés des salariés. Il paraît alors opportun que le principe de loyauté gouverne la surveillance probatoire.

L'institution d'un dispositif technique de surveillance peut intervenir à l'intérieur de l'entreprise (A) mais également à l'extérieur de l'entreprise (B).

⁷² Cass. soc., 26 novembre 2002, pourvoi n° 00-42.401

A. La surveillance interne à l'entreprise

Dès lors, la mise en place d'un dispositif technique de surveillance notamment lorsqu'il permet d'effectuer une surveillance probatoire est nécessairement contrôlé et doit respecter le principe de loyauté.

La surveillance interne à l'entreprise englobe principalement la vidéosurveillance (1) et les badges (2).

1. La vidéosurveillance

La mise en place d'une vidéosurveillance au sein de l'entreprise doit respecter les principes de loyauté et de transparence. En effet, la mise en place d'une vidéosurveillance peut porter aux droits et libertés du salarié, au regard de la liberté d'expression, en raison du fait que le salarié est écouté, mais également au regard du droit à la vie privée, reconnu en entreprise⁷³. Dès lors, en cas d'utilisation d'une vidéosurveillance, l'employeur doit préalablement informer les salariés et les institutions des représentants du personnel, même lorsque les salariés ont été mis à la disposition d'une société cliente⁷⁴. Toutefois lorsque les vidéosurveillances sont placées au sein de locaux dans lesquels les salariés ne travaillent pas, l'information préalable n'est pas requise⁷⁵. Ce propos a été illustré notamment dans un arrêt rendu le 31 janvier 2001⁷⁶. Tel est notamment le cas du toit d'un bâtiment dont l'accès était interdit au personnel pour des raisons de sécurité⁷⁷, ou les entrepôts ou locaux de rangements⁷⁸ ou encore la porte d'accès d'un local dans lequel les salariés ne devaient avoir aucune activité⁷⁹.

La restriction des droits et libertés du salarié par la mise en place d'une vidéosurveillance doit être justifiée par la nature des tâches à accomplir et être proportionnée au but recherché en vertu de l'article L. 1121-1 du Code du travail. L'employeur doit ainsi s'assurer qu'un moyen moins attentatoire aux droits et libertés du salarié n'existe pas. La justification peut ainsi reposer sur des raisons de sécurité ou des raisons de surveillance du salarié. Néanmoins une fois justifié, il ne peut y avoir un détournement de finalité en vertu de l'article 6 de loi du 6

⁷³ BOSSU B., « Vidéosurveillance et preuve de la faute du salarié », *JCP S*, n°26, 1313, 2011.

⁷⁴ Cass. soc., 10 janvier 2012, pourvoi n°10-23.482

⁷⁵ BARÈGE A., BOSSU B., « Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié », *JCP S*, n°41, 1393, 2013.

⁷⁶ Cass. soc., 31 janvier 2001 : *JCP E*, 2001, p. 1145

⁷⁷ Cass. soc., 19 janvier 2010, pourvoi n°08-45.092

⁷⁸ Cass. soc., 31 janvier 2001, pourvoi n°98-44.290

⁷⁹ Cass. soc., 19 avril 2005, pourvoi n°02-46.295

août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel⁸⁰ qui dispose que «sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités ». En ce sens, la CNIL a considéré que, bien qu'une vidéosurveillance ait été mise en place pour lutter contre les vols, celle-ci ne peut pas faire l'objet d'une surveillance constante des salariés⁸¹.

Cela étant, la mise en place d'une vidéosurveillance sera ainsi admise sous respect du principe de loyauté et de transparence et de l'article L. 1121-1 du Code du travail.

A la vidéosurveillance établie à l'aide d'un procédé technique interne à l'entreprise, s'ajoute le badge.

2. Les badges

La mise en place de badge au sein d'une entreprise est valable après avoir informé préalablement les salariés et les institutions des représentants du personnel, et après avoir effectué une déclaration préalable à la CNIL de la mise en place d'un tel dispositif. La déclaration peut prendre une forme simplifiée sauf en cas de dispositif biométrique où elle prendra une forme spécifique. A défaut de déclaration, le salarié ne pourra se voir reprocher l'omission de « badger », comme l'illustre l'arrêt rendu le 6 avril 2004⁸².

De telles conditions sont exigées lors de la mise en place d'un dispositif de « badge », en raison de la récupération des données permettant d'identifier le salarié, lors de ses passages sur le lecteur. L'employeur peut donc abuser de ce dispositif aux fins de tracer les déplacements des salariés⁸³. En ce sens, le recours aux badges ne doit pas empêcher les représentants du personnel qui en disposent d'exercer leur droit de circulation⁸⁴.

Dès lors, seuls les membres habilités aux services gérant le personnel, la paie ou la sécurité peuvent accéder aux données alimentées par les badges.

⁸⁰ 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 (modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés), JORF n°182 du 7 août 2004, p. 14063.

⁸¹ CNIL, délib. n° 2009-201, 16 avr. 2009 : JCP S 2009, act. 480

⁸² Cass. soc., 6 avril 2004, pourvoi n°01-45.227

⁸³ « La surveillance de l'activité des salariés », *Liaisons sociales quotidien, le dossier pratique*, n°96, 2013.

⁸⁴ Cass. soc., 26 septembre 2007, pourvoi n°06-11.425

C'est pourquoi, des mesures de sécurité⁸⁵ doivent être mises en place par l'employeur afin de bloquer l'accès des données récupérées par les badges à toute personne n'étant pas habilitée à y accéder. Quant à la conservation des données, les données relatives aux accès doivent être supprimées trois mois après leur enregistrement tandis que les données utilisées pour le suivi du temps de travail peuvent être conservées pendant cinq ans⁸⁶. L'employeur sous réserve d'avoir respecté les conditions précitées, pourra se prévaloir de ce dispositif pour prouver un comportement fautif d'un salarié. En ce sens, le Conseil d'État a considéré que le fait, pour un salarié investi d'un mandat représentatif, de s'abstenir, de manière systématique, d'utiliser les badges en usage dans l'entreprise en dépit de plusieurs mises en garde constituait un comportement fautif de nature à justifier son licenciement⁸⁷.

Dès lors, de nombreux dispositifs de surveillance peuvent être mis en place par l'employeur au sein de l'entreprise. Le développement massif des NTIC ne fait que considérablement augmenter les dispositifs techniques de surveillance, permettant alors à l'employeur de pouvoir surveiller son salarié même en dehors de l'entreprise.

B. La surveillance externe à l'entreprise

Pourtant à l'extérieur de l'entreprise, le salarié peut être surveillé par son employeur notamment avec le dispositif de géolocalisation. Le développement des nouvelles technologies n'a fait qu'augmenter les moyens de géolocalisation, disponible via un téléphone portable ou encore une GPS ou les GPS ancrés dans le véhicule lui-même. L'employeur, pour pouvoir utiliser un tel dispositif de surveillance, doit informer préalablement les salariés, consulter les représentants du personnel et effectuer une déclaration préalable auprès de la CNIL. De telles conditions sont exigées en raison du caractère intrusif que peut apporter ce dispositif. Toutefois, sa mise en place peut se justifier pour « *suivre, justifier et facturer une prestation de transport de personnes, de marchandises ou de services directement liée à l'utilisation du véhicule. Par exemple : les ambulances dans le cadre de la dématérialisation de la facturation de l'assurance-maladie. Assurer la sécurité de l'employé, des marchandises*

⁸⁵ Traçabilité des actions effectuées

⁸⁶ La Cnil. Disponible sur : <https://www.cnil.fr/fr/laces-aux-locaux-et-le-controle-des-horaires-sur-le-lieu-de-travail> [Consulté le 18 mai 2018].

⁸⁷ CE, 8 août 2002, n°10-9749

ou des véhicules dont il a la charge, et notamment retrouver le véhicule en cas de vol. Par exemple, avec un dispositif inerte activable à distance à compter du signalement du vol. Mieux allouer des moyens pour des prestations à accomplir en des lieux dispersés, notamment pour des interventions d'urgence. Par exemple : identifier l'employé le plus proche d'une panne d'ascenseur ou l'ambulance la plus proche d'un accident. Accessoirement, suivre le temps de travail, lorsque cela ne peut être réalisé par un autre moyen. Respecter une obligation légale ou réglementaire imposant la mise en œuvre d'un dispositif de géolocalisation en raison du type de transport ou de la nature des biens transportés. Contrôler le respect des règles d'utilisation du véhicule définies par l'employeur »⁸⁸.

Les informations fournies par la géolocalisation ne doivent pas être conservées plus de deux mois sauf lorsqu'elles sont utilisées pour optimiser les tournées ou à des fins de preuve des interventions effectuées, lorsqu'il n'est pas possible de rapporter cette preuve par un autre moyen, elles peuvent être conservées un an et lorsqu'elles sont utilisées pour le suivi du temps de travail, elles peuvent être conservées cinq ans⁸⁹.

Dès lors, l'employeur ne peut utiliser le dispositif de géolocalisation afin de contrôler le respect des limitations de vitesse ou contrôler un employé en permanence.

Les données collectées par le système de géolocalisation en dehors du temps de travail ne peuvent être utilisées et le salarié doit pouvoir désactiver ce système dès lors que le véhicule ou l'appareil est autorisé à des fins privées. Egalement, l'employeur doit laisser une liberté dans l'organisation des déplacements d'un commercial itinérant illustré par un arrêt rendu le 3 novembre 2011⁹⁰.

La Cour de cassation a considéré que « l'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen et n'est pas justifié lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail (...) un système de géolocalisation ne peut être utilisé par

⁸⁸ La CNIL. Disponible sur : <https://www.cnil.fr/fr/la-geolocalisation-des-vehicules-des-salaries> [Consulté le 24 mai 2018]

⁸⁹ La CNIL. Disponible sur : <https://www.cnil.fr/fr/la-geolocalisation-des-vehicules-des-salaries> [Consulté le 24 mai 2018]

⁹⁰ Cass. soc., 3 novembre 2011, pourvoi n°10-18.036

l'employeur pour d'autres finalités que celles qui ont été déclarées auprès de la Cnil et portées à la connaissance des salariés ».

L'employeur ne peut ainsi être déloyal quant aux finalités déclarées par la mise en place de ce dispositif. En ce sens, l'employeur ne peut utiliser un système de géolocalisation, afin de suivre les déplacements des représentants du personnel dans le cadre de leur mandat.

Ainsi, sous réserve d'avoir respecté les conditions d'information, de consultation, de déclaration, auprès des personnes concernées et d'avoir respecté les conditions de justification, d'utilisation, l'employeur pourra se prévaloir d'un comportement fautif par le salarié issu de ce dispositif de surveillance.

Il paraît justifié que la surveillance probatoire soit soumise au respect de la loyauté, notamment lorsque la surveillance porte atteinte aux droits et libertés. En effet, admettre un procédé déloyal ne ferait qu'entraver les principes érigés en vertu des articles 9 du Code de procédure civile, ou l'article 6 § 1 de la CESDH.

Cela étant, la loyauté dans l'administration de la preuve est de plus en plus discutée. Celle-ci laissant naître un impact sur les parties, en raison notamment d'un déséquilibre.

Sous section 2: Une loyauté discutée dans l'administration de la preuve

Bien que nécessaire, la loyauté dans l'administration de la preuve est manifestement discutée. En effet, l'exigence de la loyauté ne cesse d'avoir un impact sur les parties (§1).

Pourtant applicable aux deux parties du contrat, à savoir l'employeur et le salarié, la loyauté du salarié paraît accessoire à celle de l'employeur. En effet le salarié ne cesse de recourir à l'exigence du principe de loyauté, afin de détourner ses droits de ses finalités, réduisant au silence, la vérité. C'est pourquoi, la doctrine œuvre à ce que la loyauté retrouve un équilibre entre les parties (§2).

§1 : L'impact de la loyauté sur les parties

La loyauté est donc au cœur des relations de travail mais également au cœur du régime probatoire. La loyauté repose ainsi sur les parties au contrat, l'employeur et le salarié.

Ainsi, s'il est vrai que l'employeur se doit d'être loyal envers son salarié notamment en ce qui concerne sa surveillance, le salarié doit également faire preuve de loyauté envers l'employeur.

En effet, l'article ancien 1134 alinéa 3 du Code civil considérait que « les conventions légalement formées doivent être exécutées de bonne foi » et depuis l'ordonnance du 10 février 2016⁹¹ l'article 1104 du Code civil dispose que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ».

L'obligation de loyauté s'impose ainsi aux parties du contrat. Si l'employeur ne peut méconnaître son obligation de loyauté tant dans les relations de travail que dans l'administration de la preuve, il en va de même pour le salarié qui ne peut utiliser des documents propres à l'entreprise à moins que celui-ci le justifie. Pour autant, bien que le salarié se voit imposer une obligation de loyauté, celle-ci semble paraître accessoire à celle de l'employeur (A), d'autant plus que le salarié use de ses droits pour en détourner ses finalités (B).

A. Une loyauté du salarié accessoire à celle de l'employeur

Comme l'employeur, il est certain que le salarié ne peut se prévaloir d'un procédé probatoire déloyal notamment en ce qui concerne l'utilisation des documents de l'entreprise à l'insu de l'employeur.

Deux questions ont été posées à la Cour de cassation. La première question était de savoir si l'utilisation de documents de l'entreprise à l'insu de l'employeur pouvait justifier un licenciement du salarié ? Ce qui amène de facto à demander à la Cour de cassation si l'utilisation de ces documents était recevable ?

⁹¹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016

Dans un premier temps, par un arrêt en date du 24 octobre 1989⁹², la Cour de cassation a considéré que « même en cas de fermeture, l'entreprise demeure propriétaire et seul juge de la valeur de l'utilisation de son fichier-clients, matérialisant sa clientèle, élément de son fonds de commerce, la cour d'appel a constaté que M. X... avait relevé, pendant son préavis, les noms et adresses des clients de la société Lloyd Industriel sur le fichier de l'entreprise, en vue de les utiliser dans le cadre d'un nouvel emploi ; que l'absence de malignité ne suffisant pas à exclure la faute grave, la cour d'appel a pu déduire de ses constatations que l'attitude du salarié justifiait l'interruption immédiate du délai-congé, sans que l'employeur soit pour autant tenu de réitérer la mesure de licenciement déjà intervenue ».

Cette solution a été réaffirmée par la suite notamment dans un arrêt du 3 octobre 1990⁹³ lequel considérait que constituait une faute grave, le fait pour un salarié de sortir du laboratoire un cahier de paillasse soumis au secret professionnel pour en photocopier des pages afin d'invoquer ces pièces devant le Conseil des prud'hommes pour appuyer ses demandes⁹⁴.

Dès lors, qu'il s'agisse d'une violation d'une obligation légale ou conventionnelle soumise au secret professionnel, ou d'un vol de documents en entreprise, la chambre sociale de la Cour de cassation a, dans un premier temps, considéré que le licenciement était justifié et constitutif d'une faute grave⁹⁵. La Cour de cassation semble entendre strictement l'obligation de loyauté qui repose sur le salarié lorsque celui-ci utilise à l'insu de l'employeur des documents appartenant à l'entreprise dans la mesure où le licenciement a été admis et constitutif d'une faute grave.

Dans un second temps, la Cour de cassation semble assouplir cette mesure par un arrêt rendu le 19 juin 1991⁹⁶. En effet dans cet arrêt, la Cour de cassation a considéré que « ne constitue pas une faute grave le fait pour un ancien salarié de produire dans le cadre du procès qui

⁹² Cass. soc., 24 octobre 1989, *Bull.*, V, n° 611, p. 369

⁹³ Cass. soc., 3 octobre 1990, pourvoi n° 88-44.170

⁹⁴ « la cour d'appel a retenu la faute grave tout en constatant que Mme C... avait pris soin d'occulter les noms des clients, que la violation du secret professionnel avait été plus théorique que réelle et que l'intéressée avait fait preuve de prudence dans le maniement du cahier de paillasse ; Mais attendu que la cour d'appel a relevé que, pour les besoins de l'instance qu'elle avait diligentée devant le conseil de prud'hommes pour obtenir une meilleure rémunération, Mme C... avait sorti du laboratoire, à l'insu de son employeur, le "cahier de paillasse" dans lequel elle consignait les résultats d'analyses, pour en photocopier les pages, alors que les renseignements contenus dans ce cahier étaient couverts par le secret professionnel ; qu'elle a pu en déduire que la salariée avait commis une faute grave » Soc., 3 octobre 1990, pourvoi n° 88-44.170

⁹⁵ ARMAND V., « L'obligation de loyauté dans la collecte des preuves en droit du travail », *Bull. droit du travail* C. Cass., 1er trim. 2005, p. 3

⁹⁶ Cass. soc., 19 juin 1991, pourvoi n° 86-45.504, *Bull.* 1991 V n° 311 p. 190.

l'oppose à son ancien employeur des documents appartenant à l'entreprise qu'il avait lui-même établis ou qu'il avait eus à sa disposition dans le cadre de ses fonctions ».

