

**Faculté des Sciences Juridiques,
Politiques et Sociales**



Mémoire de Master 2 Droit du Travail

LA LEGITIMITE DE LA SURVEILLANCE DES SALARIES

Mémoire réalisé par Florine ANQUEZ

Encadré par Monsieur François DUMONT

Année 2018-2019

Sommaire

Sommaire	3
Table des abréviations	5
Introduction	7
TITRE 1 : Une légitimité de la surveillance des salariés sous l'égide d'une conciliation entre les intérêts de l'employeur et la vie privée des salariés.....	18
CHAPITRE 1 : Un pouvoir de surveillance rendu légitime par le statut de l'employeur	19
CHAPITRE 2 : Un pouvoir de surveillance rendu légitime par le respect de la vie privée des salariés	36
Conclusion intermédiaire	53
TITRE 2 : Une légitimité de la surveillance des salariés réglementée par l'importance de la loyauté des relations de travail	54
CHAPITRE 1 : Un pouvoir de surveillance rendu légitime par la loyauté du dispositif mis en place	55
CHAPITRE 2 : Un pouvoir de surveillance rendu légitime par la nécessité de sanctionner les salariés fautifs.....	70
Conclusion générale	84
Bibliographie.....	86
Table des matières	97

Je tiens tout d'abord à exprimer ma gratitude à Monsieur François DUMONT, professeur à l'Université de Lille 2, pour avoir accepté de m'encadrer dans la réalisation de ce mémoire ainsi que pour sa disponibilité.

Je voudrais aussi remercier les différents professeurs et intervenants, qui, au travers de leurs cours, ont su guider mes réflexions.

Je tiens également à remercier ma grand-mère et ma belle-mère pour avoir pris le temps de me relire et de me corriger.

Enfin, je tiens vivement à remercier mes parents et mes collègues de travail pour leur soutien inconditionnel et leurs encouragements.

Table des abréviations

Analyse d'impact relative à la protection des données :	AIPD
Archive :	Arch.
Article :	art.
Assemblée plénière :	Ass.plé.
Bulletin de la chambre civile de la Cour de cassation :	Bull. civ.
Bulletin de la chambre criminelle de la Cour de cassation :	Bull. crim.
Bulletin Joly Travail :	BJT
Chambre civile de la Cour de cassation :	Cass.civ.
Chambre criminelle de la Cour de cassation :	Cass.crim.
Chambre mixte :	Ch.Mixte
Chambre sociale de la Cour de cassation :	Cass.,soc.
Circulaire :	Circ.
Code civil :	C.civ.
Code de procédure civile :	CPC
Code de procédure pénale :	CPP
Code du travail :	C.trav.
Code pénal :	C.pén.
Collection :	coll.
Comité d'entreprise :	CE
Comité Social et Économique	CSE
Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés :	CNIL
Conclusion :	concl.
Conseil Constitutionnel :	Cons.Const.
Cour d'Appel :	CA
Cour Européenne des droits de l'Homme :	CEDH
Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen	DDHC
Délibération :	délib.
Droit ouvrier :	Dr. ouv.

Droit social :	Dr. soc.
Edition :	Ed.
Fascicule :	Fasc.
Gazette du Palais :	Gaz. Pal.
Global Positioning System :	GPS
Institut National de Recherche et de Sécurité :	INRS
Institutions représentatives du personnel :	IRP
Journal officiel de la République française :	JORF
Juris-Classeur périodique :	JCP
Librairie générale de droit et de jurisprudence :	LGDJ
Numéro :	n°
Observation :	obs.
Organisation Internationale du Travail :	OIT
Page :	p.
Presses universitaires de France :	PUF
Recueil :	Rec.
Règlement général sur la protection des données :	RGPD
Revue :	Rev.
Revue de jurisprudence sociale :	RJS
Suivant :	suiv.
Technologie de l'information et de la communication :	TIC
Volume :	Vol.
Voyageur, représentant et placier :	VRP

Introduction

En 2015, la chute de productivité des entreprises en raison de l'usage personnel d'internet au bureau est de 17,6%¹. Les nouvelles technologies de l'information et de la communication tendent à rendre les salariés moins à même d'exécuter correctement leur prestation de travail. Ils ont tendance à être distrait, ce qui peut avoir un impact considérable pour l'employeur. C'est pourquoi il semble opportun de mettre en place une surveillance et un contrôle de ces derniers.

Le but de la surveillance est de contrôler l'application d'une norme préexistante, qui peut être juridique, réglementaire ou technique. La surveillance est liée à l'idée de discipline, elle impose une conduite et une obligation de faire ou de ne pas faire. La surveillance, en plus de protéger les individus, permet de contrôler le comportement et les actions de ceux-ci². Elle a ainsi un rôle répressif et dissuasif, elle a pour but de repérer, de corriger les fautes et de les punir.

Pour qu'une surveillance soit efficace, il est souhaitable que les individus se sachent surveillés³. Dès lors que ces derniers se sentent observés et qu'ils en ont connaissance, ils ont tendance à se comporter raisonnablement et correctement. Le panoptique en est une bonne illustration. Modèle de prison créée par Jérémy Bentham à la fin du XVIIIème siècle, le but est de favoriser la surveillance en milieu carcéral. L'objectif du panoptique est de permettre aux surveillants d'observer tous les prisonniers et de voir tout ce qu'il se passe au sein des cellules, qui se trouvent autour d'une tour centrale. Les gardiens peuvent tout voir sans être vus⁴. De la même manière, chacun est vu par tous puisque les cellules sont face à face, chacun est sous la surveillance d'autrui, les prisonniers deviennent leurs propres surveillants. Ainsi, ils ont le sentiment d'être surveillés constamment et à tout moment. Ce qui provoque la peur de sortir des normes et des disciplines établies aux risques d'être dénoncés et sanctionnés. La surveillance, dans ce cas, n'a pas besoin d'être effective pour être efficace, les prisonniers se contrôlent et s'autocensurent. C'est d'ailleurs ce que Michel Foucault⁵ affirme en précisant que

¹ Etude OLFE0, *La réalité de l'utilisation du web en entreprise*, 2016.

² Dictionnaire de la langue française, Edition de la connaissance, p.441.

³ HUYGHE F-B., *La société de surveillance*, 24 oct. 2008.

⁴ LAVAL C., « Surveiller et prévenir : La nouvelle société panoptique », Rev. du MAUSS 2012/2, n° 40, p. 47-72.

⁵ FOUCAULT M., *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, coll. Tell, 1975, p.235-236.

« l'effet du panoptique est d'induire chez le détenu un état conscient et permanent de visibilité qui assure le fonctionnement automatique du pouvoir (...). La surveillance est permanente dans ses effets, même si [elle] est discontinuée dans son action ». Ce type de surveillance est ainsi très efficace dans son fonctionnement.

Ce modèle de surveillance s'est étendu à d'autres institutions, autres que les prisons. Pour Michel Foucault, le panoptique met en place une société disciplinaire où les individus sont soumis à la norme de chaque institution. Il parle de milieux fermés comme l'école, les hôpitaux, les casernes ou encore les usines. Le but est d'uniformiser et d'organiser le comportement de ceux-ci, sous peine de sanctions. A la fin de la seconde guerre mondiale, ce modèle de surveillance est remanié en gardant le même objectif : rendre la surveillance efficace. Cette fois-ci, il n'est plus question de parler de société disciplinaire, Gilles Deleuze parle de société de contrôle⁶ et considère que « nous entrons dans des sociétés de contrôle qui ne sont plus exactement disciplinaires [...], qui fonctionnent non plus par enfermement mais par contrôle continu et communication instantanée »⁷. Ainsi cette surveillance est omniprésente dans tous les domaines de la vie humaine, dans la santé, dans le travail ou encore au sein de l'éducation. Le passage de la carte de fidélité à la caisse d'un supermarché, la captation d'images par des caméras de vidéosurveillance qui supplantent les rues ou encore la surveillance des communications téléphoniques sont autant de moyens qui entraînent de la suspicion⁸. C'est par manque de confiance que le quotidien des individus est envahi par la surveillance. Vingt-quatre heures sur vingt-quatre et sept jours sur sept, la population est surveillée.

Si une telle surveillance existe au sein même de la société, il est évident qu'elle existe au sein des entreprises. Appliquée aux relations de travail, cela signifie que l'employeur dispose parmi ses pouvoirs d'un pouvoir de surveillance. Ce dernier existe à la fois lors de l'embauche du salarié, pendant l'exécution de la prestation de travail mais aussi après la rupture du contrat de travail. Pour autant, il ne sera pas question d'étudier la surveillance des salariés à l'embauche, ni celle existant à l'issue du contrat de travail. Le but du mémoire est d'étudier la surveillance des salariés pendant l'exécution de l'activité professionnelle. A ce titre, l'employeur peut contrôler et surveiller la bonne exécution de l'activité de ses salariés afin de garantir les intérêts légitimes de l'entreprise.

⁶ HUYGHE F-B, La société de surveillance, op.cit.

⁷ DELEUZE G., *Pourparlers*, Minuit, 1990, p.236.

⁸ BALL K., MURAKAMI WOOD D., *Rapport de synthèse sur la société de surveillance*, sept. 2006, p.2-5.

La surveillance des salariés au sein des entreprises n'est pas une nouveauté⁹. Déjà en 1789, il existe une forme de surveillance des patrons et de la police sur les ouvriers par le biais des lettres patentes. Supprimées en 1791 au nom du libéralisme économique, restituées par la loi du 22 Germinal an XI¹⁰, les lettres patentes deviennent « le livret ouvrier ». Ce livret, porteur de l'activité économique du pays, est un véritable outil de contrôle des déplacements des ouvriers entre leurs différents emplois. Qualifié de « technologie d'assujettissement des individus », les ouvriers sont obligés de détenir ce livret et de le remettre, dès leur embauche, à leur patron. Ce document permet pour les patrons d'avoir la mainmise sur les ouvriers dont ils veulent mater la turbulence. Ces livrets pouvant comporter l'appréciation des employeurs sur la bonne exécution ou non de la prestation de travail des salariés, il est ainsi pour ces derniers un signe d'abaissement et de servitude¹¹. Déjà à cette époque, il est inconcevable que les relations de travail soient hors de contrôle. L'employeur, en tant que personne physique ou morale, dispose d'une certaine autorité sur ses subordonnés. Le salarié étant une personne percevant un salaire dans le cadre d'un contrat de travail le liant à son employeur, il est logique qu'un contrôle existe. Le contrat de travail entraînant l'obligation pour le salarié de travailler pour le compte et sous la direction de l'employeur, la surveillance paraît encore plus légitime. Sans autorité, toute activité, tout comportement et toutes relations seraient invivables. Sans règle pour gouverner la conduite de la société et des travailleurs, la loi de la jungle s'appliquerait¹². C'est pourquoi l'employeur a le pouvoir d'imposer des directives et des obligations à ses salariés, d'en contrôler leur exécution et d'en sanctionner les manquements.