La Cour de cassation est même allée plus loin en considérant dans un arrêt rendu le 6 octobre 1998 que le fait pour un salarié d'avoir détenu dans son bureau des dossiers archivés sans lien avec ses propres dossiers et de les avoir utilisés à des fins non explicités ne justifiait ni un licenciement constitutif d'une faute grave ni un licenciement sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel ayant retenu que la consultation de dossiers archivés n'étant pas confidentiels, n'était pas inusitée et que leur présence dans le bureau de la salariée était justifiée. L'arrêt rendu le 4 décembre 2001⁹⁷ semble également conforter l'assouplissement des conditions d'utilisation des documents appartenant à l'entreprise en écartant le licenciement pour faute grave au regard de l'ancienneté du salarié et par le fait que les fichiers volés ne prouvaient pas un usage préjudiciable à l'entreprise⁹⁸. Dès lors, l'appréciation quant à l'utilisation des documents propres à l'entreprise relève des juges du fonds⁹⁹.

Cela étant, assouplissement acquis, la Cour de cassation dans l'arrêt rendu le 20 juin 1990¹⁰⁰ semble apporter une réserve. En effet, elle retient le licenciement constitutif d'une faute grave lorsque la divulgation d'un secret professionnel ou le vol de fichiers appartenant à l'entreprise n'était pas nécessaire à la défense du salarié. L'arrêt rendu le 24 octobre 1995¹⁰¹ a considéré que lorsque les documents détournés ne l'ont pas été dans le seul dessein de la salariée de préparer sa défense, la faute grave invoquée par l'employeur à l'appui du licenciement peut être retenue. Cette réserve amène à répondre à la deuxième question quant à la recevabilité de la preuve obtenue par l'utilisation des documents appartenant à l'entreprise invoquée par le salarié.

Alors que la chambre criminelle¹⁰² qualifiait de vol le fait pour un salarié d'avoir utilisé et photocopié à des fins personnelles des documents appartenant à l'entreprise bien que les documents aient pour but également de servir à un procès prud'homal, la chambre sociale

⁹⁷ Cass. soc., 4 décembre 2001, pourvoi n° 99-45.806

⁹⁸ « Mais attendu que la cour d'appel après avoir constaté l'ancienneté acquise par le salarié au service de l'entreprise sans avoir encouru de reproche, ses efforts en vue d'une promotion interne et la restitution des documents dont il n'était pas prouvé qu'il en ait été fait un usage préjudiciable à l'entreprise, a pu en déduire que le comportement incriminé du salarié ne rendait pas impossible son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis et ne constituait pas une faute grave » Cass. soc., 4 décembre 2001, pourvoi n° 99-45.806

⁹⁹ Cass. soc., 13 octobre 1988, Bull., V, n° 508, p. 329

¹⁰⁰ Cass. soc., 20 juin 1990, Bull., V, n° 307, p. 183

¹⁰¹ Cass. soc., 24 octobre 1995, pourvoi n°94-42.293

¹⁰² Cass. crim., 8 janvier 1979, Bull. Crim. n° 13, p. 32

considérerait que « le salarié peut produire en justice, pour assurer sa défense dans le procès qui l’oppose à son employeur, les documents de l’entreprise dont il a connaissance à l’occasion de l’exercice de ses fonctions »¹⁰³.

Ces arrêts marquent un point de divergence entre la protection du droit de propriété et la protection du respect des droits de la défense.

Au regard de ces points de divergences, la chambre criminelle et la chambre sociale de la Cour de cassation ont trouvé un terrain d’entente dans des décisions rendues le 11 mai 2004 et le 2 juin 2004.

Le 2 juin 2004, la chambre sociale de la Cour de cassation confirme le principe selon lequel « le salarié peut produire en justice les documents dont il a eu connaissance à l’occasion de ses fonctions, dès lors que cela est strictement nécessaire à l’exercice de ses droits en justice dans le litige l’opposant à son employeur ». Dès lors l’admissibilité de cette preuve ainsi que l’appréciation de la sanction des documents propres à l’entreprise. En effet si le salarié peut être amené à produire tel élément de preuve, il serait incohérent de le faire condamner pour vol. C’est pourquoi la chambre criminelle dans un arrêt rendu le 11 mai 2004¹⁰⁴ a relaxé une salariée du chef de vol en considérant que la reproduction des documents appartenant à l’entreprise était strictement nécessaire à l’exercice des droits de sa défense dans le litige l’opposant à ce dernier.

Dès lors, il est certain que le salarié est soumis à des conditions au sujet de la production de preuve qu’il produit lors d’un litige. Cela étant, lorsqu’il justifie que cela était nécessaire à l’exercice des droits de sa défense, il peut ainsi les produire dans un procès prud’homal. À cet égard, le salarié se doit également d’être loyal envers l’employeur. Toutefois, la loyauté du salarié paraît alors accessoire à celle de l’employeur. En effet, le salarié tend à abuser des droits qui lui sont accordés.

B. Les droits du salarié détournés de ses finalités

Le principe de loyauté dans l’administration de la preuve est un principe primordial pour faire respecter le droit au procès équitable en vertu de l’article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme. Cette volonté de faire respecter le droit au procès équitable

¹⁰³ Cass. soc., 2 décembre 1998, Bull., V, n° 535, p. 402

¹⁰⁴ Cass. crim., 11 mai 2004, Bull. Crim., n° 117, p. 452

notamment par le principe de loyauté, peut permettre d'accepter la déloyauté du salarié en contribuant à réduire au silence la vérité¹⁰⁵. Dès lors, une partie de la doctrine considère que la déloyauté du salarié est encouragée¹⁰⁶.

En effet, le salarié tend à être déloyal en usant ses droits et en les détournant de ses finalités. À cet égard, le droit au respect de la vie privée est souvent invoqué par le salarié qui souhaiterait éviter une sanction pour son comportement déloyal.

En effet, ce détournement de finalité peut induire sur la vérité. Ainsi, la recherche loyale des preuves interdit à l'employeur d'user de certaines méthodes d'investigation ou de la production de certains documents. Selon Hugo « La science est l'asymptote de la vérité. Elle approche sans cesse et ne touche jamais »¹⁰⁷. Cette règle peut également illustrer le procès judiciaire notamment au regard du principe de loyauté. En effet, il convient de différencier la vérité à la vérité judiciaire, l'autorité de la chose jugée s'identifiant seulement à la vérité judiciaire¹⁰⁸.

De prime abord, il va de soi que la recherche des preuves doit être effectuée dans la légalité, car on ne pourrait concevoir une obtention d'une preuve obtenue en infraction avec la loi, l'irrecevabilité de la preuve paraît ainsi parfaitement justifiée. Lorsque l'irrecevabilité de la preuve repose sur le principe de loyauté, la prohibition du procédé utilisé n'est pas précisée, c'est à ce niveau que l'on rencontre certains abus dans la recherche de la vérité¹⁰⁹.

En effet, par un arrêt rendu le 20 novembre 1991¹¹⁰, un employeur ayant filmé son employée en train de voler dans la caisse ne pourra se prévaloir de cette infraction pour justifier une procédure de licenciement au visa de l'article 9 du Code de procédure civile. Le visa de l'article 9 doit être pris largement selon la chambre sociale de la Cour de cassation, les preuves doivent être « recherchées selon des procédés légalement et moralement admissibles »¹¹¹. Alors que le procédé de surveillance permet de montrer une infraction pour vol à l'égard

¹⁰⁵ RAYNAUD J., « Pour la réhabilitation, sous conditions, de la preuve dite déloyale en droit du travail », *JCP S*, n° 5, 1054, 2013.

¹⁰⁶ BARÈGE A., BOSSU B., « Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié », *JCP S*, n° 41, 2013, 1393

¹⁰⁷ DE LEVAL G., *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Anthémis, p. 288, vol 126, 2011, ISBN : 978-2-87455-310-3

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ LEBORGNE A., « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe » *RTD civ*, 1996, p. 535.

¹¹⁰ Cass. soc. 20 novembre 1991, pourvoi n° 88-43.120, D. 1992 .J.73

¹¹¹ Cf. position de l'av. gén. Saintoyant, in Actes de la Conférence annuelle des premiers présidents de la cour d'appel, Bull. inf. C. cass. 1992, n° 353, p. 16. L'arrêt aurait posé « une limite à la liberté des preuves par les

d'un salarié, l'employeur ayant filmé l'employée à l'insu du salarié, se retrouve lésé et doit en payer les conséquences.

Ainsi, il convient donc de préciser que, la preuve obtenue par la caméra vidéosurveillance n'a pas été retenue par la chambre sociale car l'employeur a utilisé ce procédé à l'insu de son employée. Toutefois, si l'employée avait été informée conformément au principe de transparence et de loyauté, on peut considérer que la preuve obtenue aurait pu être retenue par la chambre sociale de la Cour de cassation dans le cadre de procédure de licenciement en l'espèce. Dès lors, le salarié arrive à échapper à la condamnation pour vol au regard du principe de loyauté, l'employeur étant alors considéré comme déloyal. Le principe de loyauté souffre ainsi d'inégalité entre les parties.

§2 : Une loyauté en quête d'équilibre entre les parties

La loyauté en droit du travail impose ainsi la recherche loyale des preuves. Cela étant, la recherche loyale des preuves exclut du débat, les preuves obtenues en violation d'une règle prescrite à peine de nullité, ou en violation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹¹². En effet, comme il a été dit supra, des procédés déloyaux sont reconnus par le juge ou la loi. De facto, la recherche loyale des preuves peut donc aboutir au silence de la vérité. Dès lors une partie de la doctrine considère que la déloyauté devrait être admise lorsque la faute du salarié dépasse la faute de l'employeur.

À cet égard il convient d'utiliser le principe de proportionnalité, le juge devra alors faire la balance entre la faute reprochée à l'employeur et la faute reprochée au salarié.

Si l'on reprend l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 20 novembre 1991¹¹³, le juge sera invité à faire la balance entre la faute de l'employeur à savoir l'absence d'informations sur le procédé de vidéosurveillance et la faute du salarié à savoir l'infraction pénale du vol. Au regard du critère du principe de proportionnalité, l'infraction relevant du droit pénal serait alors plus grave que la faute reprochée à l'employeur.

La mise en place d'un tel procédé déloyal pour prouver un comportement du salarié serait alors admis. L'admission de la preuve dépendra alors de la gravité de la faute du salarié. C'est d'ailleurs cette logique qui avait été utilisée au profit du salarié dans un arrêt rendu le 23 mai

droits de la personnalité et l'obligation de loyauté ». V. également la note approbative de J. Hauser, cette Revue 1993.101, qui parle « d'heureuse formule »

¹¹² BARÈGE A., BOSSU B., « Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié », *JCP S*, n° 41, 1393, 2013.

¹¹³ Cass. soc. 20 novembre 1991, pourvoi n° 88-43.120, D. 1992 .J.73

2007. Dans cet arrêt la chambre sociale de la Cour de cassation a considéré comme recevable SMS utilisé par le salarié pour établir un harcèlement sexuel au motif que « nul ne peut ignorer l'enregistrement de tels messages par l'appareil récepteur ». Cela étant, on peut considérer que la Cour de cassation semble admettre la loyauté de l'utilisation des SMS litigieux au regard de la gravité de la faute reprochée à l'employeur. Dès lors, si cette logique semble bénéficier au salarié, une partie de la doctrine considère qu'elle devrait être admise à différents modes de preuves et ainsi à l'employeur¹¹⁴. Il appartiendra alors au juge de trancher sur la gravité de la faute reprochée.

C'est en ce sens que les chambres civiles tranchent leurs décisions. En effet, les chambres civiles ont utilisé le critère de proportionnalité notamment dans un arrêt rendu le 31 octobre 2012¹¹⁵. En l'espèce, suite à un accident, une personne faisait valoir qu'elle était atteinte d'un handicap important. Celle-ci avait souscrit une assurance qui couvrait le handicap avec un taux variable selon le pourcentage du handicap. Cette compagnie d'assurances a décidé de recourir à un détective privé pour démontrer l'autonomie que conservait cette personne handicapée, dans sa vie quotidienne.

Que l'on se trouve du côté de l'employeur ou du salarié, il y a un non-respect de la loi. Au regard de cette espèce, la Cour de cassation a tranché sur la gravité de la faute de chacune des parties et a considéré que « l'atteinte à la vie privée n'est pas disproportionnée parce que l'intéressé a été suivi par le détective privé sur la voie publique, ou dans les lieux ouverts au public, sans provocation aucune à s'y rendre (...) par ailleurs, les atteintes à la vie privée ne concernaient que la mobilité et l'autonomie de l'intéressé ». Par conséquent, la Cour de cassation a validé le procédé déloyal à savoir les comptes rendus effectués par un détective privé. En ce sens, le Conseil d'Etat, dans un arrêt rendu le 16 juillet 2014¹¹⁶ a considéré qu'un employeur public n'était pas déloyal lorsqu'il a décidé de faire suivre l'un de ses agents par un détective privé afin d'apporter la preuve d'un fait fautif. Le Conseil d'Etat semble indulgent à la preuve obtenue de façon déloyale¹¹⁷.

¹¹⁴ RAYNAUD J., « Pour la réhabilitation, sous conditions, de la preuve dite déloyale en droit du travail », *JCP S*, n° 5, 1054 2013.

¹¹⁵ Cass. civ 1^{ère}, 31 octobre 2012, pourvoi n° 11-17.476 : JurisData n° 2012-024373

¹¹⁶ CE, 16 juillet 2014, n°355201 : JurisData n°2014016003 ; AJDA 2014, p. 1460

¹¹⁷ BOSSU B., « Un service interne à l'entreprise peut contrôler l'activité d'un salarié », *La semaine juridique - éd sociale*, n° 6. 2015.

Toutefois, l'autre partie de la doctrine considère que la mise en place d'un tel critère de proportionnalité serait source d'insécurité et viendrait malmener la protection de la partie la plus faible à savoir le salarié.

Pour autant, dans l'hypothèse où le critère de proportionnalité serait accepté par la chambre sociale de la Cour de cassation, la preuve dite déloyale pourrait être admise seulement si cela paraît nécessaire et non excessif.

Le « nécessaire » renvoi alors à la gravité de la faute reprochée à l'une des parties. Le « non excessif » renvoi à l'intérêt légitime quant au procédé utilisé par l'employeur.

Dès lors, il conviendra de s'interroger sur le procédé utilisé afin de savoir si un procédé moins déloyal aurait pu être utilisé notamment lorsque l'employeur utilise une vidéosurveillance pour surveiller ses salariés alors que le simple enregistrement de la caisse pourrait suffire illustré dans l'arrêt en date du 2 février 2011¹¹⁸.

Cela étant, dans cet arrêt, la Cour de cassation a considéré que « l'ensemble du personnel de la brasserie et du bar du casino avait été avisé de la présence de caméras de vidéo-surveillance fonctionnant en permanence conformément aux prescriptions réglementaires en la matière, a, répondant ainsi aux conclusions et sans avoir à effectuer des recherches que ces constatations rendaient inopérantes, décidé à juste titre que les enregistrements vidéo litigieux constituaient un moyen de preuve licite (...) et que l'enregistrement de l'activité de la caisse ne (portait) pas atteinte à la vie privée du barman ».

Le critère de proportionnalité serait donc soumis à deux exigences telles que la nécessité et l'excessivité, pourtant critiqué par la doctrine qui considère qu'il serait « un échec du droit et de la sécurité que l'on peut en attendre »¹¹⁹.

Or, il est vrai que le principe de loyauté dans l'administration de la preuve apporte une réalité tronquée dans la vérité¹²⁰. La première partie de la doctrine encourage alors la reconstitution de la vérité afin de pallier l'inégalité existante entre les parties laissant place à une liberté plus souple dans les modes de preuves présentés au juge prud'homal.

¹¹⁸ Cass. soc., 2 février 2011, pourvoi n° 10-14.263 : JCP S 2011, 1313

¹¹⁹ PERROT R., in RTD civ. 2009, p. 167, obs. sous Cass. civ 1^{ère}., 16 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.778 : JurisData n° 2008-045356.

¹²⁰ Selon les termes de Ph. Stoffel-Munck in Comm. com. électr. 2004, comm. 43, obs. sous Cass. com. 25 février. 2003, pourvoi n° 01-02.913 : JurisData n° 2003-018064.

Le principe de loyauté est ainsi un principe qui gouverne tant les relations de travail que l'administration de la preuve dans la surveillance du salarié. La surveillance du salarié est ainsi limitée au respect du principe de loyauté.

La surveillance du salarié se voit également limitée par le respect du droit à la vie privée.

Au surplus, la surveillance du salarié est confrontée au développement des NTIC qui ne cessent de multiplier les dispositifs de surveillance et d'entraver le principe de loyauté et le respect du droit à la vie privée.

CHAPITRE 2 - UNE SURVEILLANCE DU SALARIÉ SOUmise AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE

« Le monde moderne n'est pas celui qu'avait cru voir Hegel, le monde de la reconnaissance réciproque, il est bien davantage celui de l'affirmation de soi et de l'indifférence mutuelle »¹²¹.