Une évolution majeure apparaît à la fin du XIX^{ème} siècle avec la surveillance et le contrôle des salariés par les contremaîtres. Ces derniers ont pour rôle de superviser, de coordonner l'exécution du travail et de contrôler la production des ouvriers dans les ateliers et les usines. Chaque travailleur doit accomplir sa juste part de travail, collaborer avec l'équipe et contribuer à faire régner l'ordre et la propreté. Au départ, les contremaîtres sont considérés comme des figures paternalistes avec beaucoup de bonté et de bienveillance à l'égard des subordonnés. Il est très rare de rencontrer des contremaîtres pour qui la discipline est synonyme de vacarme et de violence¹³. Pourtant, très vite, avec la suppression des corporations, ceux-ci

⁹ LE CROM J-P., *Le livret ouvrier, entre assujettissement et reconnaissance de soi*, HAL, 6 déc. 2007.

¹⁰ A savoir le 12 avril 1803.

¹¹ PLANTIER P., *Le livret des ouvriers*, Paris, Thèse de droit, 1900, p.68.

¹² La banque royale du Canada, « *Les relations humaines d'un contremaître* », bull. mensuel, vol. 42, n°4, Montréal, mai 1961.

¹³ Ibidem.

deviennent aux yeux des ouvriers des « *despotes* »¹⁴. Le pouvoir du surveillant est absolu et tyrannique avec de rares limites résultant de la loi ou de la jurisprudence en cas d'abus de droit dans des circonstances exceptionnelles¹⁵. Le contremaître est vu comme un personnage cruel, à un tel point que, Michelet considère que « *l'ouvrier hait le contremaître dont il subit la tyrannie immédiate : celle du maître, plus éloignée, lui est moins odieuse* »¹⁶. Les travailleurs sont totalement aliénés.

Le taylorisme amplifie cette subordination : le but est d'insérer l'ouvrier dans un réseau de contraintes qui ne lui laisse comme seul choix la soumission ou la démission. Taylor multiplie le nombre de surveillants en créant huit contremaîtres spécialisés : quatre destinés à l'encadrement direct des ouvriers et quatre assurant la liaison entre le département d'organisation et les ouvriers. De la même manière, la logique de rémunération au rendement entraîne un contrôle externe de la qualité de la production. A cette époque, le but est bel et bien de surveiller et de contrôler rigoureusement l'activité des salariés afin de mettre en exergue une production accrue.

Aucun droit et aucune liberté fondamentale n'est encore reconnus aux salariés dans le cadre de leur contrat de travail. Les travailleurs sont privés de toute protection et sont soumis à une exploitation inhumaine. L'employeur peut exercer l'autorité et la surveillance qu'il souhaite sur ceux-ci. La légitimité du pouvoir de l'employeur, à cette époque, selon Karl Marx¹⁷, découle de la croyance en la légalité et au droit de donner des directives pour ceux qui sont appelés à l'exercer. La tradition confère au détenteur sa légitimité. L'employeur dispose de son pouvoir grâce à ses fonctions. Parce qu'il est le patron de l'entreprise, il possède du pouvoir. De la même manière, cette légitimité découle de la coutume, de la mentalité et de la croyance des individus. Ceux-ci doivent obéir sans contester. Enfin, la légitimité repose sur la soumission à la valeur exemplaire d'une personne. Le peuple, généralement illettré, reconnaît à cette période son incompetence et accepte d'être dirigé par les employeurs. Considérés comme des personnes distinctes des individus de la société avec des qualités supérieures, les employeurs possèdent la légitimité du pouvoir grâce à leur personnalité. Pour les travailleurs, ces derniers sont des personnes charismatiques ayant le pouvoir de diriger, de se faire respecter et de se faire obéir.

¹⁴ MARX K., *Le Capital*, p.372-374.

¹⁵ ROZES L., « *Entreprise* », avril 1991, actualisation mars 2012.

¹⁶ MICHELET J., *Le Peuple*, Paris, Hachette et Paulin, 1846, p.120.

¹⁷ WEBER M., *Le savant et le politique*, Paris, Ed. 10/18, 2002.

Le portrait du visage du patron surplombant généralement les murs de l'entreprise rappelle à l'époque la supériorité de l'employeur sur les salariés¹⁸.

Depuis les années 1970, l'organisation du travail change, le contremaître tend à disparaître. Inspiré des bureaux paysagers des frères Eberhard et Wolfgang Schnelle, le bureau traditionnel en entreprise laisse sa place aux open-spaces afin de permettre une meilleure communication entre les salariés et de favoriser le travail en équipe. Les bureaux de travail ne sont plus cloisonnés, l'espace de travail est ouvert. Inspiré du panoptique dans les prisons, les open-spaces ont aussi un rôle dans la surveillance des salariés. Chacun est surveillé par tout le monde, de ce fait, l'open-space permet d'orienter les pratiques et le comportement des individus¹⁹. La surveillance est passive, la norme est intériorisée et le système s'autocontrôle. Ce mode d'organisation du travail entraîne ainsi une double surveillance des salariés : une surveillance par les salariés eux-mêmes et une surveillance par les managers qui se fait de manière continue. À la différence des prisons tout de même, la mise en place d'un tel dispositif n'entraîne pas un sentiment de subordination et de domination. Les surveillés peuvent voir les surveillants. Pour autant, la hiérarchie de l'entreprise tend tout de même à faire de l'open-space une mécanique de contrôle social omniprésent. Selon Danièle Linhart, sociologue, entre le taylorisme et le management contemporain, « *il y a tout de même beaucoup de continuité dans l'objectif d'une domination et d'un contrôle par les dirigeants* »²⁰. La surveillance des salariés continue d'être un élément majeur du pouvoir de l'employeur.

Depuis les années 1990, de nombreuses méthodes de surveillance et de contrôle des salariés apparaissent et se développent au détriment, là encore du contremaître. La surveillance physique devenant difficile, d'autres moyens de contrôle sont mis en place : l'on passe d'abord d'une surveillance physique à une surveillance électronique. Les relations de travail entre l'employeur et les salariés changent. Après avoir relayé l'être humain par l'automatisation de la production, les techniques de surveillance et de contrôle des salariés tendent à se substituer au contrôle humain de ceux-ci dans l'exécution de leur prestation de travail. Les moyens de surveillance évoluent²¹, des badges, des caméras de vidéosurveillance ou encore des auto-communicateurs sont mis en place afin de vérifier la présence des salariés sur les lieux de travail. Qualifiés de « contremaîtres électroniques », ces moyens de surveillance permettent

¹⁸ DECHOZ J., « *Les rapports de travail : du lien de subordination au lien d'assujettissement* », Le Droit Ouvrier, n°78612, janv. 2014.

¹⁹ Les Cahiers Lamy du CE, N° 77, 1er déc. 2008.

²⁰ LINHART D., « *Le management du taylorisme à la « sur-humanisation* » », Rev. Filmer le travail, 9 fév. 2016.

²¹ BOUCHET H., *A l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié*, Dr. Soc. 2002, p.78.

également de mesurer la productivité et la qualité du travail réalisé. Ces nouveaux modes de surveillance et de contrôle sont plus efficaces pour l'employeur car ils ne laissent rien passer, ils peuvent surveiller tout le monde en même temps, à la différence du surveillant physique.

Par la suite, des moyens de surveillance encore plus efficaces sont mis en place parallèlement à l'évolution des mœurs, à l'organisation du travail et à l'émergence du numérique dans la société. L'autonomie et l'indépendance des salariés dans l'exécution de leur travail n'étant pas incompatible avec le salariat²², le salarié est libre d'exécuter son travail dans l'entreprise, voire en dehors de celle-ci. Le travail sortant des frontières dans lesquelles il est coutume de le localiser à l'instar du contrôle humain pendant un temps déterminé et sur un lieu déterminé, il est logique que l'employeur puisse tout de même contrôler et surveiller l'exécution de l'activité professionnelle. Le télétravail permet d'illustrer cette évolution. Celui-ci désigne une organisation du travail qui donne la possibilité pour un salarié d'exécuter sa prestation de travail en dehors des locaux de l'entreprise par le biais des technologies de l'information et de la communication. Généralement, le télétravailleur exerce essentiellement son travail via un réseau informatique avec un ordinateur qui lui est confié et prêté par l'entreprise. L'employeur, malgré l'impossibilité de surveiller physiquement le salarié se trouvant à son domicile, peut tout de même exercer une surveillance grâce aux traces laissées par le réseau internet. La surveillance ne cesse d'évoluer, en plus d'être électronique, elle devient virtuelle.

Désormais, vidéosurveillances, identifications biométriques, écoutes téléphoniques, traçages informatiques ou encore géolocalisation sont autant de moyens de contrôle que l'employeur peut utiliser pour surveiller efficacement ses salariés.

Avec l'apparition des nouvelles technologies de l'information et de la communication, la légitimité du pouvoir change de fondement, elle ne s'appuie plus sur les traditions, la croyance et l'obéissance. La légitimité doit désormais être avérée. En effet, Philippe Bernoux précise qu'« *il n'y a pas de pouvoir sans légitimité* »²³. Attribut du pouvoir de l'employeur, il est donc important de justifier l'existence de la surveillance. Cette dernière n'étant plus que physique, il est nécessaire qu'elle soit conforme à la loi et qu'elle soit fondée en droit. De la même manière, elle doit être conforme à la morale, à l'équité, à la justice et à la raison²⁴. La légitimité n'est pas une notion nouvelle. La légitimité humaine découle de la légitimité

²² BOSSU B., « *L'impact du numérique sur les frontières du salariat* », Bulletin Joly Travail, n°2, p.134, 01 oct. 2018.

²³ BERNOUX P., *La sociologie des entreprises*, Paris, coll. Le Seuil, 1995.

²⁴ Dictionnaire Larousse.

animale²⁵. Les humains ont besoin de savoir que le pouvoir est légitime pour s'y conformer. Dominique Darbon définit la légitimité comme « *l'acceptation du caractère moralement juste et nécessaire des institutions constitutives du pouvoir* »²⁶. Un exemple peut être donné en matière de légitimité politique. Le responsable politique n'est légitime à exercer son pouvoir que parce qu'il a obtenu, via des élections, le consentement du peuple. A défaut d'élections ou encore s'il les perd, l'individu ne sera pas légitime à exercer un quelconque pouvoir. La légitimité est avant tout la reconnaissance, par celui sur qui s'exerce le pouvoir, du bien-fondé de celui-ci. Ce raisonnement est le même que pour les loups. En effet, le chef de la meute acquiert son pouvoir grâce au succès du combat qu'il mène contre un rival. A défaut de gagner, les autres loups ne se conformeraient pas aux règles édictées par le loup dominant. C'est la victoire qui confère au vainqueur une légitimité pour sa domination sur les autres loups. Ce pouvoir ne s'exerce que sur le territoire auquel appartiennent les loups de la meute, à contrario, il ne sera pas valable sur un autre territoire. C'est dans cette perspective que se trouvent les salariés aujourd'hui. La légitimité ne s'impose pas, elle se reconnaît. L'employeur est légitime à exercer son pouvoir parce qu'il se trouve dans son entreprise. Passées les portes de celle-ci, il perd sa légitimité. Il serait inconcevable que l'employeur puisse exercer son pouvoir dans des entreprises qui ne lui appartiennent pas.