La surveillance opérée par l'employeur nécessite ainsi de respecter le principe de loyauté tant dans les relations de travail que dans l'administration de la preuve. Cette surveillance doit également respecter la vie privée de chacun des salariés.

Si le salarié dispose de droits et libertés, cette règle s'applique incontestablement lorsque le salarié franchit le monde du travail. Aucun salarié ne peut être privé de ses droits et libertés dans sa vie professionnelle.

Dès lors, lorsque l'employeur pratique une surveillance sur ses salariés, il doit automatiquement et nécessairement respecter le droit à la vie privée de chacun des salariés. À cet égard ce respect du droit à la vie privée s'opère à toutes les phases de la vie professionnelle. Ce droit doit être respecté tant dans la préparation et l'exécution du contrat de travail que (et surtout) dans la rupture du contrat de travail.

De prime abord, la reconnaissance du droit à la vie privée s'opère incontestablement dans la vie professionnelle (section 1).

Cette reconnaissance passe avant tout par le droit au secret de la vie privée et le droit à la liberté de la vie privée de chaque salarié.

¹²¹ BENETON PH., *De l'égalité par défaut. Essai sur l'enfermement moderne*, éd. Critérion, 1997, p. 40. Cité par BEIGNIER B., « La protection de la vie privée » in *Libertés et droits fondamentaux*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2000.

Pour autant, si la vie privée doit être respectée par l'employeur qui opère une surveillance sur ses salariés, cette surveillance est de plus en plus facilitée par les NTIC, pourtant facteur d'une atteinte à la vie privée.

En effet, l'arrivée massive des NTIC ne cesse d'enfreindre le droit à la vie privée. Cette atteinte à la vie privée peut en effet poser problème, et intervient notamment lorsque le salarié pratique une simple utilisation de l'outil informatique, du téléphone mais également, lorsqu'il utilise Internet.

Il est pourtant certain que l'employeur ne peut infliger une sanction disciplinaire à un de ses salariés, ou encore le licencier sur la base d'un fait relevant de sa vie privée.

L'employeur est manifestement contraint de respecter les droits et libertés du salarié et ne peut relater un fait de la vie privée pour infliger une sanction. Cependant, si un salarié, par un fait tiré de sa vie privée pose un trouble objectif et sérieux dans l'entreprise, l'employeur retrouvera son pouvoir de direction et disciplinaire, et bien que fondamentale, la vie privée pourra être écartée (section 2).

SECTION 1 : L’AFFIRMATION DU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE RECONNUE DANS LA VIE PROFESSIONNELLE

La surveillance effectuée par l'employeur doit ainsi respecter tant le principe de loyauté que le droit à la vie privée, droit fondamental reconnu à l'article 8 alinéa 1 de la CESDH¹²².

Si le droit à la vie privée est méticuleusement appliqué lors de la rupture d'un contrat de travail, il l'est aussi lors de la préparation, l'exécution et la rupture de celui-ci.

Nous sommes en présence d'une reconnaissance totale du droit au respect de la vie privée dans la vie professionnelle de chaque salarié (§1).

¹²² « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance »

Toutefois si le droit à la vie privée est reconnu dans la vie professionnelle de chaque salariée, il n'en demeure pas moins que son application reste fragilisée notamment par l'ampleur considérable des NTIC (§2).

§1 : La reconnaissance du droit au respect de la vie privée

La reconnaissance du droit au respect de la vie privée implique de revenir sur la notion même de ce droit. En effet, de ce droit à la vie privée, nous sommes passés du droit au secret (A) au droit à la liberté (B) de la vie privée.

A. Le droit au secret de la vie privée

À l'origine, le droit à la vie privée reflète le droit au secret de la vie privée. Au regard de ce droit au secret, chaque salarié dispose d'un droit au secret, appelé par la loi « l'intimité à la vie privée »¹²³. En effet, tout le monde a le droit à son jardin secret, à sa sphère d'intimité¹²⁴. Ce droit au secret doit en effet être appliqué dans la vie professionnelle. Pour autant, cette reconnaissance est confrontée aux investigations présentes lors de l'embauche. Ainsi, le droit à la vie privée est constamment présent et doit ainsi être adapté aux différentes étapes du contrat de travail.

En vue de la conclusion d'un contrat de travail, c'est-à-dire lors d'un entretien, l'employeur est amené à questionner le salarié sur des éléments relatant sa vie privée. De plus, les méthodes et techniques d'aide au recrutement ne cessent de s'accroître, notamment il convient de citer les tests graphologiques ou psychotechniques. Certains employeurs sont allés plus loin en forçant des candidats à réaliser des tests effectués par des astrologues ou numérologues¹²⁵.

Or, le salarié dispose d'un rempart pouvant ainsi cacher des éléments de sa vie privée au regard de son droit au secret à la vie privée. Il semble pourtant également légitime pour l'employeur de pouvoir collecter des informations sur le candidat à l'embauche notamment au regard de ses compétences, de ses expériences professionnelles. L'employeur cherche également à s'interroger sur la personnalité du candidat, en réalisant notamment des questionnements qui pourraient être attentatoires au respect du droit à la vie privée, la

¹²³ TISSOT O., « La protection de la vie privée du salarié », *Droit social*, 1995 p.222.

¹²⁴ MALAURIE PH., AYNÈS A., *Les personnes, les incapacités*, Defrénois, 2e éd.2005, n°314.

¹²⁵ *Ibid* n° 123.

personnalité relevant ainsi de l'intimité de l'individu. Pour autant, il peut sembler légitime pour un employeur, de favoriser la personnalité du candidat, personnalité qui peut être mise en avant et se justifier par la relation de confiance entre l'employeur et l'employé mais également par l'esprit de l'entreprise que recherche l'employeur à travers un candidat. Dès lors, la personnalité devient un enjeu essentiel lors d'un recrutement, liée à un risque accru et attentatoire au droit à la vie privée.

C'est pourquoi, suite au rapport établi par Gérard Lyon-Caen sur les lois et libertés publiques, la loi du 31 décembre 1992 est venue encadrer et entériner des solutions jurisprudentielles notamment au regard du pouvoir de contrôle et de surveillance qu'exerce l'employeur face au droit à la vie privée.

Dès lors, si le pouvoir de contrôle et de surveillance s'opère d'ores et déjà à la phase de l'entretien d'embauche, ce mode opératoire ne disparaît pas lorsque le contrat de travail a été conclu. La loi du 31 décembre 1992 implique donc toutes les phases du contrat de travail.

Le respect du droit à la vie privée passe ainsi nécessairement par le respect des libertés fondamentales et le principe de non-discrimination.

Dégagé à l'origine par la jurisprudence¹²⁶, le principe de non discrimination est visé à l'article L. 1132-1 du Code du travail considérant qu'« 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 »¹²⁷.

¹²⁶ Cass.soc, 13 mai 1969, pourvoi n° 68-12.206, Bull. n°314 : suite à une question posé par un employeur à un candidat à l'embauche : « avez-vous une affiliation syndicale ? ». La Cour de cassation a considéré que le seul fait de poser cette question constitue le délit de discrimination syndicale.

¹²⁷ Article L. 1132-1 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, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, 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 en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français* ».

Le respect des libertés fondamentales est présent à l'article L. 1121-1 du Code du travail considérant que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

La loi du 31 décembre 1992 est venue également codifier le principe de pertinence à l'origine dégagé également par la jurisprudence¹²⁸ en considérant que « Les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles.

Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles.

Le candidat est tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'informations ».

Ainsi, au regard de la loi, dès lors que la question posée est légitime, c'est-à-dire, qu'elle dispose un lien direct et nécessaire avec l'emploi, le salarié est tenu de répondre de bonne foi. A contrario, si la question n'est pas légitime le salarié a le pouvoir de ne pas répondre et a dispose d'un droit au mensonge car la question posée n'est pas légitime.

Par ailleurs, en vertu de la loi du 31 décembre 1992, l'employeur est tenu de respecter le principe de transparence, consacré à l'article L. 1221-8 du Code du travail considérant que « 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.

Les résultats obtenus sont confidentiels.

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 » et à l'article L. 1221-9 « 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 ».

Si ces principes sont expressément dédiés au candidat à l'embauche, ils s'appliquent également pour le salarié faisant l'objet notamment d'évaluations de son travail et de ses capacités professionnelles par son employeur en cas d'une éventuelle promotion, de

¹²⁸ Cass.soc., 17 octobre 1973, pourvoi: 72-40360, Bull. soc n°. 484, p. 444 : en l'espèce, un prêtre ouvrier a caché lors du recrutement sa qualité d'ecclésiastique, l'employeur lui avait alors reproché. La Cour de cassation a considéré que les questionnaires d'embauche ne seraient concernés des domaines qui n'ont pas de liens direct et nécessaire avec l'activité professionnelle du candidat à l'emploi.

changement d'affectation ou de négociations salariales individuelles. En effet, il arrive souvent que ces évaluations impliquent de collecter des informations sur sa vie familiale, ses loisirs etc¹²⁹.

Précisions également que les informations recueillies à n'importe quelle phase du contrat de travail nécessitent de respecter le champ de compétence de la loi informatiques et libertés du 6 janvier 1978 et l'article 9 du Code civil. A cet égard, l'employeur est tenu de ne pas révéler les informations concernant la vie privée de ses salariés.

Dès lors, le droit à la vie privée recouvre à l'origine le droit au secret à la vie privée, permettant de tenir secret des autres, des éléments relatant sa vie privée. Néanmoins, le concept de « vivre caché » tend à se détacher de tout regard ou jugement. Or, le droit à la vie privée ne devrait pas s'entendre de la sorte, et devrait permettre à chaque individu d'exprimer sa personnalité, sans y afférer un quelconque jugement.

C'est pourquoi, une autre conception du droit à la vie privée s'est développée, on parle alors du droit à la liberté de la vie privée. En effet, si l'on suit la logique du droit au secret de la vie privée, la vie privée s'arrête une fois que le salarié entre dans l'entreprise. L'individu cherche à se cacher, garder « secret » les éléments pouvant refléter sa personnalité, sa vraie personnalité étant ainsi révélée à son domicile. Or, la vie privée ne peut se limiter à la vie de son domicile, à la vie cachée. L'assimilation de vie privée et vie professionnelle est difficilement reconnaissable, c'est pourquoi une nouvelle conception semble prendre forme à travers notamment la notion de liberté de la vie privée. En effet, la vie privée ne peut pas se résumer au « vivre caché ». L'autodétermination de l'individu doit être revendiquée sans que celui-ci souffre d'un jugement.

B. Le droit à la liberté de la vie privée

Cette conception du droit à la liberté de la vie privée s'est développée notamment à travers des solutions rendues par la Cour suprême des Etats-Unis et de la CEDH.

¹²⁹ TISSOT O., « La protection de la vie privée du salarié », *Droit social*, 1995 p.222.

La Cour suprême des Etats-Unis a considéré que le droit à la vie privée se caractérise par un droit à l'épanouissement personnel mais aussi par le moyen de maîtriser les questions essentielles affectant son existence¹³⁰.

La CEDH quant à elle, est venue interpréter l'article 8 de la CESDH au regard de la notion même du droit à la vie privée dans un arrêt rendu le 29 avril 2002¹³¹ considérant que la vie privée est un « droit pour une personne d'être libre de mener sa propre existence comme elle l'entend avec le minimum d'ingérences extérieures ».

La CEDH était déjà intervenue dans un arrêt rendu le 16 décembre 1992¹³², relatant le droit à la vie privée comme « le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables ».

La CEDH considère alors que la vie privée doit permettre à un individu d'élaborer sa personnalité et de nouer et développer des relations avec ses semblables¹³³.

Force est de constater que la notion de vie privée semble prendre une nouvelle conception. Alors qu'auparavant le droit à la vie privée se traduisait essentiellement par le droit au secret, c'est-à-dire, le droit de cacher et tenir secret des informations relevant de notre vie privée, le droit à la vie privée cherche à favoriser la liberté de l'individu afin de parvenir à exprimer sa personnalité et obtenir son épanouissement personnel¹³⁴.

On parle alors de « vie privée sociale ». L'individu exprime sa véritable identité et personnalité. En ce sens, la Cour de cassation¹³⁵ a condamné la presse, ayant pris des photographies d'un footballeur accompagné d'une femme à Roland Garros, considérant qu'il y avait une atteinte à la vie privée. La Cour de cassation a considéré que, le droit à la vie privée n'est plus le droit de vivre caché. Dès lors, le droit à la vie privée ne se limitant pas à un espace lieu public ou lieu privé, l'entreprise est également un lieu où la vie privée doit être respectée.

Dès lors, le salarié au regard de cette conception est amené à revendiquer sa personnalité. L'employeur n'utilisera plus automatiquement des tests ou des questionnaires pouvant relever

¹³⁰ RIGAUX F., « L'élaboration d'un right of privacy par la jurisprudence américaine », *RID comp.*1980, p. 701
RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », *RID comp.*1991, p. 539. DE SCHUTTER O., « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *RTDH*, 1999, p. 827.

¹³¹ CEDH, 29 avril 2002, req. n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*

¹³² CEDH, 16 décembre 1992, req. n°13710/88, *Niemietz c/ Allemagne*

¹³³ BARÈGE A., BOSSU B., « Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié », *JCP S*, n°41, 1393, 2013.

¹³⁴ MEULDERS-KLEIN M-T., « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RID comp.* 1992, p.771.

¹³⁵ Cass. civ 2^{ème} ., 10 mars 2004

des éléments de sa personnalité si le salarié lui-même revendique sa personnalité. Pour autant, le respect du droit à la vie privée reste identique, c'est-à-dire que, l'employeur ne pourra se servir de la personnalité pour refuser un candidat à l'embauche ou infliger des sanctions disciplinaires.

Il est certain que la vie privée en entreprise est reconnue. La notion de vie privée s'est considérablement développée ne se limitant plus seulement au droit au secret de la vie privée mais au droit à la liberté de la vie privée.

Notons également que la notion de vie privée a fortement évolué par l'arrivée massive des NTIC. La question de la vie privée pose ainsi de nouvelles interrogations.

La question se pose nécessairement lorsqu'un salarié utilise l'outil informatique à des fins privées ou lorsque le salarié se connecte sur Internet. Quid de la surveillance effectuée par l'employeur confrontée à l'utilisation par le salarié des NTIC ?

§2 : L'atteinte à la vie privée par les NTIC

La question de la vie privée en entreprise s'est manifestement développée notamment par les NTIC.

En effet, les NTIC se sont considérablement développées ces dernières années englobant ainsi l'outil informatique, le téléphone (ou communément appelé Smartphone), mais également l'ampleur d'Internet notamment par le développement des réseaux sociaux.

La surveillance issue de l'outil professionnel (A), à savoir la mise à disposition de l'outil informatique ou du téléphone et issue d'Internet, le temps passé sur Internet au travail et la survenance de faits relevant des réseaux sociaux (B) est venue interroger la question de la vie privée.

A. La surveillance issue de l'outil professionnel

Il est certain que l'employeur est amené à mettre à la disposition de ses salariés, un outil informatique et souvent un téléphone, pour que celui-ci puisse effectuer son travail correctement, sans que le salarié ait besoin de se procurer lui-même un ordinateur ou un téléphone.

À cet égard, s'il est admis que le salarié use de l'outil informatique (1) et d'un téléphone (2) pour effectuer sa prestation de travail, la surveillance opérée par l'employeur sur l'outil informatique mis à la disposition d'un de ses salariés, est venue interroger la question de la vie privée.

En effet, le salarié est amené à utiliser son outil informatique ou téléphone à des fins privées : quid de la surveillance effectuée par l'employeur dans cette hypothèse ?

1. L'outil informatique

La surveillance opérée par l'employeur sur l'outil informatique peut être présente notamment à travers la messagerie du salarié (a), les fichiers (b) et la clé USB (c).

a. La messagerie du salarié

La question de la vie privée confrontée à la surveillance du salarié issue de sa messagerie électronique, a été tranchée par la chambre sociale de la Cour de cassation le 2 octobre 2001 par le célèbre arrêt Nikon¹³⁶.

Il convient cependant de s'intéresser aux solutions rendues par les juridictions prud'homales avant ce célèbre arrêt Nikon. Force est de constater que la jurisprudence se montrait sévère à l'égard du salarié. Un jugement rendu par le conseil des prud'hommes le 1^{er} février 2000¹³⁷ en témoigne le propos. En effet, le conseil des prud'hommes a validé un licenciement pour faute grave d'un salarié qui avait envoyé un message électronique à caractère privé à un ami à

¹³⁶ Cass. soc., 2 octobre 2001, pourvoi n° 99-42.942 : JurisData n° 2001-011137 ; Bull. civ. 2001, V, n° 291

¹³⁷ Cons. Prud'h. Paris, 1^{er} février 2000, Olivier B c/ SA. Cetelem

l'étranger, alors que le règlement intérieur limitait l'usage du matériel de l'entreprise aux seuls besoins professionnels¹³⁸.