« *Le salarié [n'étant] plus sous les ordres de quelqu'un. [Étant] surveillé par la machine, à la limite par lui-même, par tous et par personne* »²⁷, il est logique que l'évolution des TIC ait entraîné la prise en compte des droits et des libertés fondamentales dans le travail. Le « *travail [n'étant] pas une marchandise* »²⁸, il est important de prendre en considération les attributs tenant à la personne du salarié. Pour l'OIT, le travail doit impliquer liberté, sécurité, dignité et équité. Cette prise en compte entraîne l'effacement de la liberté contractuelle au profit des droits et libertés de la communauté des salariés²⁹. « *Citoyens dans la cité, les travailleurs doivent l'être aussi dans leur entreprise* »³⁰. En France, reconnus par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, les droits et libertés fondamentales des citoyens se retrouvent également protégés au sein de la Constitution de 1958. Ils sont aussi garantis par la

²⁵ BERNAJUZAN J-P., *La légitimité*, blog du 5 mai 2019.

²⁶ DARBON D., « *Gouvernance et fabrique de l'ordre politique : la réinvention de la légitimité et le retour des classes moyennes* », *Légitimité et enracinement des pouvoirs*, Chroniques de la gouvernance 2009/2010, 2010, p.81-86.

²⁷ LYON-CAEN G., *Rapport pour le ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle*, Les libertés publiques et l'emploi, Paris, coll. Rapports officiels, 1991.

²⁸ Décl. Philadelphie, art. 1, OIT, 1944.

²⁹ MAZEAUD A., *Contrat de travail : exécution*, jan.1993, actualisation mai 2018.

³⁰ AUROUX J., *Les droits des travailleurs*, Rapport au Président de la République, LDF Paris 1981, p.91.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et par la charte de l'environnement. En passant par les droits individuels tels que la dignité de la personne, la liberté d'opinion et d'expression, le respect de la vie privée ou encore la liberté de culte mais aussi par les droits collectifs comme le droit de grève, la liberté de manifester ou encore la liberté d'association, les citoyens se voient incontestablement protégés. Cette protection n'est effective qu'en dehors du temps de travail, à l'intérieur de l'entreprise, le salarié est totalement aliéné au chef d'entreprise. L'entreprise et les employeurs, depuis plusieurs décennies, ne prennent pas en compte les droits de l'Homme dans l'exécution du travail. Esclavages, tortures, abus sexuels, censure de la liberté d'expression ou encore travail des enfants sont autant d'exemples qui montrent l'inexistence des droits et libertés fondamentales dans le travail.

De nombreuses lois sociales apparaissent au fil du temps en faveur des salariés. Il faut attendre une loi du 4 août 1982³¹ relative au règlement intérieur pour que la notion de droits et libertés fondamentales soit prise en considération au sein des relations de travail. De façon symbolique, cette loi a voulu mettre un terme à l'opposition entre le citoyen et le travailleur en affirmant que le salarié jouit, même dans l'entreprise, de ses droits de citoyen et d'homme libre. Il est ainsi précisé que le règlement intérieur ne peut comporter de dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché³². La notion ne s'applique qu'au règlement intérieur. La nécessité de respecter les droits et libertés fondamentales n'a vocation à s'appliquer à l'ensemble des relations de travail qu'avec la loi du 31 décembre 1992³³, instituant l'ancien article L120-2 du Code du travail, devenu L1121-1. Par conséquent, la légitimité de la surveillance des salariés par l'employeur se voit restreinte ; l'employeur doit désormais prendre en compte les droits inhérents au salarié en plus des droits collectifs qui leur sont reconnus de longue date. Il n'est plus question de faire appel au spectre du « Big Brother ». Il n'est plus possible pour l'employeur de surveiller tout ce que font les salariés, que ce soit dans leur vie privée ou au sein de l'entreprise. A ce titre, la reconnaissance des droits de la personne s'est vue effective avec une décision du Conseil d'État en date du 1^{er} février 1980³⁴. Les juges ont déclaré nulle une disposition d'un règlement intérieur prévoyant un alcootest « *eu égard à l'atteinte qu'elle porte aux droits de la personne* ». La prise en compte

³¹ Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, art. 1, JORF 6 août 1982.

³² C.trav., art. L1321-3, ancien L122-35.

³³ Loi n°92-1446 du 31 décembre 1992, relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, art. 25, JORF, 1 janv. 1993.

³⁴ CE, section, 1^{er} février 1980, Peintures CORONA, n°06361, recueil Lebon.

des droits et libertés fondamentales des travailleurs semble permettre de protéger les salariés de l'impact des nouvelles technologies de surveillance³⁵. La volonté de l'époque est de faire des travailleurs salariés des citoyens dans l'entreprise.

Aujourd'hui « *tout ce qui est techniquement possible n'est pas forcément souhaitable* »³⁶. En effet, l'employeur peut surveiller ses salariés mais désormais les droits et libertés fondamentales des salariés doivent également être pris en compte au sein de l'entreprise. Le principe hiérarchique n'est pas remis en cause, seulement, les pouvoirs inhérents aux fonctions du chef d'entreprise ne sont plus absolus. Ils sont limités par leur finalité, à savoir l'intérêt de l'entreprise. L'employeur doit regarder si le comportement ou l'acte d'un salarié a un impact sur son travail. Le pouvoir étant la faculté d'agir sur les personnes ou sur les choses, signe de domination, de puissance, d'autorité et d'emprise sur les individus, il est logique que ce pouvoir ne soit pas absolu au sein des relations de travail liant l'employeur à ses salariés. L'employeur peut simplement restreindre l'exercice des droits et libertés des salariés.

Pour autant, même si des droits et des libertés fondamentales sont reconnus par le droit du travail aux salariés au sein même de la relation de travail, encore faut-il qu'ils soient en adéquation avec le capitalisme³⁷. Certains auteurs rejettent la vision simpliste du droit du travail protecteur des salariés au profit du pouvoir du chef d'entreprise. A l'inverse, d'autres auteurs de la doctrine travailliste sont divisés, certains estiment que l'objectif premier est la protection et la promotion des droits des travailleurs alors que pour d'autres, l'objectif est l'efficacité économique. L'économie étant tournée vers la performance, la recherche de croissance, le profit et la hausse de productivité, il n'est pas possible pour l'employeur d'être déchu de tout droit sur ses salariés, l'entreprise doit aussi être prise en considération. Les technologies de l'information et de la communication opèrent un changement brutal dans la relation salarié/employeur. Tout est désormais informatisé, qu'il s'agisse des informations concernant l'entreprise, des secrets de fabrication ou encore de documents confidentiels. Ainsi, la surveillance des salariés ne porte plus simplement sur la simple exécution de la prestation de travail mais également sur le comportement des salariés à l'égard de l'entreprise. L'employeur étant garant de l'intérêt de l'entreprise, il doit éviter les vols, restreindre l'accès à l'entreprise ou encore s'assurer que les salariés ne transmettent pas des informations précieuses à des tiers de l'entreprise. C'est pourquoi la faculté de restreindre les droits et les libertés des salariés lui est reconnue.

³⁵ DOCKES E., *Droit du travail*, Relations individuelles, Hypercours, 5 avril 2007.

³⁶ JONAS H., *Une éthique pour la civilisation technologique*, Ed. du Cerf, 1990.

³⁷ BONNECHERE M., *Le droit du travail*, Ed. La découverte, Paris, 2008.

Une conciliation doit donc être recherchée entre les droits et libertés fondamentales des salariés et les intérêts de l'entreprise. Cette solution est d'autant plus vraie qu'il semblerait que l'entreprise possède également des droits fondamentaux³⁸. Liberté d'entreprendre, droit de propriété, liberté et responsabilité du chef d'entreprise sont les raisons pour lesquelles les intérêts de l'entreprise doivent être confrontés à ceux des salariés. Le salarié, dans l'entreprise, ne renonçant pas à ses droits fondamentaux, ceux-ci doivent être aménagés en fonction des exigences de l'entreprise. La conciliation s'opère autour de concessions réciproques et non autour d'un critère de rationalité³⁹. Salariés et entreprise disposant tout deux de droits fondamentaux, il n'est plus question de confronter le pouvoir de l'employeur avec les droits et libertés fondamentales des salariés mais de confronter deux droits considérés comme identiques.

La mise en place d'un dispositif de surveillance des salariés étant un droit pour l'employeur, elle entrave également les droits et libertés fondamentales des salariés. La fondamentalité ne faisant pas obstacle à la conciliation⁴⁰, c'est pourquoi la légitimité de la surveillance des salariés joue un rôle majeur en termes de relations de travail. Le dispositif de surveillance des salariés doit impérativement être légitime pour être valable.

Face à la nécessité de mettre en place un dispositif de surveillance des salariés conciliant les intérêts de l'employeur et la protection des salariés, il est question de se demander : comment est-il possible pour l'employeur de mettre en place un dispositif légitime de surveillance des salariés tout en conciliant les intérêts de son entreprise et les droits et libertés des salariés ?

Le développement des technologies entraîne une migration du contrôle vers une surveillance accrue et permanente des salariés. Les rapports entre les salariés et l'employeur changent. S'il est du droit et du devoir pour l'employeur de surveiller ses salariés, la liberté de chacun doit être respectée : une conciliation doit être réalisée entre les intérêts de l'entreprise et les droits et libertés des salariés. Pour autant, une tendance est de faire primer les droits et libertés des salariés sur les droits de l'entreprise⁴¹ et le pouvoir de l'employeur. De nombreux paramètres sont à prendre en compte. Pour que la surveillance des salariés soit légitime, l'employeur doit respecter un certain nombre de conditions le conduisant à prendre en

³⁸ PELLEGRIN M., TRESKA J., *Droits fondamentaux et Droit du travail*, 26 mars 2010.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibidem.

considération la personne du salarié. Comprendre les règles régissant la surveillance des salariés n'est pas chose aisée. L'employeur est certes légitime à exercer une surveillance sur ses salariés mais pour autant, les impératifs liés à la personne du salarié priment sur son pouvoir. C'est pourquoi il est impératif de concilier les intérêts de l'employeur et plus généralement ceux de l'entreprise avec ceux des salariés, objet du contrat de travail. A ce titre, la vie privée des salariés est l'une des composantes qui pose le plus de souci en matière de relation de travail. Il est ainsi essentiel que ce droit soit mis en conformité avec les intérêts de l'employeur (TITRE I). Sans cette conciliation, le dispositif de surveillance ne sera pas valable. Une fois celui-ci mis en place et la conciliation entre les deux parties respectées, l'employeur a d'autres obligations à respecter. Encore pour des raisons de protection des droits et des libertés des salariés, la surveillance des salariés ne peut pas se faire au bon vouloir de l'employeur et à l'insu des salariés. C'est pourquoi ce dernier a aussi l'obligation de mettre en place un dispositif répondant à l'impératif de loyauté (TITRE II).