À partir du 2 octobre 2001, l'arrêt Nikon est venu affirmer le droit à la vie privée aux vises des articles 8 de la CESDH et 9 du Code civil, 9 du Code de procédure civile considérant que « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur »¹³⁹. En l'espèce, un employeur avait consulté les courriels d'une salariée et s'était aperçu que la salariée livrait des informations à la concurrence. L'employeur a licencié pour faute grave la salariée. La salariée avait invoqué la vie privée et le secret des correspondances, composante de la vie privée, afin d'exprimer un licenciement sans cause réelle et sérieuse par la Cour. La Cour de cassation a considéré que dès lors que figurait la mention « personnelle » sur le courriel, l'employeur n'était pas en droit de le consulter.

Cet arrêt est devenu un arrêt fondateur, car, le courriel envoyé, venait de la boîte mail professionnelle et non personnelle. L'arrêt Nikon rattache le secret des correspondances au droit à l'intimité de la vie privée. Cela signifie que les correspondances effectuées à titre privé sont protégées par le secret des correspondances.

Dès lors, au regard de cette solution, la Cour de cassation considère aujourd'hui que, en présence d'une boîte mail professionnelle, si la mention « personnelle » ou « confidentielle » n'apparaît pas sur l'intitulé du courriel, celui-ci est présumé être à titre professionnel. L'employeur peut alors ouvrir le courriel même hors la présence de l'intéressé. Cette solution se justifie notamment par la continuité du service. La boîte mail étant destinée à des fins professionnelles, il est légitime pour un employeur d'accéder à sa boîte mail, si le mail reçu ou envoyé, a un caractère purement professionnel afin de ne pas bloquer le bon fonctionnement de l'entreprise. Nous sommes donc en présence d'une présomption à caractère professionnel. Cette solution est transposable aux courriers papiers, solution

¹³⁸ DRAI L., « Contrôle par l'employeur de l'usage des technologies de l'information et de la communication par ses salariés », Fasc. 1192, *J.-Cl. Travail*, 2016.

¹³⁹ Cass. soc., 2 octobre 2001, pourvoi n° 99-42.942 : JurisData n° 2001-011137 ; Bull. civ. 2001, V, n° 291

notamment affirmée dans un arrêt rendu le 11 juillet 2012¹⁴⁰. A contrario, si ces mentions figurent, l'employeur ne peut l'ouvrir qu'en présence du salarié, ou celui-ci dûment appelé.

Toutefois, le secret des correspondances tel qu'interprété à l'aune de l'arrêt Nikon, semble évoluer. À cet égard, aujourd'hui, il convient de distinguer l'ouverture du courriel de l'utilisation du contenu du courriel.

Ainsi, si le courriel a un contenu à caractère professionnel, l'employeur pourra utiliser le contenu du message afin d'infliger au salarié une sanction, si celui-ci commet une faute.

À l'inverse, si le courriel a un contenu à caractère personnel, l'employeur ne pourra pas utiliser le contenu du courriel.

À ce titre, la question de la vie privée pose des difficultés concernant notamment l'interprétation de la vie privée dans un courriel.

La Cour de cassation considère que lorsque le contenu parle de la vie professionnelle, celui-ci est caractérisé comme étant à titre professionnel. Un arrêt rendu le 2 février 2011¹⁴¹ en illustre le propos.

La Cour de cassation a cassé et annulé la décision de la cour d'appel aux vises de l'article 9 du Code civil et du secret des correspondances privées considérant que « alors qu'elle avait relevé que le courriel litigieux était en rapport avec l'activité professionnelle du salarié, ce dont il ressortait qu'il ne revêtait pas un caractère privé et pouvait être retenu au soutien d'une procédure disciplinaire, la cour d'appel a violé le texte et le principe susvisés ». En l'espèce, un couple travaillait dans la même entreprise. Le mari avait demandé une augmentation qui lui avait été refusée. Celui-ci avait envoyé un mail de sa boîte professionnelle à la boîte professionnelle de sa femme, comportant des propos irrespectueux à l'égard de son supérieur hiérarchique. Suite à la prise de connaissance du mail devant le salarié, l'employeur l'a licencié pour faute.

La Cour de cassation ayant considéré que le contenu du message était en rapport avec l'activité professionnelle.

À l'inverse, si des mails envoyés entre deux salariés revêtent un caractère privé, l'employeur ne pourra bénéficier du contenu¹⁴².

¹⁴⁰ Cass. soc., 11 juillet 2012, n°11-22.972 : RJS 2012, n°763 : « les correspondances adressées ou reçues par le salarié sur le lieu de travail sont présumées avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir en dehors de la présence de l'intéressé, sauf si elles sont identifiées comme étant personnelles »

¹⁴¹ Cass. soc., 2 févr. 2011, n° 09-72.449 : JCP S 2011, 1274

La deuxième difficulté relevée se pose lorsqu'un courriel relève de la vie privée et de la vie professionnelle. A ce titre, l'arrêt du 18 octobre 2011 semble considérer qu'un employeur peut déduire d'un courriel, le contenu relatif au caractère privé.

Relativement à la boîte mail personnelle, la Cour de cassation le 26 janvier 2016¹⁴³ a considéré que « dès lors que les messages litigieux proviennent de la messagerie personnelle du salarié, ils doivent être écartés des débats car leur production porte atteinte au secret des correspondances ». En ce sens, la jurisprudence rendue par la chambre commerciale semble rejoindre la solution rendue par la chambre sociale¹⁴⁴ en considérant qu'un employeur « ne peut se prévaloir d'un courriel reçu par un ancien salarié sur une messagerie qui lui est personnelle, et ce, même si son contenu est en rapport avec l'activité professionnelle de l'intéressé »¹⁴⁵

Cela étant, le secret des correspondances n'est pas sans limite. En effet, l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 1^{er} décembre 2015 en témoigne¹⁴⁶. En l'espèce, un supérieur hiérarchique entretenait régulièrement des échanges avec une adjointe en dehors du temps et du lieu de travail. Le chef du personnel était suspecté d'harcèlement sexuel sur son adjointe. La question était de savoir si l'employeur pouvait utiliser à charge les courriels qui figuraient sur la boîte mail personnelle du responsable. La Cour de cassation a validé l'utilisation des courriels figurant sur la messagerie personnelle en considérant que « les échanges entre le salarié et une employée placée sous son autorité hiérarchique dénotaient de la part de celui-là une confusion entretenue entre les sphères privées et professionnelles quand bien même ils avaient lieu sur une messagerie privée en dehors des horaires de travail ; et les échanges révélaient un rapport de domination culpabilisant et humiliant envers une salariée présentant un état psychologique fragile ». Dès lors, le secret des correspondances est tempéré lorsqu'il entre en conflit avec d'autres valeurs fondamentales.

De plus, le salarié pourra se voir infliger une sanction disciplinaire par son employeur si « une utilisation excessive de la messagerie professionnelle à des fins personnelles » peut se

¹⁴² Cass. soc., 5 juillet 2011, pourvoi n° 10-17.284 : JurisData n° 2011-013754 : à propos de courriers à caractère érotique entre deux salariés d'une même entreprise

¹⁴³ Cass. soc., 18 octobre 2011, pourvoi n° 10-26.782

¹⁴⁴ Cass. com., 16 avril 2013, pourvoi n° 12-15.657 : JurisData n° 2013-007309

¹⁴⁵ BARÈGE A., BOSSU B., « Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié », *JCP S*, n°41, 1393, 2013.

¹⁴⁶ Cass. soc., 1^{er} décembre 2015, pourvoi n° n° 14-17.701

caractériser au regard notamment de « la fréquence et de la taille des messages ou des pièces jointes » en vertu de son manquement aux obligations contractuelles.

Cela étant, conformément au principe de loyauté et de transparence, les IRP et le salarié devront être informés préalablement, lorsqu'un dispositif de contrôle de la messagerie a été mis en place, notamment sur la finalité du dispositif et sur la durée pendant laquelle les données sont conservées ou sauvegardées et en cas d'archivage, des modalités d'archivage et d'exercice de leur droit d'accès. Une déclaration à la CNIL devra être également opérée.

Dès lors, la surveillance opérée par l'employeur sur la messagerie du salarié qu'elle soit personnelle ou professionnelle est strictement encadrée. Il va de soi que la surveillance ne s'effectue pas seulement à l'aune des messageries professionnelles ou personnelles. La question de la surveillance confrontée à la vie privée, s'est également posée notamment au sujet des fichiers, relevant de l'outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur.

b. Les fichiers

La surveillance opérée par l'employeur peut en effet relever de l'outil informatique notamment au travers de l'usage de la messagerie professionnelle ou personnelle du salarié.

Cela étant, l'outil informatique pose alors la question des fichiers présents sur l'ordinateur du salarié mis à la disposition par l'employeur.

La Cour de cassation a rendu une solution de principe relatif aux fichiers informatiques.

Dans un arrêt rendu le 17 mai 2005, la Cour de cassation est venue affirmer que « sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé ». À cet égard, dès lors que le salarié a identifié le fichier comme personnel, l'employeur a l'obligation d'inviter le salarié à être présent lors de son ouverture.

Cette solution ressort des solutions relatives à l'ouverture des armoires personnelles des salariés¹⁴⁷ et celle de l'ouverture des sacs des salariés à l'entrée de l'entreprise¹⁴⁸. À ce titre, la

¹⁴⁷ Cass. soc., 11 décembre 2001, pourvoi n° 99-43.030 : JurisData n° 2001-012121

¹⁴⁸ Cass. soc., 3 avril 2001, pourvoi n° 98-45.818 : JurisData n° 2001-009037

Cour de cassation, le 18 octobre 2006¹⁴⁹, est venue apporter un point de précision sur la présomption des dossiers et fichiers informatiques. Celle-ci a estimé que « les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, sauf si le salarié les a identifiés comme étant personnels ».

Ainsi, il ressort de cette solution, une présomption professionnelle. En effet, les fichiers ou dossiers présents sur l'ordinateur professionnel du salarié revêtent un caractère professionnel sauf si le salarié les a identifiés comme étant personnels. L'identification du caractère personnel a été discutée en jurisprudence. C'est pourquoi la Cour de cassation a retenu que cela ne pouvait résulter que de « l'apposition d'une mention spécifique ou de la création d'un fichier ad hoc par le salarié, et non du simple classement dans le fichier "Mes documents" que comportent automatiquement la plupart des programmes »¹⁵⁰.

Dès lors, l'absence de mention personnelle spécifique, a amené la chambre sociale de la Cour de cassation à intervenir.

À ce titre, selon elle, ne constituent pas un fichier ou un dossier personnel, un répertoire identifié par les initiales du salarié¹⁵¹; un répertoire identifié par le prénom du salarié¹⁵²; un document intitulé « essais divers, essais divers B »¹⁵³; un fichier intitulé « mes documents »¹⁵⁴; un fichier intégré au disque dur de l'ordinateur professionnel bien que ces fichiers ou dossiers émanent de la messagerie électronique personnelle du salarié¹⁵⁵.

La surveillance issue des fichiers ou dossiers informatiques est donc limitée et encadrée par la jurisprudence. L'outil informatique tend également à se pencher à l'utilisation des clés USB ou disques durs que les salariés apportent sur cet outil, au regard de la surveillance réalisée par l'employeur confrontée à la vie privée.

¹⁴⁹ Cass. soc., 18 octobre 2006, pourvoi n° 04-48.025 : JurisData n° 2006-035418

¹⁵⁰ DRAI L., « Contrôle par l'employeur de l'usage des technologies de l'information et de la communication par ses salariés », Fasc. 1192, *J.-Cl. Travail*, 2016.

¹⁵¹ Cass. soc., 21 octobre 2009, pourvoi n° 07-43.877 : JurisData n° 2009-049999

¹⁵² Cass. soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-44.840 : JurisData n° 2009-050763

¹⁵³ Cass. soc., 15 décembre 2009, pourvoi n° 07-44.264 : JurisData n° 2009-050802

¹⁵⁴ Cass. soc., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-13.884 : JurisData n° 2012-009432

¹⁵⁵ Cass. soc., 19 juin 2013, pourvoi n° 12-12.138 : JurisData n° 2013-012420

c. *La clé USB*

La clé USB a amené à se pencher sur la question de la surveillance effectuée par l'employeur, confrontée à la vie privée. À cet égard, il convient de distinguer les clés USB mis à la disposition du salarié par l'employeur, des clés USB personnelles appartenant au salarié.

Dans le contentieux des clés USB appartenant à l'entreprise, la jurisprudence est venue valider le licenciement du salarié au regard du manquement à l'obligation de loyauté. Cette solution a été accordée notamment dans un arrêt rendu le 17 novembre 2008 par la cour d'appel de Limoges¹⁵⁶. En l'espèce, un salarié avait ramené à son domicile « une clé USB mais aussi un ordinateur portable, un caméscope et un appareil photo numérique sans autorisation préalable de la direction »¹⁵⁷.

Le contentieux relatif aux clés USB appartenant au salarié a également été tranché en défaveur du salarié. En effet, dans un arrêt rendu le 14 mars 2013¹⁵⁸, un salarié, à l'aide d'une clé USB, a transféré sur son ordinateur des téléchargements illégaux de films et musiques. La cour d'appel a validé le licenciement justifiant ainsi le risque pour l'entreprise de se voir infecter le système informatique et d'être tenu responsable de la violation des droits d'auteur, par le transfert des téléchargements illégaux, y compris en dehors de l'entreprise.

La jurisprudence issue de la chambre sociale semble également aller dans le sens des décisions rendues par les cours d'appel. Dans un arrêt rendu le 12 février 2013¹⁵⁹, la Cour de cassation a affirmé que « une clé USB, dès lors qu'elle est connectée à un outil informatique mis à disposition du salarié par l'employeur pour l'exécution du contrat de travail, étant présumée utilisée à des fins professionnelles, l'employeur peut avoir accès aux fichiers non identifiés comme personnels qu'elle contient, hors la présence du salarié ». En l'espèce, une salariée, qui ayant enregistré sur une clé USB des informations confidentielles concernant l'entreprise et de documents personnels de collègues et du dirigeant de l'entreprise, a été licenciée pour faute grave.

¹⁵⁶ CA Limoges, 17 novembre 2008, n° 08/00011

¹⁵⁷ BOSSU B., « La consultation par l'employeur de la clé USB du salarié », *La semaine juridique – éd sociale*, n° 21, 2013.

¹⁵⁸ CA Paris, 14 mars 2013, n° 11/05744

¹⁵⁹ Cass. soc., 12 février 2013, pourvoi n° 11-28.649 : JurisData n° 2013-002073

Alors que l'arrêt Nikon avait affirmé le droit à la vie privée au travail, l'arrêt rendu le 12 février 2013 tend à limiter le respect à la vie privée. En outre, dès lors qu'une clé USB est connectée à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur, une présomption professionnelle est reconnue. Le salarié pourra alors désormais consulter la clé USB hors la présence du salarié.

Cette décision tend à équilibrer la vie privée du salarié et le pouvoir de surveillance de l'employeur. Cette solution se justifie notamment au regard des intérêts de l'entreprise. Il paraît légitime pour un employeur de pouvoir contrôler les outils personnels d'un salarié lorsqu'il existe un risque accru que les outils personnels du salarié comportent des données personnelles à l'entreprise.

L'arrêt du 12 février 2013¹⁶⁰ cherche à limiter ce risque. Alors que, la cour d'appel, avait retenu le licenciement sans cause réelle et sérieuse, considérant que, le mode de preuve était illicite, au regard de la consultation par l'employeur de la clé USB hors la présence du salarié. Les juges du fonds ont en effet considéré que la clé USB aurait dû être consultée en présence du salarié, comme la jurisprudence relative à la fouille des sacs¹⁶¹.

La solution rendue par cet arrêt tendait à s'interroger sur sa portée afin de savoir si la solution s'appliquait à « tout périphérique de stockage » relié à l'ordinateur appartenant à l'entreprise. S'il a été admis que le simple fait que la clé USB soit connectée à l'ordinateur appartenant à l'entreprise, pour que l'employeur consulte sans la nécessaire présence du salarié, il convient de préciser que la présomption professionnelle qui existe est simple. Une fois que l'identification a été reconnue comme étant personnelle, l'employeur devra se résoudre à la présence du salarié pour pouvoir la consulter.

Un arrêt rendu le 5 juillet 2017¹⁶² est également venu atténuer la portée de la présomption. En l'espèce, un employeur a convoqué un salarié à un « entretien préalable à licenciement » au motif qu'il l'avait surpris en train de copier les fichiers de l'entreprise sur sa clé USB. L'employeur lui a demandé la clé USB afin d'en vérifier le contenu, en sa présence. L'employé a tout d'abord refusé. Puis, un quart d'heure plus tard, la clé litigieuse a été remise

¹⁶⁰ Cass. soc., 12 février 2013, pourvoi n° 11-28.649 : JurisData n° 2013-002073

¹⁶¹ Cass. soc., 11 février 2009, pourvoi n° 07-42.068 : JurisData n° 2009- 047002 : « sauf circonstances exceptionnelles, ouvrir les sacs appartenant aux salariés pour en vérifier le contenu qu'avec leur accord et à la condition de les avoir avertis de leur droit de s'y opposer et d'exiger la présence d'un témoin »

¹⁶² Cass. soc., 5 juillet 2017, pourvoi n° 16-12.386 : JurisData n° 2017-017693

par le délégué du personnel au directeur général. Ce dernier a refusé de vérifier le contenu, estimant que les informations auraient pu être effacées depuis. Le salarié a alors fait l'objet d'un licenciement pour faute grave, mais aussi pour insuffisance professionnelle.

Dès lors, au regard de la solution rendue par cet arrêt, la Cour de cassation a tranché en faveur du salarié et rejeté le pourvoi formulé par l'employeur. La chambre sociale a estimé que « quand bien même la clé USB aurait été connectée à l'ordinateur professionnel dans le passé, à l'instant présent où l'employeur avait formulé la demande de vérification du contenu, cette clé n'était plus connectée ». À ce titre, il semblerait que la Cour de cassation puisse exiger que la clé USB soit connectée à l'ordinateur afin de pouvoir vérifier son contenu. Au surplus, la Cour de cassation a considéré que l'employeur aurait pu consulter la clé USB lorsque le délégué syndical lui avait apporté. La question des clés USB est ainsi régulièrement discutée en jurisprudence alors que les entreprises cherchent de plus en plus à favoriser le service de « cloud computing » contrôlé par l'employeur afin de diminuer le port USB et les contentieux liés aux clés USB¹⁶³.

Néanmoins, reste à savoir si cette solution applicable en l'espèce aux clés USB, est applicable aux autres périphériques de stockage.

Notons cependant qu'un arrêt rendu le 23 mai 2012¹⁶⁴ a estimé qu'un employeur avait le droit d'écouter des enregistrements présents sur le dictaphone personnel d'une salariée et effectués par elle-même dès lors qu'elle était présente ou dûment appelée.

L'équilibre entre la vie privée et le pouvoir de surveillance de l'employeur confrontée aux NTIC est partagé en jurisprudence.

L'assimilation de ces décisions tend à s'interroger sur l'application concernant les Smartphones ou les téléphones portables, ceux-ci permettant « la captation d'images ou de sons dans l'entreprise »¹⁶⁵.

¹⁶³ CAPRIOLI E., « Le contrôle de la clé USB personnelle par l'employeur communication », *Commerce électronique*, LexisNexis, n° 1, 2018.

¹⁶⁴ Cass. soc., 23 mai 2012, pourvoi n° 10-23.521 : JurisData n° 2012-010790

¹⁶⁵ BOSSU B., « La consultation par l'employeur de la clé USB du salarié », *La semaine juridique – éd sociale*, n° 21, 2013.

En effet, si l'outil informatique à travers notamment la messagerie, les fichiers ou dossiers informatiques ou encore les périphériques de stockage connecté à l'outil informatique, crée du contentieux relatif à la surveillance effectuée par l'employeur face à la vie privée, l'utilisation du téléphone portable développée notamment par les NTIC anime également le contentieux social.

2. L'utilisation du téléphone

Les NTIC, comportent notamment le téléphone portable ou Smartphone. La surveillance pratiquée par l'employeur prend de plus en plus d'ampleur au regard des divers outils notamment électroniques et technologiques.

Il arrive parfois que l'employeur demande au salarié d'utiliser son téléphone portable personnel à des fins professionnelles. Il a été considéré que la productivité pouvait se révéler plus efficace lorsque l'employé utilisait son matériel personnel¹⁶⁶. Cela étant, l'autorisation pour l'employeur de consulter le contenu du téléphone personnel lorsque le salarié l'utilise à des fins professionnelles semble délicate, le téléphone appartenant au salarié, l'atteinte à la vie privée sera nécessairement caractérisée.

Néanmoins, généralement, l'employeur met à la disposition de son salarié un téléphone portable afin d'effectuer sa prestation de travail. Dès lors, la question de l'accès au téléphone portable par l'employeur tend à se poser, celui-ci étant présumé être utilisé à des fins professionnelles.

L'arrêt rendu le 10 février 2015¹⁶⁷ en illustre pertinemment le propos. En l'espèce, un employeur reprochait à une société d'avoir désorganisé son activité en débauchant un grand nombre de ses salariés. Afin de prouver les faits, l'employeur a été autorisé par ordonnance sur requête, à faire procéder à un constat au siège de cette société ainsi que sur les outils de communication mis à la disposition de ses anciens salariés à savoir notamment une consultation des SMS figurant sur les téléphones portables professionnels.

La Cour de cassation a considéré que « les messages écrits ("short message service" ou SMS) envoyés ou reçus par le salarié au moyen du téléphone mis à sa disposition par l'employeur

¹⁶⁶ FUNKE J-F., « La pratique du BYOD (Bring Your Own Device) », *JCP S*, 2015, act. 36

¹⁶⁷ Cass. com., 10 février 2015, pourvoi n° 13-14.779 : JurisData n° 2015- 002342 Bulletin 2015, IV, n° 20

pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur est en droit de les consulter en dehors de la présence de l'intéressé, sauf s'ils sont identifiés comme étant personnels ; qu'il en résulte que la production en justice des messages n'ayant pas été identifiés comme étant personnels par le salarié ne constitue pas un procédé déloyal au sens des articles 9 du Code civil et 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales rendant irrecevable ce mode de preuve ».

A ce titre, rappelons que l'arrêt rendu le 26 avril 2006¹⁶⁸ a considéré que « la simple surveillance d'un salarié faite sur les lieux du travail par son supérieur hiérarchique, même en l'absence d'information préalable du salarié, ne constitue pas en soi un mode de preuve illicite ». Par conséquent, la preuve issue de la surveillance du supérieur hiérarchique est admise quand bien même il n'aurait pas informé le salarié ou la représentation du personnel.

Cette solution se justifie notamment par le fait que la surveillance ne requiert aucun procédé technique, ce qui la rend ainsi légitime. C'est pourquoi, la Cour de cassation par un arrêt rendu le 11 mars 1998¹⁶⁹ a estimé que « ne constitue pas un mode de preuve illicite la production par l'employeur des relevés de facturation téléphonique qui lui ont été adressés par la société France Télécom pour le règlement des communications correspondant au poste du salarié ». Le simple contrôle des relevés n'apporte pas d'atteinte à la loyauté et à la vie privée.

Cette jurisprudence semble également s'appliquer aux messages laissés sur le répondeur vocal d'un téléphone portable illustré notamment par un arrêt rendu le 6 février 2013¹⁷⁰ considérant ainsi que « si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages téléphoniques vocaux dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur ».

En ce sens, les preuves provenant de SMS par le destinataire, avaient valablement été accueillies par la Cour de cassation le 23 mai 2007¹⁷¹. En effet, la Cour de cassation a

¹⁶⁸ Cass. soc., 26 avril 2006, pourvoi n° 04-43.582 : JurisData n° 2006-033215

¹⁶⁹ Cass. soc., 11 mars 1998, pourvoi n° 96-40.147 : JurisData n° 1998-001398

¹⁷⁰ Cass. soc., 6 févr. 2013, pourvoi n° 11-23.738 Bulletin 2013, V, n° 31

¹⁷¹ Cass. soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-43.209

précisé que « si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits S. M. S., dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur ». En l'espèce, la production des SMS avait permis d'établir un harcèlement sexuel. La Cour de cassation considère ainsi que le destinataire du message ne peut ignorer que celui-ci pourra être conservé et reproduit.

Pourtant invoquée dans le pourvoi relatif à l'arrêt rendu le 10 février 2015¹⁷², l'atteinte à la vie privée a été écartée. La chambre commerciale semble reprendre la logique effectuée par la chambre sociale transposant ainsi la présomption professionnelle dès lors que les outils ont été mis à la disposition du salarié par l'employeur. Cette solution se retrouve notamment à travers les fichiers, les courriers papiers ou électroniques.

Par exception, cette présomption peut être retournée dès lors que le salarié a identifié le SMS en l'espèce, comme étant personnel. Il appartient alors au salarié de déterminer « sa sphère d'intimité ». Cela étant, la crainte s'apparente nécessairement à l'identification personnelle du SMS, car il appartiendra à l'auteur du message d'afficher la mention « personnelle » avant même de l'écrire.

La difficulté posée concerne le tiers qui n'aurait pas eu connaissance de la nature professionnelle du téléphone¹⁷³. En terme de contenu du message, il convient de transposer la jurisprudence relative aux courriels. Si les messages échangés relèvent de la sphère privée, l'employeur ne pourra pas se prévaloir du contenu du message¹⁷⁴. A contrario, si le contenu message est « en rapport avec l'activité professionnelle du salarié », l'employeur pourra s'en prévaloir et infliger une sanction disciplinaire au salarié¹⁷⁵.

Au surplus, il ne faut pas pour autant considérer que le salarié ne puisse utiliser son téléphone portable à des fins personnelles par le seul fait que celui-ci ait été mis à la disposition de l'employeur. Certes, il arrive que l'employeur interdise l'utilisation du téléphone professionnel à des fins personnelles, celui-ci étant présumé être utilisé à des fins professionnelles. Le contrat de travail pourra alors interdire l'utilisation à des fins

¹⁷² Cass. com., 10 février 2015, pourvoi n° 13-14.779 : JurisData n° 2015- 002342 Bulletin 2015, IV, n° 20

¹⁷³ BOSSU B., « L'employeur peut consulter les SMS des téléphones portables professionnels », *La semaine juridique – éd sociale*, n° 17-18, 2015.

¹⁷⁴ Cass. soc., 5 juillet 2011, pourvoi n° 10-17.284 : JurisData n° 2011-009432

¹⁷⁵ Cass. soc., 2 février 2011, pourvoi n° 09-72.449

personnelles.

Cela étant, la pratique considère que le téléphone portable peut être utilisé à des fins personnelles. Bien évidemment, dès lors que le salarié usera de son téléphone portable professionnel de façon abusive, l'employeur pourra alors le sanctionner. L'arrêt rendu le 28 septembre 2010¹⁷⁶ va en ce sens en considérant que « le salarié peut, sauf abus, se servir de son téléphone professionnel pour passer des communications privées ». En outre a été considéré comme abusif, le salarié qui, en congé maladie, utilise constamment son téléphone portable professionnel¹⁷⁷ et le salarié qui utilise fréquemment son téléphone professionnel à des fins personnelles alors que l'employeur lui avait adressé deux rappels à l'ordre¹⁷⁸.

Dès lors, une utilisation à des fins personnelles, raisonnable et non préjudiciable à l'entreprise, pourra être admise au profit du salarié. À ce titre, il sera légitime pour l'employeur de pouvoir contrôler les factures de relevés de communication du salarié sous respect de la vie privée. Pour cela, la CNIL recommande que les quatre derniers chiffres des numéros de téléphone présents sur les factures, soient retirés à l'exception d'une utilisation manifestement anormale du téléphone par un salarié¹⁷⁹. En ce sens il convient de distinguer le contrôle des relevés de facturations des enregistrements de conversation téléphonique.

En principe, l'écoute téléphonique mise en place par un employeur sur un de ses salariés est interdite.

Par exception, les écoutes téléphoniques pourront être admises selon une réglementation stricte et encadrée. En cas de « formation professionnelle » (en vue d'améliorer l'accueil téléphonique) ou encore en cas « de nécessité absolue », les écoutes seront valables lorsque l'employeur aura informé au préalable les salariés concernés, « notamment par un dispositif d'alerte sonore ou visuel placé en début d'appel » et les instances représentatives du personnel ; lorsque l'employeur aura effectué une déclaration normale à la CNIL dès lors que « le dispositif donne lieu à un traitement et une conservation des enregistrements » ; et si la durée de ces écoutes est proportionnée à la finalité poursuivie. Lorsque les écoutes téléphoniques sont enregistrées et effectuées à des fins de formation des salariés, la durée de conservation ne pourra pas dépasser six mois.

¹⁷⁶ Cass. soc., 28 septembre 2010, pourvoi n° 09-41.522

¹⁷⁷ Cass. soc., 17 mars 2010, pourvoi n° 08-45.089

¹⁷⁸ Cass. soc., 10 décembre 2008, pourvoi n° 07-41.791

¹⁷⁹ « La surveillance de l'activité des salariés », *Liaisons sociales Quotidien - Le dossier pratique*, n°96, 2013.

Lorsque les écoutes téléphoniques sont enregistrées et effectuées à des fins de preuve en matière bancaire, la durée de conservation ne pourra dépasser cinq ans en vertu des articles 321-78 et 321-79 du Règlement général de l’Autorité des marchés financiers.

De façon générale, les compte-rendus des conversations téléphoniques et grilles d’analyse pourront être conservés au maximum un an. En pratique, certains enregistrements permettant de réaliser et de rédiger les documents d’analyse pourront être supprimés à bref délai¹⁸⁰.

Ainsi, la surveillance issue d’un téléphone portable professionnel opérée par l’employeur est réglementée. Dès lors, si l’employeur dispose d’un droit de contrôle sur ses salariés à travers notamment l’outil professionnel à savoir la messagerie, les fichiers, la clé USB ou encore le téléphone portable, il ne doit pas pour autant porter atteinte à la vie privée.

La question de la surveillance effectuée par l’employeur porte également l’attention lorsque celle-ci provient d’Internet au regard des connexions effectuées par le salarié au sein de l’entreprise mais également en dehors de l’entreprise.

C. La surveillance issue d’internet

Le développement des NTIC a considérablement augmenté les moyens de communication notamment à travers Internet. Dans un monde à l’ère du numérique, les individus sont « tous connectés, partout, tout le temps »¹⁸¹.

En effet, l’ordinateur, le téléphone, ou encore les tablettes facilitent l’accès à Internet. La question de l’accès à « Internet » au travail, utilisé à des fins privées se pose nécessairement. En effet, quid de la surveillance confrontée à la vie privée, opérée sur les lieux de travail à travers les connexions Internet ? (1). Au surplus, l’arrivée massive des NTIC ne cesse de développer différentes formes de réseaux sociaux. L’individu est ainsi amené à affirmer son autodétermination sur les réseaux sociaux.

Si la surveillance du salarié à l’aune des connexions Internet s’opère sur les lieux de travail, celle-ci tend à se développer à travers les réseaux sociaux sans pour autant que le salarié soit au sein de l’entreprise (2).

¹⁸⁰ La CNIL. Disponible sur : <https://www.cnil.fr/fr/lecouste-et-lenregistrement-des-appels-sur-le-lieu-de-travail> [Consulté le 2 juin 2018]

¹⁸¹ RAY J-E., « Actualité des TIC - Tous connectés, partout, tout le temps ? », *Droit social*, 2015, p.516

1. Au sein de l'entreprise

Il est certain que le salarié utilise internet au travail à des fins professionnels. Quid lorsque le salarié utilise internet à des fins privées au travail ?

Depuis l'arrêt Nikon, la Cour de cassation a reconnu un droit au respect à la vie privée dans l'entreprise.

Parallèlement, par une décision rendue le 10 juin 2009¹⁸², le Conseil constitutionnel a affirmé que la « liberté de communication et d'expression implique, eu égard au développement généralisé d'Internet et à son importance pour la participation à la vie démocratique et à l'expression des idées et des opinions, la liberté d'accéder aux services de communication au public en ligne ». Cela étant, relativement à cette décision, la liberté d'accéder à Internet ne confère pas un caractère général et absolu. Cette décision amène à considérer que « les atteintes à la liberté d'accéder à Internet s'analysent, au regard de la Constitution, comme des atteintes à la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789 »¹⁸³.

Dès lors la liberté d'accéder à Internet tend à s'interroger notamment sur son application en entreprise, dès lors que Internet est utilisé à des fins privées.

La présomption professionnelle semble également, comme les autres outils professionnels, à s'imposer s'agissant des connexions internet. En effet, par un arrêt rendu le 9 juillet 2008¹⁸⁴, la chambre sociale de la Cour de cassation a estimé que « les connexions établies pendant son temps de travail par un salarié sur des sites internet grâce à l'outil informatique mis à sa disposition pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut les rechercher hors de sa présence aux fins de les identifier ».

Cela étant, la difficulté tient dans l'identification personnelle ou professionnelle. En effet, l'utilisation d'internet en entreprise passe nécessairement par le réseau de l'entreprise. Ainsi, l'appréciation de l'identification personnelle s'appréciera au cas par cas au regard des juges. A titre d'illustration, l'arrêt rendu le 9 février 2010¹⁸⁵ a considéré que l'inscription d'un site sur la liste « favoris » ne pouvait lui conférer un caractère professionnel.