TITRE 1 : Une légitimité de la surveillance des salariés sous l'égide d'une conciliation entre les intérêts de l'employeur et la vie privée des salariés

La recherche d'une conciliation entre les intérêts de l'employeur, et plus généralement les intérêts de l'entreprise et les droits et libertés fondamentales des salariés est essentielle. L'employeur ressent le besoin mais a aussi le droit et l'obligation, dans certains cas, de surveiller ses salariés dans le cadre de l'exécution du contrat de travail. Ce pouvoir s'inscrit dans le cadre du pouvoir de direction qu'il détient au sein de l'entreprise. L'employeur doit agir en bon père de famille. Il doit protéger l'entreprise des facteurs qui pourraient lui nuire comme les intrusions ou les malveillances extérieures. Au titre de son statut lui conférant la qualité d'entrepreneur et d'employeur, le chef d'entreprise semble être légitime à exercer son pouvoir de surveillance sur ses salariés (CHAPITRE 1). Pour autant, même si l'employeur doit protéger les intérêts de l'entreprise et mettre en œuvre certaines obligations à l'égard des salariés, celui-ci doit respecter un certain nombre de paramètres. Il semble compliqué pour l'employeur d'exercer son pouvoir de surveillance de manière absolue. Malgré les différentes théories fondant son pouvoir, l'employeur doit également prendre en considération la vie privée des salariés (CHAPITRE 2). Le but est de mettre en place un équilibre gagnant-gagnant : la protection de l'entreprise ne doit pas entraver la vie privée des salariés.

CHAPITRE 1 : Un pouvoir de surveillance rendu légitime par le statut de l'employeur

Le pouvoir patronal renvoie à deux conceptions⁴². L'employeur, étant souvent aussi le chef de l'entreprise, il dispose de la maîtrise des moyens de production de cette dernière. Considéré comme étant une personne juridique⁴³, le chef d'entreprise possède et peut exercer des droits (Section 1). A ce titre, il possède une marge d'initiatives pour diriger, conduire et gérer l'entreprise. Il exerce le pouvoir suprême au sein de celle-ci. Pour cela, il devrait ainsi disposer d'un pouvoir absolu à la fois sur les biens composant son entité mais également sur les salariés la composant. De la même manière et parallèlement, l'employeur dispose d'un pouvoir d'influence et d'autorité sur les salariés qui ont accepté de se placer sous sa subordination par le biais de la conclusion d'un contrat de travail (Section 2). Par conséquent, la propriété des biens de production, la liberté d'entreprendre et le contrat de travail constituent les piliers du pouvoir patronal⁴⁴ permettant de justifier la légitimité du pouvoir de surveillance de l'employeur.

Section 1 : Un pouvoir de surveillance découlant de la qualité de chef d'entreprise

Le chef d'entreprise peut être le fondateur ou le propriétaire de l'entreprise. A ce titre, il va avoir pour rôle d'assurer la direction de celle-ci et de supporter les responsabilités attachées aux pouvoirs exercés sur les personnes et sur les biens. Possédant la propriété des biens de l'entreprise, il est logique que le chef d'entreprise en assure la gestion, la direction et le contrôle (I). Son pouvoir de surveillance sur les salariés semble légitimé par son statut de propriétaire. Pour autant, celui-ci n'est pas absolu, il doit être mis en œuvre dans l'intérêt de l'entreprise (II).

I. Une surveillance essentielle pour la gestion, le contrôle et la direction de l'entreprise

Pour un chef d'entreprise, disposer de la gestion, du contrôle et de la direction de son entité est important. Il ne serait pas logique que celui-ci ne puisse pas exercer les prérogatives inhérentes à celle-ci. A ce titre, un pouvoir de direction lui est reconnu. La validité de ce pouvoir

⁴² FABRE A., *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Préface de Lyon-Caen A., LGDJ, Ed. lextenso, Tome 52, 2010.

⁴³ PAILLUSSEAU J., « *L'efficacité de l'entreprise et la légitimité du pouvoir* », LPA n°74, n°PAI199607404, 19 juin 1996, p.17.

⁴⁴ JEAMMAUD A., LE FRIANT M., LYON CAEN A., *L'ordonnement des relations de travail*, Recueil Dalloz, 1998, IV, p.359, note 16.

trouve ainsi sa source dans le statut de l'entreprise (A) mais aussi dans le droit de propriété que le propriétaire détient à l'égard de son entité (B).

A. Un pouvoir de surveillance découlant du statut de l'entreprise

De manière générale, les pouvoirs du chef d'entreprise sont fondés sur la thèse dite institutionnelle⁴⁵. Le pouvoir de surveillance faisant partie de son pouvoir de direction, il est logique que cette thèse de l'institution s'applique également. Dans cette hypothèse, l'entreprise est une institution avec à sa tête un responsable. Le chef d'entreprise ne possède des pouvoirs qu'en raison de la fonction qu'il occupe. Ce pouvoir lui est reconnu en raison de sa position dans l'organisation économique et dans la hiérarchie de l'entreprise. Il ne détient son pouvoir que dans l'existence même de l'institution, qu'est l'entreprise. Sans elle, il n'aurait aucun pouvoir.

Le contrat de travail n'a qu'un rôle mineur dans cette théorie, le salarié est considéré comme un adhérent à l'institution, comme une chose lui appartenant. C'est la vie collective⁴⁶ qui génère, selon Maurice Hauriou⁴⁷, un pouvoir. Dès lors que « *plusieurs personnes se réunissent autour d'un but commun, la réalisation de ce but exige que l'une d'entre elles exerce un pouvoir sur les autres* »⁴⁸. Cette thèse s'inspire de la conception communautaire⁴⁹ dont le principe du bien commun justifie le pouvoir patronal. Les membres, à savoir le chef d'entreprise et les salariés, sont liés par une solidarité organique manifestant des intérêts communs. Ceux-ci tendent à rechercher la prospérité de l'entreprise, son maintien et son développement face à la concurrence. Chacun a intérêt à ce que l'entreprise soit en bonne santé. Les salariés veulent conserver leur emploi et le chef d'entreprise a pour objectif de maintenir son profit. Les salariés ne voient donc aucun inconvénient à ce que le chef d'entreprise les surveille dans l'exécution de leur prestation de travail.

Dans le même sens, Paul Durand⁵⁰ estime que le « *droit de direction* » constitue « *la prérogative naturelle* » du chef d'entreprise. A ce titre, il serait le seul juge des mesures nécessaires au bon fonctionnement de son entreprise⁵¹. Il pourrait ainsi surveiller sans scrupule et de la manière la plus libre ses salariés sans aucune contrainte et sans qu'il ne soit susceptible

⁴⁵ AUREZO G., DOCKES E., *Droit du travail*, 29^{ème} Ed., Dalloz, 2015.

⁴⁶ FABRE A., *Le régime du pouvoir de l'employeur*, op.cit.

⁴⁷ HAURIOU M., *Précis du droit administratif et droit public*, Ed. Dalloz, 1993.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ MIALON M-F., *Les pouvoirs de l'employeur*, LGDJ, 1996.

⁵⁰ DURAND P., JAUSSAUD R., *Traité de droit du travail*, Ed. Dalloz, tome 1, 1947, p.430 et suiv.

⁵¹ BERAUD J-M., « *Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail* », Dr. ouv. 1997, p. 529 et suiv.

d'être sanctionné. Pour autant, la conception institutionnelle n'est pas ancrée dans l'utopie sociale du chef d'entreprise, où la surveillance est totale et le travailleur aliéné. En effet, l'entreprise représentant un ordre juridique analogue à la famille, aux associations et aux syndicats, elle est reconnue par l'État. Elle est autonome mais pas indépendante⁵². C'est pourquoi le pouvoir étatique intervient dans les relations de travail. L'entreprise peut avoir ses propres finalités et déterminer ses normes. Pour autant leur contenu ne peut pas aller à l'encontre des normes de droit commun. Un exemple peut être donné avec le règlement intérieur. Le chef d'entreprise au titre de son pouvoir de direction, possède un pouvoir normatif. Il peut ainsi édicter des règles qui ont vocation à s'imposer à tous les salariés au sein de son entité, il est même conseillé et obligé de le faire dans les entreprises de plus de 20 salariés. Il peut prévoir que les salariés soient surveillés. Le but est de permettre un bon fonctionnement de l'entreprise. Même s'il peut édicter des règles qui lui semblent favorables, la loi délimite le contenu de celles-ci. Par exemple, il doit impérativement respecter les droits et libertés fondamentales des salariés ou encore leur dignité lors de la mise en place d'un dispositif ou non de surveillance. Les salariés, même s'ils font partie de l'institution, ne peuvent pas être considérés comme des moyens de production à proprement parler. Ils restent avant tout des personnes avec des droits. Le pouvoir du chef d'entreprise est ainsi contraint, il ne possède pas un pouvoir absolu, il doit impérativement respecter les normes de droit commun.

Même si des limites semblent exister concernant le pouvoir de surveillance du chef d'entreprise sur ses travailleurs, son attribut semble tout de même légitimé par le statut de propriétaire qu'il possède à l'égard de son institution qu'est l'entreprise. De la même manière, la légitimité de son pouvoir de surveillance peut être recherchée au sein du droit de propriété que l'employeur détient sur son entreprise (B).

B. Un pouvoir de surveillance découlant du droit de propriété à l'égard de l'entreprise

Par définition, le chef d'entreprise, qualifié également « d'entrepreneur » a pour rôle de créer et de diriger une entreprise. Pour les besoins de son exploitation, celui-ci acquiert la propriété des biens de production. Selon Georges Ripert, « *l'entreprise est restée cachée sous sa propriété (...). Celui qui exploite un établissement est propriétaire des bâtiments, de l'outillage des matières premières ; il les utilise pour la production et il devient propriétaire des produits. L'activité de cet homme, l'entrepreneur, se trouve englobée dans l'exercice du*

⁵² MIALON M-F., *Les pouvoirs de l'employeur*, op.cit.

droit de propriété »⁵³. Le chef d'entreprise a donc la possibilité d'exploiter ses biens à son profit et de conclure des contrats de travail afin d'embaucher du personnel. Il dispose d'un droit entier sur ses biens. En tant que personne juridique, ce dernier est personnellement propriétaire des actifs de l'entreprise. La légitimité de son pouvoir est par conséquent juridique, s'il est propriétaire, il est logique qu'il détienne du pouvoir sur l'entreprise qu'il possède. « *Là où est la propriété, là est le pouvoir* »⁵⁴. C'est d'ailleurs ce que l'article 544 du Code civil prévoit en précisant que « *la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue* ». Ainsi le chef d'entreprise est libre dans ses décisions au nom de l'intérêt de l'entreprise et au titre de son droit de propriété. Il est le seul juge de ses choix de gestion⁵⁵. Il dispose de l'usus, c'est-à-dire du droit d'user, du fructus, du droit de profiter et de l'abusus, du droit de disposer de la chose. Les salariés ne disposent d'aucun droit sur les actifs de l'entreprise.

L'auto-entrepreneur a donc la possibilité de surveiller ses biens, de les organiser comme il l'entend, de les vendre ou encore d'en décider la disparition matérielle. Cet article semble rendre légitime le contrôle et la surveillance de l'employeur sur ses salariés et semble permettre une surveillance de l'usage des biens professionnels par ceux-ci. La liberté d'entreprendre, étant le corolaire du droit de propriété, elle a aussi un impact sur la légitimité du pouvoir de surveillance de l'employeur. Cette liberté s'entend du pouvoir économique de l'employeur justifiant les décisions unilatérales du chef d'entreprise. Le système juridique français, que ce soit le Conseil d'État⁵⁶, la Cour de cassation⁵⁷ ou le conseil constitutionnel⁵⁸, reconnaît de manière significative la liberté d'entreprendre au profit du chef d'entreprise. Pourtant, même si ce dernier semble pouvoir disposer d'un droit absolu sur sa propriété, il ne doit pas abuser de son droit, il ne doit pas en faire un usage prohibé par les lois et les règlements⁵⁹. Cette solution s'explique par le fait que l'entreprise ne se réduise pas à des actifs corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers, matériels ou immatériels. Elle contient, en plus de ces éléments, un personnel disposant de droits et de libertés fondamentales. La propriété ne fonde en aucun cas le pouvoir sur les personnes⁶⁰, elle ne s'exerce que sur les choses. De la même manière, il

⁵³ RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1951, p.268.

⁵⁴ SAVATIER J., « *Pouvoir patrimonial et direction des personnes* », *Le pouvoir patronal*, Dr. soc. n° spéc. janv. 1982, p.1.

⁵⁵ Cass., soc. 31 mai 1956, BRINON, JCP 1956, II, 9397, obs. ESMEIN.

⁵⁶ CE, ass. 22 juin 1951, DAUDIGNAC, Rec. 362, D. 1951, p.589, concl. GAZIER.

⁵⁷ Cass., soc. 13 juillet 2004, n° 02-15142, Bull. civ. 2004, V. n°205.

⁵⁸ Décision du 16 janvier 1982 relative à la loi de nationalisation I du 18 décembre 1981.

⁵⁹ C.civ., article 544.

⁶⁰ SAVATIER J., « *Pouvoir patrimonial et direction des personnes* », *op.cit.*

semble inconcevable que la reconnaissance d'une atteinte à la liberté d'entreprendre du chef d'entreprise soit reconnue à cause de l'exercice d'un droit ou d'une liberté fondamentale d'un salarié⁶¹. La liberté d'entreprendre est rarement utilisée pour défendre les prérogatives du chef d'entreprise. Le pouvoir de direction doit donc s'exercer dans l'intérêt de l'entreprise, aucun détournement de pouvoir ne doit être exercé.

Même si le pouvoir de direction, de contrôle et de gestion de l'entreprise par l'employeur semble légitime à s'exercer. Il est tout de même limité : une opposition existe entre les droits des salariés et le pouvoir de gestion des moyens de production. Le chef d'entreprise ne peut pas faire ce qu'il souhaite : son pouvoir sur les salariés doit uniquement s'exercer dans l'intérêt de son entité (II).

II. Une surveillance nécessaire pour la protection des intérêts de l'entreprise

La surveillance des salariés renvoie à l'ensemble des moyens déployés par l'employeur pour garantir les intérêts légitimes de l'entreprise c'est-à-dire les intérêts qui lui sont profitables. Ces derniers peuvent résulter à la fois de la nécessité de protéger la productivité de l'entreprise (A) et de protéger l'entreprise elle-même en assurant sa sécurité (B).

A. Un pouvoir de surveillance fondée sur la productivité de l'entreprise

Le but de l'entreprise est d'être rentable et d'avoir une bonne productivité. Elle est une entité économique ayant pour finalité l'accroissement des richesses⁶². Les salariés sont un capital humain indispensable à la réussite de l'entreprise, il est ainsi nécessaire qu'ils soient surveillés efficacement. Pour satisfaire ce besoin permanent de profit et de bénéfice, la Cour de cassation a donné le droit à l'employeur de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail⁶³. Même si le contrôle des salariés par les nouvelles technologies s'est développé de manière significative, la surveillance humaine par la hiérarchie n'a pas disparu. L'employeur ou un salarié mandaté à cet effet a le pouvoir d'exercer une surveillance sur le déroulement de la prestation de travail des salariés mais également sur ses résultats et le travail accompli par chacun d'entre eux⁶⁴.

Il a aussi la possibilité de contrôler les compétences des salariés en vue de décider de l'avenir de la relation de travail. Les compétences des salariés ont un rôle essentiel dans la

⁶¹ FEVRIER F., *Pouvoirs de contrôle de l'employeur et droits des salariés à l'heure d'Internet : Les enjeux de la cybersurveillance dans l'entreprise*, sept. 2003, Mémoire sous la dir. de GUIOMARD F. p.19.

⁶² BARTHELEMY J., *Techniques d'organisation de l'entreprise*, Droit social, Ed. Liaisons sociales, 2009.

⁶³ Cass., soc. 4 juillet 2012, n°11-30.266, Bull. civ. 2012, V. n°208.

⁶⁴ Cass., soc. 10 juillet 2002, n° 00-42.368, Dr. ouvrier 2002, p.535, note Wauquier.

rentabilité de l'entreprise. Définies comme l'ensemble des savoirs théoriques, des savoir-faire pratiques et des savoir-être que les salariés vont mettre en œuvre dans le cadre de leur travail, il est pour l'entreprise nécessaire de les évaluer et de les contrôler. En effet, ces compétences sont un atout considérable pour l'entité autant au niveau de l'organisation, de la créativité, de la concurrence qu'au niveau de la rentabilité de celle-ci. Pour autant les méthodes et techniques d'évaluation des salariés ne peuvent pas être réalisés en totale liberté, elles doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie et reposer sur des critères objectifs et transparents⁶⁵. Elles peuvent faire l'objet d'un contrôle par le juge. Elles vont permettre d'évaluer la performance individuelle et les compétences professionnelles des salariés afin de les améliorer. Cette amélioration a pour objectif d'augmenter la productivité et donc la rentabilité de l'entreprise. La surveillance des compétences et leur évaluation par l'employeur va ainsi permettre de protéger les intérêts de l'entreprise, à savoir sa production de richesses.

Selon les résultats d'une étude réalisée en 2016⁶⁶ par une société de filtrage des contenus sur Internet, les salariés français utilisent en moyenne 1 heure et 15 minutes par jour de leur temps de travail pour surfer sur le net à des fins personnelles. 58% des surfs réalisés seraient à usage non professionnels, ce qui engendrerait une baisse de productivité de 17,6%, soit 6 semaines de temps de travail perdu par an par salarié. Cette baisse de productivité est un facteur négatif pour l'entreprise. L'employeur a ainsi à sa guise un nombre considérable de moyens de surveillance pouvant observer les salariés pendant l'exécution de leur contrat de travail. Le but est d'éviter que le salarié n'utilise son temps à d'autres fins que la tâche qui lui est confiée. Selon l'adage, « *le temps, c'est de l'argent* »⁶⁷, le temps que passe le salarié à des occupations autres que son obligation professionnelle entraîne une baisse de productivité pour l'entreprise et donc une baisse de sa rentabilité. Pour remédier à cela, l'employeur peut mettre un certain nombre de dispositifs en place. Par exemple, la pointeuse ou encore la badgeuse tendent à éviter la perte de temps et la perte de rentabilité. En mesurant le temps de travail des salariés, ces outils permettent d'analyser les entrées et les sorties, les temps de pauses ou encore les absences des salariés. Ces derniers sont obligés de respecter leur temps de travail, il n'est pas question pour eux d'arriver en retard ou encore de partir en avance, ce temps étant un manque à gagner pour l'entreprise. Ces outils permettent à l'entreprise par la même occasion de mieux appréhender sa productivité. En effet, en tenant compte du nombre de pièces fabriqués par exemple, et du temps de travail réalisé par le salarié, le chef d'entreprise peut facilement

⁶⁵ C.trav., art. L1222-23.

⁶⁶ Etude OLFE0, *La réalité de l'utilisation du web en entreprise*, 2016.

⁶⁷ Inspiré par FRANKLIN B. dans son expression « *time is money* ».

calculer la performance et la productivité de chacun d'entre eux. Pour autant, pour mettre en place de tels dispositifs, l'employeur doit respecter certaines exigences qu'il sera question d'évoquer au fil du développement. Là encore, le chef d'entreprise est légitime à surveiller ses salariés mais sa légitimité se trouve encadrée.

Même si le chef d'entreprise voit son droit de surveillance et de contrôle des salariés encadré, il a tout de même les moyens de protéger la productivité de son entreprise. Son droit de surveillance reste légitime malgré son encadrement. De la même manière, le chef d'entreprise peut aussi protéger les intérêts de son entité en assurant sa sécurité (B).

B. Un pouvoir de surveillance fondée sur la sécurité de l'entreprise

L'entreprise en tant qu'institution doit être protégée. Dans cette optique, l'employeur peut, sans formalité préalable, surveiller les locaux et pièces où aucun salarié n'est affecté pour travailler. L'employeur est ainsi libre de mettre en place des procédés de surveillance dans des entrepôts ou locaux de marchandises où le personnel ne travaille pas⁶⁸. Il peut faire appel à des sociétés de gardiennage ou de surveillance afin de se prévenir des vols ou des dégradations en tout genre. De la même manière, l'employeur peut aussi contrôler et surveiller les accès à l'entreprise elle-même afin d'interdire l'intrusion de personnes étrangères à celle-ci ou interdire l'accès à des zones sensibles de l'entreprise par un filtrage de l'accès via un système d'empreintes.

Avec l'évolution des TIC, la sécurité de l'entreprise n'est plus seulement matérielle. L'entreprise devenant de plus en plus vulnérable⁶⁹, il est désormais nécessaire d'assurer également sa protection numérique. L'entreprise peut maintenant être confrontée à des menaces externes comme l'atteinte à sa réputation, le détournement de données ou encore la manipulation des moyens de paiement. Si au départ⁷⁰, le chef d'entreprise avait peur qu'un salarié emporte un document à l'extérieur de l'entreprise pour le donner à un tiers, aujourd'hui sa peur est tout autre. Les nouvelles technologies permettent désormais de transmettre plus rapidement l'information, que ce soit par le biais de clé USB ou par le réseau internet. Des menaces internes à l'entreprise existent désormais et tendent à légitimer le pouvoir de surveillance de l'employeur sur ses salariés. Ces menaces engendrent un risque économique pour l'entreprise. Les salariés ayant plus aisément tendance à utiliser les outils professionnels

⁶⁸ Cass., soc. 31 janvier 2001, n° 98-44.290, Bull. civ. 2001, V. n°28.

⁶⁹ DRAI L., « Contrôle par l'employeur de l'usage des technologies de l'information et de la communication par ses salariés », Fasc. 1192, 26 janv. 2016, mise à jour 1^{er} mars 2018.