Toutefois, il peut être légitime pour l'employeur de surveiller les connexions internet de son

¹⁸² Cons. const., déc. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC : JurisData n° 2009-024431

¹⁸³ Cah. Cons. const., n° 27, p. 7

¹⁸⁴ Cass. soc., 9 juillet 2008, pourvoi n° 06-45.800 : JurisData n° 2008-044801

¹⁸⁵ Cass. soc., 9 février 2010, pourvoi n° 08-45.253

salarié afin de vérifier qu'il effectue bien sa prestation de travail pendant ses heures de travail.

En ce sens, l'employeur a ainsi été autorisé, et notamment par la CNIL à mettre en place la technique du log, du filtre, et du keylogger. De la sorte que le salarié utilise raisonnablement internet à des fins privées afin de ne pas entraver le réseau de l'entreprise ou encore la productivité de l'entreprise.

La technique du log permettra à un employeur de contrôler à posteriori les données de connexion internet du salarié à titre qualitatif¹⁸⁶ et à titre quantitatif¹⁸⁷. A l'inverse, la technique du filtre permettra à un employeur d'effectuer un contrôle préventif sur ses salariés. Cette technique permet d'établir des dispositifs de filtrage des sites non autorisés tels que les sites à caractère pornographique, pédophile, ou encore des sites de téléchargement.

Manifestement, l'employeur devra respecter le principe de transparence et de loyauté et ainsi informer les institutions représentatives du personnel et le salarié.

La technique du Keylogger se réalise via un « logiciel qui se lance automatiquement à chaque démarrage de session de l'utilisateur d'un poste informatique, afin d'enregistrer à son insu toutes les actions effectuées »¹⁸⁸. Ainsi, cette technique permettant d'effectuer une surveillance permanente et constante, et d'accéder aux données tant personnelles que professionnelles, doit être justifiée par un impératif de sécurité telle que la lutte contre la divulgation de secrets industriels¹⁸⁹ et respecter le principe de transparence et de loyauté à savoir l'information préalable aux institutions représentatives du personnel et du salarié. Au surplus, l'employeur est également admis à déchiffrer des flux « https » sous respect d'informer les salariés, d'établir une gestion stricte des droits d'accès des administrateurs aux courriers électroniques, une minimisation des traces conservées, une protection des données d'alerte extraites de l'analyse¹⁹⁰.

Ainsi l'employeur dispose de moyens de contrôle au regard de l'utilisation d'internet. L'arrêt rendu par la CEDH le 12 janvier 2016¹⁹¹ illustre pertinemment le propos. En effet, la CEDH a estimé que « d'une part, qu'il n'est pas abusif qu'un employeur souhaite vérifier que ses

¹⁸⁶ Site consulté

¹⁸⁷ Durée de connexion

¹⁸⁸ DRAI L., « Contrôle par l'employeur de l'usage des technologies de l'information et de la communication par ses salariés », Fasc. 1192, *J.-Cl. Travail*, 2016.

¹⁸⁹ CNIL, Fiche pratique « Keylogger : des dispositifs de cybersurveillance particulièrement intrusifs », 2013

¹⁹⁰ CNIL, Analyse des flux https : bonnes pratiques et questions, communiqué, 31 mars 2015

¹⁹¹ CEDH, 12 janvier 2016, req. 61496/08, Barbulescu c/ Roumanie

employés accomplissent leurs tâches professionnelles pendant les heures de travail, et relève que l'employeur a accédé au compte du salarié en pensant qu'il contenait des communications de celui-ci avec ses clients. D'autre part, elle relève que le salarié a pu faire valoir ses moyens relatifs à la violation alléguée de sa vie privée et de sa correspondance devant les tribunaux nationaux, et que les décisions subséquentes n'ont fait aucune mention du contenu concret des communications. Notamment, les juridictions internes ont utilisé les relevés de ces communications uniquement dans la mesure où ils prouvaient que l'intéressé avait utilisé l'ordinateur de sa société à des fins privées pendant les heures de travail, et l'identité des personnes avec lesquelles il a communiqué n'a pas été divulguée. Dès lors, la Cour conclut que les juridictions internes ont ménagé un juste équilibre entre le droit du requérant au respect de sa vie privée et de sa correspondance en vertu de l'article 8 et les intérêts de son employeur »¹⁹².

Ainsi, l'équilibre entre la vie privée et la surveillance du salarié ne cesse de produire du contentieux au sein de l'entreprise. Force est de constater que ce contentieux ne cesse de se développer en dehors de l'entreprise notamment par l'ampleur considérable des réseaux sociaux introduits par les NTIC.

2. En dehors de l'entreprise

Le phénomène des réseaux sociaux tend également à faire peser la balance du respect de la vie privée et de la surveillance du salarié. Pierre-Yves Verkindt définit les réseaux sociaux comme une « gigantesque vitrine où l'on se montre (un peu, beaucoup, passionnément...)... où l'on parle de tout et de soi... tout en se montrant par ailleurs et non sans contradiction très soucieux du respect de son intimité ! »¹⁹³. De prime abord, il convient de préciser qu'un « site Internet ou la page d'un réseau social échappent aux critères de l'espace ». Par conséquent, les réseaux sociaux tendent nécessairement à s'interroger aux temps passés en dehors de l'entreprise et ainsi en dehors du temps de travail¹⁹⁴.

En effet, la situation se pose se manifestement lorsqu'un salarié lance des injures à l'encontre de son employeur par le biais des réseaux sociaux. Si la chambre sociale de la Cour de cassation n'a pas encore été saisie en la matière, le conseil de prud'hommes est lui constamment saisi.

¹⁹² « Utilisation d'internet à des fins privées : surveillance raisonnable par l'employeur des communications », Les cahiers sociaux, n°300, 2017, p. 452

¹⁹³ VERKINDT P-Y., « Les « amis » de nos « amis ». ». - - Cons. prud'h. Boulogne-Billancourt, 19 novembre 2010, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 48, 2010, act. 641

¹⁹⁴ Ibid.

La chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt rendu le 10 avril 2013 semble apporter des premiers éléments de précisions. En l'espèce, une salariée a démissionné, après son départ de l'entreprise, celle-ci a critiqué ouvertement son ancien chef de service. Néanmoins, l'employeur ne pouvait la licencier, puisqu'elle avait démissionné. Dès lors, l'employeur a décidé de poursuivre son ancienne salariée pour injure publique. La Cour de cassation a considéré que « le délit d'injures publiques n'est pas constitué car les propos qui figuraient sur les réseaux sociaux n'étaient accessibles qu'aux seules personnes agréées par l'intéressé en nombre très restreint et ses personnes formaient entre elles une communauté d'intérêts ». Pour autant, la Cour de cassation a cassé l'arrêt rendu par la cour d'appel considérant qu'elle aurait dû vérifier si la salariée ne pouvait pas être poursuivie pour injures privées.

Par conséquent, la chambre civile de la Cour de cassation a notamment rappelé que la liberté d'expression n'est pas absolue mais elle a également apporté un premier critère de détermination de la vie publique sur les réseaux sociaux.

La Cour de cassation semble apprécier la détermination de la vie publique à l'aune des règles de confidentialité. Pour déterminer si le réseau social s'identifie à un espace privé ou un espace public, la Cour de cassation prend en compte « un nombre très restreint de personnes, qui forment une communauté d'intérêts ».

À titre d'illustration, sur Facebook, chaque personne peut modifier ses paramètres de confidentialités. Lorsque le mur est ouvert, il est logique que cela s'identifie à un espace public car n'importe quel individu disposant d'un compte Facebook peut contempler un « mur ouvert ».

Le réseau social Facebook a également permis aux utilisateurs d'ouvrir leurs murs « aux amis de ses amis ». Par un arrêt rendu le 19 novembre 2010 par le conseil de prud'hommes, les juges du fonds ont considéré que le paramétrage « amis de nos amis » ne pouvait s'identifier à la vie privée. Cette solution se justifie davantage car il paraît difficile qu'une personne connaisse chaque ami de ses amis. C'est pourquoi, le conseil de prud'hommes a admis le licenciement pour faute grave de salariés suite à des propos tenus sur Facebook.

Cela étant, lorsque le mur est ouvert seulement aux amis, c'est-à-dire à un nombre restreint de personnes, il n'est pas pour autant certain que la vie privée puisse être retenue. En effet, l'avènement de Facebook est aujourd'hui spectaculaire notamment au regard du nombre d'amis que chaque personne a. À titre d'exemple, une personne peut posséder plus de 1000

amis. Or, il semble surréaliste qu'une personne entretient des liens d'amitié avec autant de personne. C'est pourquoi, il semble que cela soit justifié que les juges retiennent « un nombre restreint de personnes formant une communauté d'intérêts ».

Dès lors, il est certain que l'ampleur des réseaux sociaux agite le contentieux des juges du fonds en matière prud'homale notamment en raison de l'équilibre entre, d'un côté le respect de la vie privée et de l'autre côté, la surveillance du salarié. Ce phénomène interroge notamment en raison du détachement des critères de l'espace. Egalement, l'ampleur des réseaux sociaux rappelle l'existence de la liberté d'expression, qui n'est pas pour autant sans limite.

Sans nul doute, l'assimilation de la vie privée à la surveillance du salarié par l'employeur est manifestement encadrée.

En effet, la reconnaissance d'une vie privée en entreprise pose constamment l'assimilation de la vie privée et de la surveillance du salarié. Ces notions étant particulièrement mouvementées par les NTIC notamment par l'outil informatique, l'utilisation du téléphone, mais également de l'utilisation d'Internet.

Si un fait tiré de la vie privée d'un salarié ne peut relever du domaine disciplinaire, il ne faut pas exclure le licenciement lorsqu'un fait relevant de la vie privée d'un salarié cause un trouble objectif à l'entreprise.

SECTION 2 : L'OBSTACLE AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE SOU MIS AUX INTÉRÊTS DE L'ENTREPRISE

Sans nul doute, le respect de la vie privée est un droit fondamental. C'est pourquoi ce droit est nécessairement encadré et protégé notamment lorsque l'employeur décide de surveiller ses salariés. Ce droit est d'autant plus protégé lorsqu'un licenciement est prononcé à l'encontre d'un salarié issu de la surveillance effectuée par l'employeur. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation le 20 novembre 1991 a posé un attendu de principe considérant que « si, en principe, il ne peut être procédé au licenciement d'un salarié pour une cause tirée de sa vie privée, 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 un trouble caractérisé au sein de cette dernière ».

Dès lors, le licenciement tiré de la vie privée ne peut constituer une faute mais doit impliquer un trouble objectif à l'entreprise.

Le trouble objectif, d'origine prétorienne, est apparu suite à un conflit d'intérêts entre d'un côté la protection de la vie privée du salarié, et de l'autre côté, la protection des intérêts de l'entreprise¹⁹⁵.

La question de l'équilibre entre l'employeur et le salarié frappait déjà la jurisprudence sociale et les auteurs doctrinaux. En effet, il était nécessaire de limiter le pouvoir de direction et le pouvoir disciplinaire conférés à l'employeur sur ses salariés notamment lorsque la vie privée était invoquée.

Dans son rapport, Gérard Lyon-Caen affirmait le respect de la liberté de la vie privée du salarié en considérant que « même sur les lieux de travail une certaine opacité de la personne du salarié doit être exigée. Le salarié n'est pas seulement un être de travail. Son identité intime doit être respectée ». Le souci de protection de la vie privée du salarié était et demeure omniprésent. Qui plus est, le licenciement à l'époque n'opérait pas de distinction de régime. Le licenciement pour motif économique datant seulement du 24 novembre 1990.

La jurisprudence sociale, en 1990, a ainsi voulu dégager les différents fondements de licenciement, ceux issus des licenciements pour motif économique de ceux issus des licenciements personnels à caractère disciplinaire. Le licenciement disciplinaire peut avoir lieu si le salarié a commis une faute au regard des obligations pesant sur lui. Au sein des licenciements personnels à caractère disciplinaire, se distinguent les licenciements pour faute du salarié, des licenciements à caractère non disciplinaire, en l'absence de faute du salarié. Ceux à quoi le trouble objectif est rattaché.

La volonté de protéger la vie privée du salarié et de protéger les intérêts de l'entreprise semble ainsi se respecter au travers de cette notion découverte en 1991.

Le licenciement d'un fait tiré de la vie privée ne pourra constituer une faute à l'encontre d'un salarié. Celui-ci dispose d'une immunité disciplinaire notamment au regard de sa vie privée (§1). Cela étant lorsque le fait tiré de la vie privée cause un trouble objectif à l'entreprise, le licenciement pourra néanmoins être autorisé. Le respect de la vie privée sera écarté à condition que le trouble objectif, strictement encadré, soit caractérisé (§2).

¹⁹⁵ ANTONMATTEI P-H., « Le licenciement pour trouble objectif » *Droit social*, 2012, p. 10.

§1 : Le respect de la vie privée et l'immunité disciplinaire

Si la vie privée est protégée en dehors de l'entreprise, il ne faut pas pour autant qu'elle s'arrête aux portes de l'entreprise.

Auparavant, au terme du licenciement, la Cour de cassation acceptait qu'un employeur puisse licencier un salarié pour faute dès lors que celui-ci était en opposition avec les intérêts de l'entreprise¹⁹⁶. Le pouvoir de direction étant entendu largement, la vie privée du salarié était fréquemment mise en cause avec l'intérêt de l'entreprise.

En ce sens, la Cour de cassation a œuvré au rétablissement de l'équilibre entre le salarié afin de promouvoir ses libertés tant dans l'entreprise qu'en dehors de l'entreprise et les intérêts de l'entreprise afin de les sauvegarder.

C'est ainsi que la Cour de cassation par un arrêt rendu le 12 mars 1991¹⁹⁷ a apporté les prémices de la notion du « trouble objectif » en considérant que « la cour d'appel a relevé d'une part qu'une large publicité avait été donnée, dans la presse, à une condamnation pénale 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 ; qu'elle a ainsi fait ressortir l'existence d'éléments objectifs ».

Cette solution semble avoir été reprise à l'égard d'une association dans l'affaire du sacristain de Saint-Nicolas-du-Chardonnet le 17 avril 1991¹⁹⁸.

Assurément, l'arrêt léger rendu le 20 novembre 1991¹⁹⁹ est venu poser l'attendu de principe à l'égard de la qualification de trouble objectif.

A cet égard, force est de constater que la chambre sociale, le 16 décembre 1997²⁰⁰ est venue réguler le caractère disciplinaire des licenciements relevant de la vie privée en affirmant que « le fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne pouvait constituer une faute ». Par conséquent, un fait tiré de la vie personnelle ne peut être assimilé à un manquement d'une

¹⁹⁶ BARÈGE A., BOSSU B., « Un fait tiré de la vie privée ne peut constituer une faute », *JCP S*, n°28, 1538, 2007.

¹⁹⁷ Cass. soc., 12 mars 1991, Bull. civ. V, n° 120

¹⁹⁸ Cass. soc., 17 avril 1991, Bull. civ. V, n° 201

¹⁹⁹ Cass. soc., 20 novembre 1991, pourvoi n° 89-44.605 : Juris-Data n° 1991-003219 ; Bull. civ. 1991, V, n° 512

²⁰⁰ Cass. soc., 16 décembre 1997 : Juris-Data n° 1997-005138

obligation contractuelle puisqu'il ne peut être pris en considération par l'employeur. De facto, un fait tiré de la vie personnelle échappe à toute sanction disciplinaire.

En effet, la vie privée relate le fait pour un individu de se comporter comme il le souhaite. Si auparavant la vie privée s'entendait comme le fait de « vivre caché », elle s'entend aujourd'hui comme étant une liberté. Dès lors, l'autodétermination d'un salarié doit nécessairement être respectée et ne peut lui imputer une quelconque sanction disciplinaire²⁰¹.

Alors qu'un arrêt rendu le 25 janvier 2006 avait retenu la qualification d'une faute grave imputée à un salarié pour un fait relevant de la vie privée, la Cour de cassation le 18 mai 2007²⁰² est venue réaffirmer l'impossibilité d'établir une sanction disciplinaire à l'encontre d'un salarié pour un fait tiré de sa vie privée. Par cet arrêt, la chambre sociale est allée plus loin en précisant « 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 ».

Ainsi, il est certain que d'une part, le salarié bénéficie d'une immunité disciplinaire au regard d'un fait tiré de sa vie privée. D'autre part, il est certain que lorsque la Cour de cassation autorise un licenciement faisant prévaloir le trouble objectif sur la vie privée, celui-ci s'entend strictement et est très encadré.

§2 : Le respect de la vie privée écarté par le trouble objectif

La notion de trouble objectif apparue en 1991, n'est pas connue de tous les praticiens aujourd'hui²⁰³.

Cela étant, elle semble équilibrer les conflits entre le salarié et les intérêts de l'entreprise.

La volonté de protéger la liberté du salarié et notamment les actes relevant de sa vie privée est une préoccupation majeure. Ainsi, la Cour de cassation a considéré que ces actes ne pouvaient constituer des fautes et tomber « dans la sphère de l'autorité de l'employeur ».