⁷⁰ DEMOULAIN M., *Nouvelles technologies et droits des relations de travail, Essai sur une évolution des relations de travail*, Ed. Panthéon Assas, 2012.

à des fins personnelles, un risque pour l'image de l'entreprise ou encore pour sa sécurité risque d'être engendré. Il en est ainsi lorsque les salariés diffusent des informations et des données personnelles sur l'entreprise ou encore lorsque leur utilisation entraîne un piratage de données, des virus informatiques ou des espionnages. Les brevets, les secrets de fabrication ou encore les droits d'auteurs, étant un enjeu concurrentiel considérable, ils doivent être protégés. C'est pourquoi l'employeur peut interdire l'installation de logiciels étrangers au fonctionnement de l'entreprise⁷¹. L'employeur peut également obliger le salarié à mettre en place un mot de passe sur son ordinateur professionnel, non pas pour rendre celui-ci personnel, mais pour éviter les malveillances et les abus par les tiers⁷².

Le chef d'entreprise a aussi intérêt à surveiller ses salariés à cause du risque juridique qui pèse sur lui. En effet, l'entreprise peut être condamnée en qualité de commettant lorsque les salariés réalisent des actes répréhensibles à l'aide des outils fournis à titre professionnels par l'employeur. Tel est le cas des téléchargements illicites ou des utilisations internet inappropriées. Pour remédier à ces risques et pour sécuriser l'entreprise, le chef d'entreprise a intérêt à mettre en place une politique de sécurité fondée sur le contrôle et la surveillance des flux entrants afin de repérer les contenus malveillants et des flux sortants pour éviter les transmissions de données confidentielles et les accès non autorisés⁷³. Pour éviter les menaces, l'employeur peut encadrer les conditions d'utilisation d'Internet en filtrant les sites non autorisés comme les sites à caractère pornographiques ou encore pédophiles⁷⁴. L'employeur peut également restreindre l'accès des salariés aux seules applications et données dont ils ont besoin pour l'exercice de leur activité professionnelle, ce sont les habilitations informatiques⁷⁵. De la même manière, celui-ci peut surveiller l'activité des salariés en mettant en place des logs ou encore des keyloggers⁷⁶. Ces logiciels permettent à l'employeur d'enregistrer de manière constante et permanente toutes les actions réalisées par les salariés. Les données enregistrées peuvent aussi bien concerner l'activité professionnelle des salariés que des informations personnelles les concernant. Tel est le cas des conversations personnelles ou d'un numéro de carte bancaire. De ce fait, la CNIL n'autorise la mise en place de tels logiciels qu'en cas de fort impératif de sécurité comme la lutte contre la divulgation de secrets industriels et en cas d'information de la collectivité de travail. L'employeur peut également déchiffrer les flux

⁷¹ CA, Reims, soc. 2 mai 2007, n°04-2466, RJS 2009, 102.

⁷² CNIL, Rapport ; *La cybersurveillance sur les lieux de travail*, Doc. Fr., 2004, p. 21.

⁷³ DE BENALCAZAR I., *Droit du travail et nouvelles technologies*, Ed. Gualino éditeur, 2008.

⁷⁴ CNIL, *Guide pour les employeurs et les salariés*, 2010, p.18.

⁷⁵ CNIL, Guide « *La sécurité des données personnelles* », 2010, p.11.

⁷⁶ CNIL, Fiche pratique « *Keylogger : des dispositifs de cybersurveillance particulièrement intrusifs* », 2013.

https⁷⁷ afin de contrôler les flux entrants et sortants mais encore une fois ce pouvoir est encadré. L'employeur doit informer ses salariés, restreindre les droits d'accès des administrateurs aux courriers électroniques et protéger les données. Même si pour des raisons tenant à la sécurité de l'entreprise, l'employeur semble légitime à surveiller et contrôler ses salariés, il est encore encadré. Il doit là encore respecter les normes de droit commun.

Le statut de chef d'entreprise semble pouvoir légitimer le pouvoir de surveillance de celui-ci sur ses salariés pour différentes raisons tenant à l'entité qu'est l'entreprise. La logique de propriétaire entraîne un pouvoir sur les choses et un pouvoir sur les travailleurs du fait de l'intérêt de l'entreprise. Pourtant, il n'est pas possible de se contenter de présenter l'entreprise comme une propriété⁷⁸. L'entité possédant également une collectivité humaine, un fondement autre que cette logique peut être recherché. A ce titre, la qualité d'employeur du chef d'entreprise semble aussi pouvoir rendre légitime son pouvoir de surveillance à l'égard de ses subordonnés (II).

Section 2 : Un pouvoir de surveillance découlant de la qualité d'employeur

Certes le chef d'entreprise possède du pouvoir sur les choses et sur les travailleurs du fait de sa qualité de propriétaire de l'entreprise mais puisqu'il embauche du personnel, sa qualité est tout autre : il devient employeur de la collectivité de travail. A contrario, s'il n'existe pas de contrat de travail, la qualité d'employeur ne peut être recherchée. Cette qualité engendre l'obligation pour les deux parties, salariés et employeur, d'exécuter de bonne foi le contrat de travail. Puisque les salariés ont l'obligation d'effectuer leur prestation de travail selon les instructions de l'employeur, il est inévitable que l'employeur puisse les surveiller (I). De la même manière, ce dernier semble également trouver la légitimité de son pouvoir dans les obligations qui pèsent sur lui. En effet, au titre du contrat de travail le liant à ses salariés, l'employeur détient une obligation de sécurité à leur égard (II).

I. Une surveillance inévitable dans le cadre du contrat de travail

Pour qu'un contrat de travail existe, la jurisprudence, à défaut de définition dans le Code du travail exige la réunion de trois critères. D'abord, une prestation de travail doit être réalisée par le salarié. Une rémunération doit être allouée en vertu de la réalisation de ce travail et enfin ce dernier doit être réalisé pour le compte, sous les ordres et le contrôle de l'employeur. A ce titre, il est logique que le pouvoir de surveillance de l'employeur découle du lien de subordination

⁷⁷ CNIL, *Analyse des flux https : bonnes pratiques et questions*, communiqué, 31 mars 2015.

⁷⁸ BARTHELEMY J., *Technique d'organisation de l'entreprise*, Droit social, Ed. Liaisons sociales, 2009.

(A) engendré par l'existence du contrat de travail. Pourtant, avec l'évolution des nouvelles technologies de l'information et de la communication, il existe des cas où la subordination est difficile à appréhender (B).

A. Un pouvoir de surveillance découlant du lien de subordination

Avec la montée en puissance de la prise en compte de l'individu en droit du travail, le fondement de l'entreprise comme institution est apparu insuffisant pour légitimer la soumission des salariés au pouvoir de l'employeur⁷⁹. Il est désormais important de s'appuyer sur une source juridique, le contrat de travail devient la source du pouvoir de l'employeur. Le contrat de travail fait naître un certain nombre de pouvoirs au profit de l'employeur. Inspiré des fonctions de Montesquieu⁸⁰, les pouvoirs de l'employeur sont au nombre de trois. La seule différence est que ces pouvoirs sont alloués à la même personne : l'employeur. Celui-ci se voit reconnaître la faculté de commander et de donner des ordres par son pouvoir de direction. Il dispose d'un pouvoir réglementaire, il peut éditer des normes au sein de son entreprise, généralement par le biais du règlement intérieur. Enfin, il dispose d'un pouvoir disciplinaire afin de sanctionner les salariés d'un comportement déraisonnable ou fautif. Son pouvoir de surveillance découle de son pouvoir de direction. Il a ainsi la faculté de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés. Ces derniers étant soumis à une obligation d'obéissance aux ordres et aux directives de l'employeur, il est logique que ce dernier puisse en surveiller et contrôler l'exécution. Puisqu'il rémunère ses salariés, il est normal qu'il puisse s'assurer de la bonne exécution du contrat de travail.

Dans cette théorie contractuelle, le pouvoir de l'employeur se fonde sur le consentement du salarié⁸¹. Ce dernier n'est soumis au pouvoir de l'employeur que parce qu'il a consenti à s'y soumettre par la conclusion d'un contrat de travail. Il se place sous l'autorité de l'employeur et se soumet à la discipline de l'entreprise que parce qu'il l'a voulu. Pour que l'employeur dispose de tels pouvoirs à l'égard de ses salariés, encore faut-il que l'existence du contrat soit avérée. Sur la prestation de travail et la rémunération, rien n'est difficile. Seul le lien de subordination, critère le plus important, est compliqué à appréhender. Ce dernier, reconnu depuis un arrêt célèbre « *Bardou* » de la Cour de cassation en date de 1931, ne possède pas de définition dans le Code du travail. Le Professeur Lokiec estime qu'il s'agit d'« *un choix judicieux car les juges ont la possibilité de faire évoluer les frontières du salariat au gré des mutations sociales et*

⁷⁹ AUREZO G., DOCKES E., *Droit du travail*, 29^{ème} Ed., Dalloz, 2015.

⁸⁰ DOCKES E., *Droit du travail*, Relations individuelles, HyperCours, 5 avril 2007.

⁸¹ AUREZO G., DOCKES E., « *Droit du travail* », op.cit.

économiques, sans qu'il faille une réforme législative ». Se substituant à la domination économique, le lien de subordination permet de rendre légitime le pouvoir de l'employeur.

La subordination ne découle plus de la faiblesse du cocontractant dont la survie dépend des ressources qu'il tire de son activité mais de l'existence d'un rapport de pouvoir⁸². Le salarié doit exécuter son travail sous l'autorité de l'employeur ayant le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements⁸³. Lorsque la prestation de travail se réalise au sein de l'entreprise, le lien de subordination est plutôt facile à prouver. En effet, celui-ci résulte d'un faisceau d'indices, le fait d'exécuter le travail dans un lieu déterminé ou encore de recevoir des directives permet d'en rapporter la preuve. C'est donc le lien de subordination entre l'employeur et les salariés qui permet la reconnaissance à l'employeur du droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail⁸⁴. Dans cette optique, l'employeur peut surveiller l'utilisation du matériel de l'entreprise afin de contrôler si les salariés n'en font pas une utilisation abusive, une utilisation pouvant entraver la sécurité de l'entreprise et surtout, il peut surveiller l'exécution effective de la prestation de travail de ses salariés afin de vérifier que ceux-ci respectent leurs obligations professionnelles. Contrairement à la surveillance des salariés par des dispositifs spécifiques, la surveillance humaine est tout à fait légitime⁸⁵, aucune condition n'est à respecter. Toutefois, la surveillance ne peut être faite que par un supérieur hiérarchique direct du salarié ou par un salarié affecté à des tâches de surveillance et de contrôle de ses collègues⁸⁶ et non par un vigile⁸⁷ ou encore par un détective privé⁸⁸.