²⁰¹ BARÈGE A., BOSSU B., « Un fait tiré de la vie privée ne peut constituer une faute », *JCP S*, n°28, 1538, 2007.

²⁰² Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, pourvoi n° 05-40.803 : JurisData n° 2007-038898 ; *JCP S* 2007, 1538

²⁰³ WAQUET PH., « Le trouble objectif dans l'entreprise : une notion à redéfinir », *RDT*, 2006, p. 304

Or, lorsqu'un fait tiré de la vie privée d'un salarié cause trouble objectif dans l'activité de l'entreprise, la solution prend un autre chemin.

Cette situation se retrouve essentiellement dans les entreprises de tendances. Ces entreprises expriment un but qui peut être religieux, politique, culturel, social ou philosophique. Elles défendent ainsi des idées, des thèses, exposés fréquemment publiquement. Si souvent, ce sont des militants qui composent ces entreprises de tendances, il ne faut pas pour autant nier l'éventualité qu'une personne puisse changer d'opinion, ou alors qu'elle agisse infidèlement aux opinions de l'entreprise de tendance dans laquelle elle est. Ainsi, au regard de cette situation, deux libertés fondamentales peuvent s'opposer telles que la liberté religieuse et la liberté d'expression.

Pour résoudre ce conflit, la Cour de cassation a admis le licenciement personnel au motif d'un trouble objectif qui nécessite l'arrêt de l'exécution du contrat de travail dudit salarié. La légitimité de ce licenciement ne pourra être valable seulement si les conditions sont remplies, à savoir, si le trouble a été suffisamment caractérisé²⁰⁴.

Par conséquent la notion de trouble objectif s'appréciera en fonction de la finalité de l'entreprise mais également des fonctions occupées dans l'entreprise par le salarié. Le trouble ne doit nécessairement pas être subjectif mais objectif, c'est-à-dire « provoquer une réelle impossibilité de maintenir la relation de travail ».

En ce sens, la notion de trouble objectif a été étendue à l'état de santé du salarié. Si en principe, il est strictement interdit de licencier un salarié en raison de son état de santé, en vertu notamment de l'article L. 1132-1 du Code du travail, il ne faut pas pour autant nier que l'absence d'un salarié en raison de sa maladie puisse provoquer des perturbations au sein de l'entreprise.

Il est certain qu'un remplacement provisoire peut être effectué notamment par un salarié membre de l'entreprise ou alors un salarié employé pour un contrat à durée déterminé.

La notion de trouble objectif pourra être retenue seulement si le prolongement d'une maladie ou d'une maladie répétée d'un salarié provoque une situation objective dans l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé et dont l'employeur ne peut que nécessiter un remplacement

²⁰⁴ WAQUET PH., « Trouble objectif : le retour à la case «départ» », *SSL*, 2007, n° 1310, p. 5.

définitif. Dès lors, le licenciement se justifiera en raison du trouble occasionné dans l'entreprise par l'absence du salarié malade nécessitant un remplacement permanent.

Par conséquent, au regard de cette notion, dès lors que la Cour de cassation optera pour un licenciement, celui-ci reposera manifestement sur le trouble objectif causé à l'entreprise et non le comportement d'un salarié à l'égard d'un fait tiré de sa vie privée, ou de l'état de santé.

À cet égard, la notion de trouble objectif intervient fréquemment dans les conflits provenant des réseaux sociaux mettant en cause la vie privée du salarié, sa liberté d'expression et les intérêts de l'entreprise.

En effet, sur les réseaux sociaux le salarié est amené à s'exprimer. La notion de trouble objectif tend à trouver des difficultés. D'un côté, la Cour de cassation a considéré que, lorsque le salarié tient des propos restreints à une communauté d'intérêts, cela ne relève pas de la vie publique et de l'autre côté, dans le cas où les propos sont tenus publics, la liberté d'expression tend à s'affirmer en vertu notamment de l'arrêt Clavaud rendu en 1988 où la Cour de cassation a disposé que « la liberté d'expression est un droit accordé aux salariés dans et hors de l'entreprise »²⁰⁵.

Néanmoins, si le salarié jouit d'une protection tant au regard de sa vie privée, qu'au regard de sa liberté d'expression, l'abus de droit vient limiter ses libertés fondamentales. La chambre sociale de la Cour de cassation estime qu'il y a abus de droit lorsque les propos sont « injurieux diffamatoires et excessifs ». Les cas d'abus ne cessent de se développer avec l'ampleur d'Internet au regard notamment des réseaux sociaux²⁰⁶ tel que Facebook. À cet égard, la notion de trouble objectif tend à être évoquée lorsqu'un salarié tient des propos injurieux à l'encontre d'une entreprise sur un mur Facebook. En ce sens, le conseil de prud'hommes le 23 octobre 2014 a condamné un salarié qui avait insulté sur son mur Facebook un employeur.

Dès lors, même si le salarié est couvert de protections au regard du respect de la vie privée et de sa liberté d'expression, Facebook, à l'instar du jugement rendu le 23 octobre 2014, a été considéré comme étant un lieu public. L'abus de droit limite donc la vie privée et la liberté d'expression. Cela étant, le phénomène des réseaux sociaux semble également être délicat

²⁰⁵ Cass. soc., 28 avril 1988, pourvoi n° 87-41.804 : Bull. civ. 1988, V, n° 257

²⁰⁶ JETHA F., « Liberté d'expression et manquements aux obligations du salarié », *La semaine juridique – éd sociale*, n°13, 2015, p. 4.

quant à la fiabilité de la preuve.

Il va de soi que la notion de trouble objectif est strictement encadrée, le licenciement reposant non pas sur une faute relevant de la vie privée, mais sur un fait tiré de la vie privée causant un trouble objectif dans l'entreprise. Le salarié bénéficie donc d'une immunité disciplinaire. En aucun cas un licenciement ne pourra reposer sur une faute commise dans sa vie privée. La caractérisation du trouble objectif causé dans l'entreprise sera le fondement du licenciement. En ce sens, le fait tiré de la vie privée sera écarté au profit du trouble objectif.

Ainsi, il est certain que l'employeur, lorsqu'il effectue une surveillance sur l'un de ses salariés doit respecter leur vie privée, l'affirmation du respect de la vie privée ayant été reconnue dans le cadre de la vie professionnelle. En effet, d'une vie privée cachée, nous sommes passés à une vie privée sociale où chacun revendique ce qu'il est. Au surplus, la surveillance sera d'autant plus contrôlée au regard de l'arrivée massive des NTIC. Force est de constater que les NTIC ne cessent de créer une atteinte à la vie privée, avec l'utilisation du téléphone portable, des ordinateurs, d'Internet, où le salarié, malgré lui, semble être piégé dans ce système de surveillance développé par les NTIC. C'est pourquoi, la reconnaissance d'une vie privée en entreprise ne cesse d'être rappelée. Cela étant, il ne faut pas croire que le salarié puisse se cacher constamment derrière la vie privée pour échapper à une sanction disciplinaire. En ce sens, dès lors que le salarié cause un trouble objectif au sein d'une entreprise, notamment pour un fait tiré de sa vie privée, celle-ci se verra ainsi écartée au profit du trouble objectif.

CONCLUSION

Le salarié ne cesse d'être confronté à la surveillance opérée par l'employeur. L'employeur assure en effet une surveillance en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par le contrat de travail. Le salarié qui se retrouve certes, subordonné à l'autorité de l'employeur, ne perd pas pour autant les droits fondamentaux qui lui sont accordés. À cet égard, il est certain que le législateur ainsi que la jurisprudence ont œuvré à la reconnaissance des droits et libertés du salarié en entreprise. L'apparition des NTIC ne fait que malmener les droits et libertés du salarié. C'est pourquoi, le principe de la loyauté ainsi que le droit au respect de la vie privée sont exigés et liés à ce phénomène de surveillance en entreprise.

Cela étant, bien que la surveillance soit dorénavant encadrée, le phénomène des NTIC ne cesse de questionner l'avenir. En effet, si le principe de loyauté et le droit au respect de la vie privée gouvernent la surveillance, le droit tend à évoluer face à la montée en puissance des NTIC, caractérisées comme étant un facteur exponentiel. La biométrie en illustre pertinemment le propos, portant incontestablement atteinte aux droits fondamentaux. La crainte parvient à s'opérer face à la surveillance réalisée par de tels dispositifs. Ainsi, le droit devra continuer de répondre à ces évolutions, portant fréquemment atteinte aux droits fondamentaux du salarié.

BIBLIOGRAPHIE

I. Dictionnaires et encyclopédies

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016, p. 1152.

DRAI L., « Contrôle par l'employeur de l'usage des technologies de l'information et de la communication par ses salariés », Fasc. 1192, *J.-Cl. Travail*, 2016.

II. Ouvrages généraux, traités, manuels

BENETON PH., *De l'égalité par défaut. Essai sur l'enfermement moderne*, éd. Critérian, 1997, p. 40. Cité par BEIGNIER B., « La protection de la vie privée » in *Libertés et droits fondamentaux*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2000.

GUINCHARD S., BAUDRAC et a., *Droit processuel*, Précis Dalloz, 1^{ère} éd, 2001, n°542, p. 644

MALAURIE PH., AYNÈS A., *Les personnes, les incapacités*, Defrénois, 2e éd.2005, n°314.

MAZEAUD A., *Droit du travail*, 10^e éd., LGDJ, 2016, p. 724.

SAINT-PAU J-C., *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013, p. 1410, ISBN : 978-2-7110-1072-1.

III. Ouvrages spéciaux, monographies, thèses, mémoires

DE LEVAL G., *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Anthémis, vol 126, 2011, p. 288 ISBN : 978-2-87455-310-3.

DOCQUIR B., *Le droit de la vie privée*, De boeck, Larcier, 2008, p. 354.

DUPONT O-C., *Preuve et renouveau contractuel en droit du travail*, BOSSU B (dir. de recherche)., Thèse de doctoral. Droit privé. Lille : Université de Lille 2 – Droit et Santé , 2004.

GRÉBONVAL A., *La protection de la vie privée du salarié*, [En ligne] BOSSU B (dir. de mémoire), Mémoire pour l'obtention du DEA. Droit privé. Lille : Université de Lille 2 – Droit et Santé, 2002. p. 127. Disponible sur : http://edoctrale74.univ-lille2.fr/fileadmin/master_recherche/T_1_chargement/memoires/travail/grebonvala02.pdf [consulté le 12 juin 2018]

LYON-CAEN A., LOKIEC P., *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2005, p. 228.
MORGENROTH T., *La vie privée en droit du travail*. BOSSU B (dir. de recherche), Thèse de doctorat. Droit privé. Lille : Université de Lille 2 – Droit et Santé, 2016. p. 474.

SOUFFLET L., *La protection de la vie privée des salariés*, VERKINDT P-Y (dir. de mémoire), Mémoire pour l'obtention du DEA. Droit privé. Lille : Université de Lille 2 – Droit et Santé, 1995. p. 64.

IV. Etudes, doctrine et articles

ANTONMATTEI P-H., « Le licenciement pour trouble objectif » *Droit social*, 2012, p. 10.

ARMAND V., « L'obligation de loyauté dans la collecte des preuves en droit du travail », *Bull. droit du travail* C. Cass., 1er trim. 2005, p. 3

BARÈGE A., BOSSU B., « Un fait tiré de la vie privée ne peut constituer une faute », *JCP S*, n°28, 1538, 2007.

BARÈGE A., BOSSU B., « L'ordinateur et la vie privée du salarié », *JCP S*, n°24, 1451, 2007.

BARÈGE A., BOSSU B., « Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié », *JCP S*, n°41, 1393, 2013.

BOSSU B., « Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre », *Droit social*, 1994. p. 747.

BOSSU B., « Vidéosurveillance et preuve de la faute du salarié », *JCP S*, n°26, 1313, 2011.

BOSSU B., « La consultation par l'employeur de la clé USB du salarié », *JCP la semaine juridique – éd sociale*, n° 21, 2013.

BOSSU B., « La dénomination donnée au disque dur ne peut conférer un caractère personnel à l'ensemble de son contenu », *JCP S*, n°4, 1045, 2013.

BOSSU B., « Un service interne à l'entreprise peut contrôler l'activité d'un salarié », *La semaine juridique - éd sociale*, n° 6. 2015.

BOSSU B., « L'employeur peut consulter les SMS des téléphones portables professionnels », *JCP la semaine juridique – éd sociale*, n° 17-18, 2015.

CAPRIOLI E., « Le contrôle de la clé USB personnelle par l'employeur communication », *Commerce électronique*, LexisNexis, n° 1, 2018.

CONTAMINE A., « La surveillance du salarié », *Revue Lamy de la concurrence*, n°37, 2013, p. 13

DE GIVRY E., « TIC et surveillance du salarié : regards de la CNIL », *JCP S*, n°41, 2013, p. 1394.

DE SCHUTTER O., « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *RTDH*, 1999, p. 827.

DUPLAT J. « Surveillance des salariés et vie privée », *RJS*, 2003, p. 105.

FUNKE J-F., « La pratique du BYOD (Bring Your Own Device) », *JCP S*, 2015, act. 36

HERZOG EVANS M. « Fouilles corporelles et dignité de l'homme », *Revue sc.crim*, 1998, p. 735 et « Tendances actuelles du droit des fouilles corporelles » *Gaz. Pal.*, 2002, doctr., p. 3

JETHA F., « Liberté d'expression et manquements aux obligations du salarié », *La semaine juridique – éd sociale*, n°13, 2015, p. 4.

LEBEAU-MARIANNA D., VASSET O., « Clémence et droit de contrôle de l'employeur », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, 2007, Dossier 2.

LEBORGNE A., « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe » *RTD civ*, 1996, p. 535.

LOISEAU G., « Your employer is watching you », *Les cahiers sociaux*, n°255, 2013.

MEULDERS-KLEIN M-T., « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RID comp.* 1992, p.771.

PERROCHEAU V., « Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves », *LPA*, n°99, 2002, p. 6.

RAY J-E., « Actualité des TIC - Tous connectés, partout, tout le temps ? », *Droit social*, 2015, p.516

RAYNAUD J., « Pour la réhabilitation, sous conditions, de la preuve dite déloyale en droit du travail », *JCP S*, n° 5, 2013, 1054

RIGAUX F., « L'élaboration d'un right of privacy par la jurisprudence américaine », *RID comp.* 1980, p. 701

RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », *RID comp.* 1991, p. 539.

RIVERO J., « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1982, p. 422

SERRANO A., « L'utilisation des outils technologiques au travail : quelle sont les règles ? », *social général, droit social, la lettre juridique*, n°237, 2006.

TISSOT O., « La protection de la vie privée du salarié », *Droit social*, 1995 p.222.

TRICOIT J-P., « Recrutement, rupture du contrat de travail et TIC », *JCP La semaine juridique – éd sociale*, n° 40, 2013, p. 6.

VERDIER J-M, « Libertés et travail. Problématique des droits de l'homme et rôle du juge », *D.* 1988, p.63.

VERKINDT P-Y., « Les « amis » de nos « amis ».. ». - . - Cons. prud'h. Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 48, 2010, act. 641

WAQUET PH., « Le trouble objectif dans l'entreprise : une notion à redéfinir », *RDT*, 2006, p. 304

WAQUET PH., « Trouble objectif : le retour à la case «départ» », *SSL*, 2007, n° 1310, p. 5.

WAQUET P., « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *Droit social*, 2010, p. 14

V. Notes, observations et commentaires de jurisprudences

PERROT R., in *RTD civ.* 2009, p. 167, obs. sous Cass. civ 1^{ère}., 16 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.778 : *JurisData* n° 2008-045356.

Selon les termes de Ph. Stoffel-Munck in *Comm. com. électr.* 2004, comm. 43, obs. sous Cass. com. 25 février 2003, pourvoi n° 01-02.913 : *JurisData* n° 2003-018064.

SARAMITO F., Note sous Cass. Soc., 3 avril 2001, Sarrasin et syndicat CFDT Radio-Télé c/ Sté Métropole télévision M6, *Dr. Ouvrier* 2002, p. 206

« Surveillance physique et filature et dispositif clandestin », *Lamy procédure prud'homale*, p.7

« La surveillance de l'activité des salariés », *Liaisons sociales Quotidien*, le dossier pratique, n°223, 2014.

« La surveillance de l'activité des salariés », Liaisons sociales Quotidien - Le dossier pratique, n°96, 2013.