L'économie étant désormais tournée vers la performance, la recherche de croissance et le profit, c'est à l'entreprise de faire évoluer ses relations de travail afin de permettre une hausse de sa productivité⁸⁹. Le numérique devient pour elle une source de rentabilité. Pourtant, l'apparition et le développement des TIC tend à rendre difficile l'identification du lien de subordination, permettant de prouver l'existence d'un contrat de travail. Les situations de travail se multiplient. La relation de subordination se brouille. Le pouvoir de surveillance et de contrôle de l'employeur n'est plus le même selon les situations de travail (B).

⁸² BOSSU B., « *L'impact du numérique sur les frontières du salariat* », BJT, n°02, octobre 2018, p.134.

⁸³ Cass., soc. 13 novembre 1996, n° 94-13187, Bull. civ. 1996, V. n°386.

⁸⁴ Cass., soc. 4 juillet 2012, n° 11-30.266, Bull. civ. 2012, V. n°208.

⁸⁵ Cass., soc. 26 avril 2006, n° 04-43582, Bull. civ. 2006, V. n°145.

⁸⁶ Cass., soc. 4 juillet 2012, n° 11-14241, non publié au bulletin.

⁸⁷ Cass., soc. 15 mai 2001, Bull. civ. V. n°168, RJS 2001.830.

⁸⁸ Cass., soc. 23 novembre 2005, n° 03-41.401, Bull. civ. V. n°333.

⁸⁹ ETIEVANT G., « *Les impacts du numérique sur l'organisation et les conditions de travail* », Ed. Tissot, 2017.

B. Un pouvoir de surveillance différent selon les situations du travail

Si le lien de subordination est facile à appréhender lorsque la relation de travail s'exerce au sein même de l'entreprise, il en est tout autrement lorsque la prestation de travail s'effectue en dehors des locaux de celle-ci. Le numérique tend à un effacement apparent de la subordination⁹⁰. La technologie étant désormais au centre de la relation de travail, cette dernière est mise à mal. Avant l'évolution des nouvelles technologies, le travail s'effectuait essentiellement au sein de l'entreprise, la surveillance des salariés était directe et facile.

Désormais, le télétravail se développe, les salariés exécutent de façon volontaire leur prestation de travail en dehors des locaux de l'entreprise en utilisant les technologies de l'information et de la communication⁹¹. Le télétravailleur dispose des mêmes droits et des mêmes obligations que les salariés exécutant leur prestation de travail à l'intérieur de l'entreprise. A ce titre, puisque le télétravailleur reste salarié de l'entreprise et qu'il est lié à l'employeur par un contrat de travail, l'employeur dispose des mêmes pouvoirs à son égard. Il doit pouvoir, au titre de son pouvoir de direction, les surveiller et les contrôler de la même façon que les autres salariés. Or, le télétravail semble incompatible avec un management de surveillance. Les outils techniques modifient l'équilibre contractuel et brouillent les repères temporels et spatiaux du contrat de travail⁹² : le salarié n'est plus sous la surveillance directe de l'employeur. Désormais, les modalités de contrôle du temps de travail et plus largement les modalités de surveillance des salariés télétravailleurs doivent être prévues dans le contrat de travail⁹³. Pour des raisons liées à la vie privée du salarié et afin d'éviter une surveillance permanente, l'employeur doit fixer avec celui-ci les plages horaires durant lesquelles il peut le contacter, l'informer des mesures de surveillance qui peuvent être mise en place à son encontre mais aussi mettre en œuvre un dispositif répondant à certaines conditions qu'il sera question de voir plus loin. Son pouvoir de surveillance semble ainsi limité au contrôle du temps de travail. La mise en œuvre du lien de subordination de l'employeur est restreinte, la légitimité de son pouvoir l'est également. La relation de travail semble basée sur la confiance⁹⁴. Puisqu'aucun texte ne définit ce qu'il convient de faire ou de ne pas faire en termes de surveillance, le bon sens et la loyauté sont les seuls principes valables⁹⁵.

⁹⁰ BIDET A., PORTA J., « *Le travail à l'épreuve du numérique* », Rev. du travail, 2016, p.328.

⁹¹ C.trav. art. L1222-9 I.

⁹² MORIN GALVIN A., « *Le contrôle patronal de l'usage par le salarié d'un matériel personnel : le difficile équilibre entre les droits de l'employeur et ceux du salarié* », Chronique, Rev. de jurisprudence soc., RJS, 2014.

⁹³ C.trav. art L1222-9 II 3^{ème}.

⁹⁴ MIALON M-F., *Les pouvoirs de l'employeur*, LGDJ, 1996.

⁹⁵ EMERAS M., « *Le domicile du salarié* », JCP, La semaine juridique, Ed. soc. n°3, 20 janv. 2015.

De la même manière, la légitimité du pouvoir de surveillance de l'employeur semble poser problème lorsqu'aucun contrat de travail n'a été réellement conclu. Tel est le cas aujourd'hui de l'ubérisation. Des plateformes de travail mettent en relation une clientèle avec des travailleurs qui sont des indépendants. A proprement parler, même si de nombreuses relations de travail ont été requalifiées de « travail salarié », il n'existe pas de contrat de travail entre la plateforme et « l'indépendant ». Le travailleur dispose d'une grande autonomie dans l'exécution de sa prestation de travail mais pourtant cette situation engendre un flou avec le salariat⁹⁶. En effet, par définition, un indépendant exerce une activité pour son propre compte, sans se trouver dans une situation de subordination. La plateforme ne peut en principe exercer aucun pouvoir à leur encontre. Elle est illégitime à exercer une surveillance sur eux. Pourtant, dans la pratique, elle tend à exercer les mêmes prérogatives qu'un employeur sans en assumer les responsabilités⁹⁷. Par l'utilisation des technologies numériques, ces travailleurs sont surveillés de manière permanente et constante, que ce soit par les critères d'évaluation de leur travail, la géolocalisation ou la satisfaction client. Son pouvoir est donc illégitime, il n'est fondé sur aucune source juridique. Les juges, en prenant en compte cette surveillance importante à l'égard de ces travailleurs, tendent à reconnaître entre eux et la plateforme un lien de subordination. Ce dernier permet de fonder le pouvoir de surveillance des salariés mais de la même manière, la surveillance des salariés permet de prouver l'existence d'un contrat de travail.

L'éparpillement des salariés au sein des différentes situations de travail tend à alléger et à restreindre le pouvoir de surveillance de l'employeur voire à le rendre illégitime lorsqu'il n'existe pas de contrat de travail. Quoi qu'il en soit, et quelque soit la relation de travail, l'employeur est légitime à assurer une surveillance et un contrôle de ses salariés pour des raisons de sécurité (II).

II. Une surveillance obligatoire pour des raisons de sécurité

Le pouvoir de surveillance est avant tout un droit pour l'employeur. Il peut décider ou non d'exercer ce pouvoir sur ses salariés. Pour autant, dans certaines circonstances et dans certaines situations, ce droit devient une obligation : l'existence du contrat de travail entraîne pour l'employeur une obligation de surveillance. Il n'a plus le choix, il est contraint d'exercer une surveillance sur ses salariés à la fois pour protéger leur santé (A) mais également pour s'assurer de leur sécurité (B).

⁹⁶ ETIEVANT G., *Les impacts du numérique sur l'organisation et les conditions de travail*, Ed. Tissot, 2017.

⁹⁷ VAN DER BERGH K., « Plateformes numériques mise au travail : mettre fin à une supercherie », *Rev. du travail*, 2018, p.318

A. Un pouvoir de surveillance inhérent à la santé des salariés

L'employeur, au titre du contrat de travail le liant à ses salariés, a l'obligation de les surveiller afin de protéger leur santé physique et morale. Au départ, avec les célèbres arrêts Amiantes, l'employeur avait à sa charge une obligation de sécurité de résultat. Lorsque « *l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'avait pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver* »⁹⁸, sa responsabilité était automatiquement engagée. Sa faute était inexcusable. Cette obligation a ensuite été atténuée pour laisser place à une obligation de moyens renforcés. L'employeur n'est plus responsable lorsqu'il « *justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L4121-1 et L4121-2 du Code du travail* »⁹⁹. A ce titre, l'employeur a l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité des salariés et protéger leur santé physique et mentale¹⁰⁰. Cette protection a lieu par le biais de mesures de prévention des risques professionnels, d'information et de prévention ou encore par la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés.

Pour commencer, l'employeur a l'obligation de soumettre ses salariés à une visite médicale d'embauche dans les trois mois suivants son entrée dans l'entreprise¹⁰¹. Il est ainsi obligé d'adhérer à un service de santé au travail ou de créer un service interne à son entreprise¹⁰² sous peine de sanction. Il a l'obligation de surveiller l'aptitude des salariés à leur poste de travail et d'effectuer un suivi médical de ceux-ci tout au long de la relation de travail. La surveillance médicale est impérative pour l'employeur. L'état de santé des salariés est légitimement surveillé et contrôlé par l'employeur par le biais de la médecine du travail. Le code du travail lui-même rend possible cette surveillance. Depuis le 1^{er} janvier 2017¹⁰³, pour les salariés non affectés à des postes à risques, la première visite médicale ne se fait plus afin d'apprécier leur aptitude à occuper le poste proposé par l'entreprise. On parle désormais de visite d'information et de prévention. Seuls les salariés affectés à des postes à risques bénéficient d'un suivi individuel renforcé engendrant la nécessité de s'assurer que le salarié est apte au poste. Tel est le cas des salariés exposés à des agents cancérigènes ou toxiques ou encore à des risques de chute de hauteur. Les services de santé au travail doivent regarder si le poste en question ne présente pas

⁹⁸ Cass., soc. 28 février 2002, n° 00-1005, Bull. civ. 2002, V. n°81.

⁹⁹ Cass., soc. 25 novembre 2015 n° 14-24444, Bull. civ. 2016, n°840, Soc., n°504.

¹⁰⁰ C.trav. art. L4121-1.

¹⁰¹ C.trav. art. R4624-10.

¹⁰² C.trav. art. L4622-1.

¹⁰³ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF, 9 août 2016, mise en application par le décret n°2016-1908 du 27 décembre 2016 relatif à la modernisation de la médecine du travail.

un danger pour la santé du salarié, sa sécurité et celles des tiers¹⁰⁴. Sa santé doit être compatible avec l'occupation du poste du travail et elle ne doit pas engendrer un danger pour les autres travailleurs. A défaut, il sera déclaré inapte à exercer l'activité prévue par son contrat de travail, le travail ne doit pas altérer la santé des travailleurs.

A côté de cette surveillance médicale, l'employeur doit également surveiller la santé physique, mentale et psychologique de ses salariés. Il doit pour cela surveiller les actes et les comportements des membres de son entreprise afin qu'ils ne troublent pas sa santé. Dès lors que l'employeur ou un supérieur hiérarchique chargé de la surveillance des salariés repèrent une situation pouvant porter atteinte à la santé d'un ou plusieurs de ses salariés, il doit agir. S'il ne prend pas les mesures nécessaires pour faire cesser la situation, des sanctions à son encontre pourront être prononcées. Tel est le cas par exemple d'un chef d'atelier, déléataire du pouvoir de surveillance de l'employeur, qui n'a pas informé sa hiérarchie du comportement d'un employé qu'il savait dangereux pour les autres salariés de l'entreprise¹⁰⁵. Les violences physiques sont proscrites au sein de l'entreprise car elles peuvent porter atteinte à la santé physique des salariés.