« Utilisation d'internet à des fins privées : surveillance raisonnable par l'employeur des communications », Les cahiers sociaux, n°300, 2017, p. 452

VI. Etudes, rapports et Internet

CNIL, Fiche pratique « Keylogger : des dispositifs de cybersurveillance particulièrement intrusifs », 2013

CNIL, Analyse des flux https : bonnes pratiques et questions, communiqué, 31 mars 2015

CNIL, délib. n° 2009-201, 16 avr. 2009 : JCP S 2009, act. 480

La CNIL. Disponible sur : <https://www.cnil.fr/fr/lecouste-et-lenregistrement-des-appels-sur-le-lieu-de-travail> [Consulté le 2 juin 2018]

La Cnil. Disponible sur : <https://www.cnil.fr/fr/laces-aux-locaux-et-le-control-des-horaires-sur-le-lieu-de-travail> [Consulté le 18 mai 2018]

La CNIL. Disponible sur : <https://www.cnil.fr/fr/la-geolocalisation-des-vehicules-des-salaries> [Consulté le 24 mai 2018]

Cah. Cons. const., n° 27, p. 7

LYON-CAEN G., *Les libertés publiques et l'emploi*, Rapport : Doc. fr.1992, p. 138

TABLE DE LÉGISLATION

I. Articles de Codes

A. Code du Travail

Article L. 120-2 ancien	Article L. 1222-1
Article L. 122-35 ancien	Article L. 1222-4
Article L. 122-45 ancien	Article L. 1321-3
Article L. 1121-1	Article L. 1321-3 2°
Article L. 1132-1	Article L. 2323-32 alinéa 3
Article L. 1221-8	Article L. 2323-47
Article L. 1221-9	Article R. 4228-6

B. Code civil

Article 9
Article 1104
Article 1134 ancien

C. Code de procédure civile

Article 9
Article 10

II. Législation interne

A. Lois et ordonnances

1. Lois

Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, JORF du 19 juillet 1970, p. 6751.

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF du 7 janvier 1978, p. 227.

Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise. Loi dite loi Auroux, JORF du 6 août 1982, p.2518.

Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, JORF n°1 du 1 janvier 1993, p. 19.

Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JORF du 18 janvier 2002, p.1008.

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 (modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés), JORF n°182 du 7 août 2004, p. 14063.

2. Ordonnances

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016

Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, JORF n°0223 du 23 septembre 2017.

B. Circulaire

Circulaire DRT n°83-5 du 15 mars 1983, BO Trav. 1983, n°16.

III. Textes européens

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°74-369 du 3 mai 1974.

Chartes des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée le 7 décembre 2000 par l'Union européenne.

IV. 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 80-460 du 25 juin 1980 et publié au Journal Officiel du 1^{er} février 1981 par le décret 81-76 du 29 janvier 1981

Convention internationale des droits de l'enfant, Convention des Nations-Unies du 20 novembre 1989

TABLE DE JURISPRUDENCE

I. Jurisprudence nationale

A. Conseil constitutionnel

Cons. const., 23 juill. 1999, n° 99-416 DC

Cons. const., déc. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC : JurisData n° 2009-024431

B. Cour de cassation

1. *Chambre sociale*

Cass.soc, 13 mai 1969, pourvoi n° 68-12.206, Bull. n°314

Cass.soc., 17 octobre 1973, pourvoi: 72-40360, Bull. soc n°. 484, p. 444

Cass. Soc., 19 décembre 1973, Bull. civ. V, n°677.

Cass. soc., 28 avril 1988, pourvoi n° 87-41.804 : Bull. civ. 1988, V, n° 257

Cass. soc., 13 octobre 1988, Bull., V, n° 508, p. 329

Cass. soc., 24 octobre 1989, *Bull.*, V, n° 611, p. 369

Cass. soc., 20 juin 1990, Bull., V, n° 307, p. 183

Cass. soc., 3 octobre 1990, pourvoi n° 88-44.170

Cass. soc., 12 mars 1991, Bull. civ. V, n° 120

Cass. soc., 17 avril 1991, Bull. civ. V, n° 201

Cass. soc., 19 juin 1991, pourvoi n° 86-45.504, Bull. 1991 V n° 311 p. 190.

Cass. soc. 20 novembre 1991, pourvoi n° 88-43.120, D. 1992 .J.73

Cass. soc., 20 novembre 1991, pourvoi n° 89-44.605 : JurisData n° 1991-003219 ; Bull. civ. 1991, V, n° 512

Cass. soc., 20 novembre 1991, Néocel c/Spaeter, Bull civ. V, n°519, p. 323

Cass. soc., 24 octobre 1995, pourvoi n°94-42.293

Cass. soc., 16 décembre 1997 : JurisData n° 1997-005138

Cass. soc., 11 mars 1998, pourvoi n° 96-40.147 : JurisData n° 1998-001398

Cass. soc., 2 décembre 1998, Bull., V, n° 535, p. 402

Cass. soc., 31 janvier 2001, pourvoi n°98-44.290

Cass.soc., 3 avril 2001, sarrasin et syndicat CFDT Radio-télé c/ Sté Métropole télévision M6, Bull. civ n°115 ; JurisData n°009037

Cass. soc., 3 avril 2001, pourvoi n° 98-45.818 : JurisData n° 2001-009037

Cass. soc., 15 mai 2001, pourvoi n°99-42.219 : JurisData n°2001-009575

Cass. soc., 2 octobre 2001, pourvoi n° 99-42.942 : JurisData n° 2001-011137 ; Bull. civ. 2001, V, n° 291

Cass. soc., 4 décembre 2001, pourvoi n° 99-45.806

Cass. soc., 11 décembre 2001, pourvoi n° 99-43.030 : JurisData n° 2001-012121

Cass. Soc., 11 décembre 2001, Ratajczak c/Sté Bianchi, Bull. civ. V, n°377

Cass. soc., 26 novembre 2002, pourvoi n° 00-42.401

Cass. soc., 6 avril 2004, pourvoi n°01-45.227

Cass. soc., 19 avril 2005, pourvoi n°02-46.295

Cass. soc., 23 novembre 2005, pourvoi n°03-41.401

Cass. soc., 26 avril 2006, pourvoi n° 04-43.582 : JurisData n° 2006-033215

Cass. soc., 26 avril 2006, pourvoi n°04-43.582 : JurisData n°2006-033215

Cass.soc, 7 juin 2006, pourvoi n°04-43.866, Bulletin 2006 V n° 206 p. 198

Cass.soc., 18 octobre 2006, pourvoi n° 04-48.025 : JurisData n° 2006-035418

Cass. soc., 3 mai 2007, pourvoi n°05-44.612

Cass. soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-43.209

Cass. soc., 26 septembre 2007, pourvoi n°06-11.425

Cass. soc., 10 octobre 2007, pourvoi n°05-45.898

Cass. soc., 18 mars 2008, pourvoi n°06-45.093 : JurisData n°2008-043257

Cass. soc., 9 juillet 2008, pourvoi n° 06-45.800 : JurisData n° 2008-044801

Cass. soc., 10 décembre 2008, pourvoi n° 07-41.791

Cass. soc., 11 février 2009, pourvoi n° 07-42.068 : JurisData n° 2009- 047002

Cass. soc., 11 février 2009, pourvoi n°07-42.068, Bull. civ. V, n°40

Cass. soc., 21 octobre 2009, pourvoi n° 07-43.877 : JurisData n° 2009-049999

Cass. soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-44.840 : JurisData n° 2009-050763

Cass. soc., 15 décembre 2009, pourvoi n° 07-44.264 : JurisData n° 2009-050802

Cass. soc., 19 janvier 2010, pourvoi n°08-45.092

Cass. soc., 9 février 2010, pourvoi n° 08-45.253

Cass. soc., 17 mars 2010, pourvoi n° 08-45.089

Cass. soc., 28 septembre 2010, pourvoi n° 09-41.522

Cass. soc., 2 février 2011, pourvoi n° 10-14.263 : JCP S 2011, 1313

Cass. soc., 2 février 2011, pourvoi n° 09-72.449 : JCP S 2011, 1274
Cass. soc., 2 février 2011, pourvoi n° 09-72.449
Cass. soc., 5 juillet 2011, pourvoi n° 10-17.284 : JurisData n° 2011-013754
Cass. soc., 5 juillet 2011, pourvoi n° 10-17.284 : JurisData n° 2011-009432
Cass. soc., 18 octobre 2011, pourvoi n° 10-26.782
Cass. soc., 3 novembre 2011, pourvoi n° 10-18.036 : JurisData n° 2011-023703
Cass. soc., 3 novembre 2011, pourvoi n°10-18.036
Cass. Soc 10 janvier 2012, pourvoi n°10-23.482, Bulletin 2012, V, n° 2
Cass. soc., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-13.884 : JurisData n° 2012-009432
Cass. soc., 23 mai 2012, pourvoi n° 10-23.521 : JurisData n° 2012-010790
Cass. soc., 4 juillet 2012, pourvoi n°11-14.241 : JurisData n°2012-015859
Cass.soc., 11 juillet 2012, pourvoi n°11-22.972 : RJS 2012, n°763
Cass. soc., 6 février 2013, pourvoi n° 11-23.738 Bulletin 2013, V, n° 31
Cass. soc., 12 février 2013, pourvoi n° 11-28.649 : JurisData n° 2013-002073
Cass. soc., 19 juin 2013, pourvoi n° 12-12.138 : JurisData n° 2013-012420
Cass. soc., 5 novembre 2014, pourvoi n°13-18.427
Cass. soc., 1^{er} décembre 2015, pourvoi n° n° 14-17.701
Cass. soc., 5 juillet 2017, pourvoi n° 16-12.386 : JurisData n° 2017-017693

2. Chambre commerciale

Cass. com. 25 février 2003, pourvoi n° 01-02.913 : JurisData n° 2003-018064.
Cass. com., 16 avril 2013, pourvoi n° 12-15.657 : JurisData n° 2013-007309
Cass. com., 10 février 2015, pourvoi n° 13-14.779 : JurisData n° 2015- 002342 Bulletin 2015, IV, n° 20

3. Chambre criminelle

Cass. crim., 8 janvier 1979, Bull. Crim. n° 13, p. 32
Cass. crim., 11 mai 2004, Bull. Crim., n° 117, p. 452

4. Chambre civile

Cass. civ 1^{ère}., 16 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.778 : JurisData n° 2008-045356.

Cass. civ 1^{ère}., 31 octobre 2012, pourvoi n° 11-17.476 : JurisData n° 2012-024373

5. Chambre Mixte

Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, pourvoi n° 05-40.803 : JurisData n° 2007-038898 ; JCP S 2007, 1538

6. Assemblée plénière

Cass. ass. plén., 7 janvier 2011, pourvoi n° 09-14.316 et pourvoi n° 09-14.667 : JurisData n° 2011-000038

C. Conseil d'Etat

CE, 1er février 1980, sté peinture Corona, Dr. Soc. 1980, p. 310

CE, 12 juin 1987, n° 72388 : JurisData n° 1987-606372 ; AJDA 1987, p. 462 et 492

CE, 12 juin 1987, société Gantois, n°72.388 ; Dr.soc 1987, p. 654.

CE, 8 juillet 1988, Jurispr.soc. UIMM 1989, n°512, p. 45

CE, 8 août 2002, n°10-9749

CE, 16 juillet 2014, n°355201 : JurisData n°2014016003 ; AJDA 2014, p. 1460

D. Cour d'appel

CA Limoges, 17 novembre 2008, n° 08/00011.

CA Paris, 14 mars 2013, n° 11/05744

E. Juridiction de première instance

Cons. Prud'h. Paris, 1^{er} février 2000, Olivier B c/ SA. Cetelem

II. Jurisprudence européenne

CEDH, 16 décembre 1992, req. n°13710/88, affaire Niemietz c/ Allemagne

CEDH, 29 avril 2002, req. n° 2346/02, Pretty c/ Royaume-Uni

CEDH, 12 janvier 2016, req. n° 61496/08, Barbulescu c/ Roumanie

III. Jurisprudence internationale

Cour suprême des Etats-Unis, 7 juin 1965, Griswold v. Connecticut, Vol. 381, U.S. 484 (1965).

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	4
TABLE D'ABREVIATIONS.....	5
INTRODUCTION.....	8
CHAPITRE 1 - UNE SURVEILLANCE SOUMISE AU RESPECT DE LA LOYAUTÉ DANS L'ACTIVITÉ DU SALARIÉ	16
SECTION 1 : LE RESPECT DU PRINCIPE DE LOYAUTÉ DANS LES RELATIONS DE TRAVAIL.....	17
§1 : Le critère d'information : un principe de transparence	17
A. L'information des salariés	18
B. L'information des institutions représentatives du personnel.....	18
1. Le comité d'entreprise ou comité social et économique	19
2. Le CHSCT	19
C. La déclaration à la CNIL.....	19
§2 : Le critère de finalité et de proportionnalité.....	20
A. Un intérêt légitime	20
B. Le principe de proportionnalité.....	21
SECTION 2 : LE RESPECT DU PRINCIPE DE LOYAUTÉ DANS L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE.....	22
Sous section 1 : Une loyauté affirmée dans l'administration de la preuve	22
§1 : La preuve obtenue par un dispositif de surveillance interne à l'entreprise.....	22
A. La surveillance issue des éléments matériels	23
1. Les conditions de la fouille.....	23
a. Le cas de l'ouverture des sacs.....	23
b. Le cas de l'ouverture des armoires individuelles ou casier	24
c. La fouille corporelle	25
2. Les conditions de recours à l'alcootest.....	26
B. La preuve issue d'une surveillance physique	27
1. La surveillance effectuée par le supérieur hiérarchique.....	27
2. La surveillance effectuée par les membres de l'entreprise	27
3. La surveillance effectuée par un tiers à l'entreprise.....	29
§2 : La preuve obtenue en présence d'un dispositif technique spécifique.....	30
A. La surveillance interne à l'entreprise.....	31
1. La vidéosurveillance.....	31
2. Les badges.....	32
B. La surveillance externe à l'entreprise	33
Sous section 2: Une loyauté discutée dans l'administration de la preuve	35
§1 : L'impact de la loyauté sur les parties	36
A. Une loyauté du salarié accessoire à celle de l'employeur.....	36
B. Les droits du salarié détournés de ses finalités.....	39
§2 : Une loyauté en quête d'équilibre entre les parties	41
CHAPITRE 2 - UNE SURVEILLANCE DU SALARIÉ SOUMISE AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE	45
SECTION 1 : L'AFFIRMATION DU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE RECONNUE DANS LA VIE PROFESSIONNELLE.....	46
§1 : La reconnaissance du droit au respect de la vie privée.....	47
A. Le droit au secret de la vie privée	47
B. Le droit à la liberté de la vie privée	50
§2 : L'atteinte à la vie privée par les NTIC.....	52
A. La surveillance issue de l'outil professionnel.....	53
1. L'outil informatique.....	53
a. La messagerie du salarié.....	53
b. Les fichiers.....	57

c. La clé USB	59
2. L'utilisation du téléphone	62
C. La surveillance issue d'internet	66
1. Au sein de l'entreprise	67
2. En dehors de l'entreprise.....	69
SECTION 2 : L'OBSTACLE AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE SOUMIS AUX	
INTÉRÊTS DE L'ENTREPRISE.....	71
§1 : Le respect de la vie privée et l'immunité disciplinaire	73
§2 : Le respect de la vie privée écarté par le trouble objectif.....	74
CONCLUSION	78
BIBLIOGRAPHIE.....	79
I. Dictionnaires et encyclopédies.....	79
II. Ouvrages généraux, traités, manuels.....	79
III. Ouvrages spéciaux, monographies, thèses, mémoires.....	79
IV. Etudes, doctrine et articles	80
V. Notes, observations et commentaires de jurisprudences.....	83
VI. Etudes, rapports et Internet.....	84
TABLE DE LÉGISLATION	85
TABLE DE JURISPRUDENCE	88

LA SURVEILLANCE DU SALARIÉ

Auteur : Gabriella MAHIEU

Date : 2018

Résumé : La surveillance est une pratique qui entoure la société dans laquelle nous vivons, dénoncé en 2013 par les révélations d'Edward Snowden. Cette surveillance présente dans notre vie privée, l'est également dans notre vie professionnelle, légitimé par le rapport de subordination que confère le contrat de travail. Au surplus, le développement des NTIC ne cesse d'augmenter les dispositifs de surveillance, pouvant porter atteinte aux droits fondamentaux des salariés, pourtant reconnus en entreprise. C'est pourquoi, le principe de la loyauté et le respect de la vie privée sont venus protéger le salarié et encadrer la surveillance effectuée par l'employeur.

Mot clés français : SURVEILLANCE – DROIT DU TRAVAIL – SALARIÉS – POUVOIRS DE L'EMPLOYEUR – NTIC – LOYAUTÉ – VIE PRIVÉE.

EMPLOYEE'S SURVEILLANCE

Abstract : Surveillance has come to be a practice that surrounds the society we live in. This practice was denounced in 2014 by Edward Snowden. Surveillance takes part in our private life but also in our professional environment. This phenomena is legitimised by the subordination relationship conferred by the employment contract. Furthermore, the development of NICTs increases surveillance mechanisms and as a consequence impacts the fundamental rights of employees. For these reasons, the principle of loyalty and the right to privacy have come to protect the employee but also to control the surveillance of the employer.

Keywords : SURVEILLANCE – LABOUR LAW – EMPLOYEE – EMPLOYER'S ABILITY – NICT – LOYALTY – PRIVACY.