De la même manière, le harcèlement, défini comme des agissements répétés qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail des salariés susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel¹⁰⁶ est interdit. Qu'il soit moral ou sexuel, l'employeur doit tout faire pour le prohiber. Pour éviter que de tels actes se réalisent, il est nécessaire que des moyens de surveillance soient mis en place au sein de l'entreprise. L'anxiété, le stress et la dépression sont des symptômes qui rendent nécessaire la surveillance de la collectivité de travail. Il ne faut pas attendre le suicide pour agir. L'employeur, par le biais de la surveillance, aura connaissance des faits et pourra y mettre fin.

La santé physique et mentale des salariés fait l'objet d'une surveillance et d'un contrôle obligatoire par l'employeur. Cette obligation se retrouve également en termes de sécurité des travailleurs (B).

¹⁰⁴ C.trav. art. L4622-2 3^{ème}.

¹⁰⁵ CA Reims, soc. 4 avril 2007, n° 04-01403.

¹⁰⁶ C.trav. art. L1152-1.

B. Un pouvoir de surveillance associé à la sécurité des salariés

L'employeur a l'obligation de prendre les mesures nécessaires afin d'assurer la sécurité de ses salariés¹⁰⁷. Il doit tout faire pour éviter qu'un accident du travail ne survienne. Selon la nature des travaux à accomplir et selon l'activité de l'entreprise, l'employeur peut décider de mettre en place des mesures spécifiques de sécurité. A ce titre, une entreprise peut par exemple mettre en place un système d'empreintes ou de badges pour accéder à une zone spécifique d'une installation nucléaire de base ou de certains sites classés SEVESO II. Le but d'un tel dispositif est d'éviter qu'un salarié non autorisé soit confronté à des substances chimiques et dangereuses ou encore à des explosions. De la même manière, l'employeur peut interdire l'accès à des personnes étrangères au service lorsqu'il s'agit par exemple d'un laboratoire pharmaceutique pour des raisons de sécurité liées à l'utilisation de substances toxiques et de stupéfiants¹⁰⁸. Des consignes de sécurité peuvent également être mises en place. A titre d'exemples, des équipements de protections individuelles peuvent être obligatoires comme l'obligation de porter un casque pour les ouvriers du bâtiment, l'obligation de porter un harnais pour les travaux en hauteur ou encore l'obligation de porter des chaussures de sécurité lors de port de charges lourdes. L'employeur a intérêt de surveiller le respect des consignes et de sanctionner les salariés fautifs¹⁰⁹ pour éviter que sa responsabilité ne soit engagée en cas de survenue d'un accident du travail.

Le salarié est lui-même acteur de la prévention dans l'entreprise. Dès lors que l'employeur met en place des dispositifs de sécurité, celui-ci doit les respecter. Il est donc logique que l'employeur puisse surveiller et contrôler la bonne application des normes sécuritaires qu'il met en place, c'est même une obligation. En effet, par exemple, l'employeur peut, au sein de son entreprise, prévoir dans son règlement intérieur ou dans une note de service la possibilité d'effectuer des contrôles d'alcoolémie. Cette possibilité n'est toutefois réservée qu'aux travaux qui présentent une particulière dangerosité. L'alcool n'est pas interdit par la loi dans l'enceinte de l'entreprise, le vin, la bière, le cidre et le poiré sont autorisés. Néanmoins, pour des raisons tenant à la santé et à la sécurité des salariés mais aussi pour éviter les risques d'accidents, la consommation d'alcool par les salariés peut être limitée voire interdite¹¹⁰. Selon l'INRS¹¹¹, le nombre d'ivresse augmente et concerne toute la population. Le monde de l'entreprise n'est pas épargné. L'employeur doit pouvoir vérifier l'effectivité des règles qu'il a mise en place. Pour

¹⁰⁷ C.trav. art L4121-1.

¹⁰⁸ CA, Versailles, 15^{ème} chambre, 31 mars 1995, Bouharroun Fontaine c/ SA Laboratoires Janssen n °93-11809.

¹⁰⁹ Cass., soc. 19 juin 2013, n° 12-14246.

¹¹⁰ C.trav. art. R4228-20.

¹¹¹ INRS, *Pratiques addictives en milieu de travail*, mars 2013, p.8

contrôler l'état d'ébriété des salariés, ce dernier peut avoir recours à un test d'alcoolémie. « Dans le meilleur des cas, [l'alcool a une] influence sur l'organisme [et] peut avoir pour conséquence une diminution de la productivité et une augmentation de l'absentéisme. Dans le pire des cas, les erreurs professionnelles aboutissent au décès du consommateur ou d'autrui »¹¹². L'on comprend ainsi pourquoi ce contrôle ne constitue pas une atteinte à une liberté fondamentale du salarié dès lors qu'eu égard à la nature du travail confié à ce salarié, l'état d'ébriété est de nature à exposer les personnes ou les biens à un danger¹¹³. Déjà, en 1990, le Conseil d'État estimait que l'alcootest permettait de prévenir et de faire cesser une situation dangereuse pour le salarié ivre et pour les tiers. La solution reste la même aujourd'hui, l'employeur pour des raisons de sécurité est obligé de surveiller et de contrôler ses salariés afin qu'ils ne mettent pas leur propre sécurité en danger, ni celle de leurs collègues. L'employeur peut ainsi, au titre de l'état d'ivresse du salarié, lui interdire l'entrée ou le séjour dans les lieux de travail. Il serait totalement aberrant de laisser un routier prendre la route alors même que celui-ci est ivre ou encore un charpentier monter sur le toit d'une maison. De la même manière, l'employeur ou un supérieur hiérarchique du salarié peut mettre en œuvre un test salivaire à l'encontre d'un de ses salariés¹¹⁴ occupant un poste dit « *hyper sensible drogue* ».

L'employeur a donc l'obligation de surveiller et de contrôler ses salariés afin de permettre la bonne exécution de la prestation de travail et afin d'éviter la survenue d'un accident entraînant la mise en œuvre de sa responsabilité. La sécurité des salariés est primordiale. Pour autant, même si l'employeur peut contraindre des droits et des libertés en imposant des mesures de surveillance, les dispositifs mis en place ne doivent pas porter atteinte à la vie privée des salariés (CHAPITRE 2).

¹¹² DAVENAS L., PEPIN G., « Conséquences juridiques et financières de l'accident du salarié sous l'emprise d'une substance psychoactive », *Annales de toxicologie analytique*, n°1, vol. XIV, 2002.

¹¹³ Cass., soc. 31 mars 2015, n° 13-25436, Bull. civ. 2015, V. n°69.

¹¹⁴ CE, 4^{èmes} et 5^{èmes} chambres réunies, 5 décembre 2016, pourvoi n°394178, recueil Lebon.

CHAPITRE 2 : Un pouvoir de surveillance rendu légitime par le respect de la vie privée des salariés

Les moyens de surveillance des salariés évoluent. Le pouvoir de surveillance de l'employeur se renforce et tend à avoir un impact important sur les droits et libertés des salariés. S'il est du droit et du devoir pour l'employeur de contrôler et de surveiller ses salariés, la vie privée de ces derniers doit être protégée (Section 1). La théorie de l'employeur seul juge s'efface. La surveillance n'est plus absolue, pour qu'elle soit légitime, l'employeur doit respecter la vie privée de ses salariés. Cela ne signifie pas pour autant qu'il ne peut pas exercer un contrôle sur l'exécution de la prestation de travail. Une conciliation doit exister entre les intérêts de l'employeur et ceux des salariés. Ainsi, pour qu'un mécanisme de surveillance soit mis en place, l'employeur doit respecter la vie privée de ses salariés et il doit respecter le principe de proportionnalité (Section 2).

Section 1 : Un pouvoir de surveillance encadré par le respect de la vie privée des salariés

La surveillance des salariés par l'employeur est rendue légitime et valable si elle respecte la vie privée de ces derniers. Elle est une condition essentielle de la légitimité du dispositif de surveillance et de contrôle mis en place (I). A contrario, si elle n'est pas respectée, la surveillance est illégale. Les salariés sont protégés en tant qu'individus et non en tant que parties au contrat. Le respect de la vie privée permet de protéger les salariés des intrusions de l'employeur (II).

I. La vie privée comme condition essentielle de la légitimité de la surveillance des salariés

Puisqu'un contrat de travail est conclu d'un commun accord entre l'employeur et les salariés, il renvoie à une image d'égalité¹¹⁵. Pourtant, cette égalité est mise à mal par le pouvoir de l'employeur à l'égard des salariés. C'est parce qu'existe une inégalité entre les cocontractants que le législateur protège la « partie faible » au contrat. La vie privée des salariés pendant le temps et lieu de travail n'a pas toujours existée. Cette notion est apparue au fil du temps (A) pour laisser place à une difficulté d'appréciation entre la sphère professionnelle et la sphère personnelle des salariés (B).

¹¹⁵ DOCKES E., *Droit du travail*, Relations individuelles, HyperCours, 5 avril 2007.

A. L'apparition de la vie privée au travail comme condition de la surveillance

Le paternalisme de l'époque, octroyant des avantages à ses salariés, généralement en leur offrant un logement, entraîne une ingérence de l'employeur dans la vie privée des salariés¹¹⁶. Ces derniers étant regroupés et logés, voir nourris et soumis à des règles de vie commune, dans des maisons ouvrières appartenant aux sociétés industrielles les employant, la surveillance des salariés était omniprésente et permanente. Aucune condition ne rendait légitime la surveillance exercée par l'employeur. Même en dehors du temps et du lieu de travail, les salariés étaient soumis, contrôlés et surveillés par l'employeur. La liberté du salarié dans sa vie extra-professionnelle est apparue progressivement en droit du travail. A titre d'exemple, un prêtre-ouvrier est libre de ne pas révéler sa qualité d'ecclésiastique lors de son embauche¹¹⁷. Désormais « *chacun a droit au respect de sa vie privée* »¹¹⁸.

La subordination des salariés ne peut plus porter sur des éléments extérieurs à la prestation de travail. Un licenciement n'est ainsi pas justifié lorsqu'il est fondé sur les mœurs et les convictions religieuses d'un salarié¹¹⁹. De la même manière, les salariés sont libres d'acheter les biens, produits et marchandises de leur choix, n'est pas justifié le licenciement d'une salariée fondé sur l'achat d'une voiture de marque différente de celle de son employeur¹²⁰. L'employeur ne peut plus surveiller les actes et les comportements de ses salariés réalisés en dehors du temps de travail pour décider de mettre fin au contrat de travail les liant. Les faits relevant de la vie privée du salarié échappent au champ contractuel et ne peuvent justifier une sanction disciplinaire. La vie privée, ayant désormais valeur constitutionnelle¹²¹, est définie comme étant « *la sphère d'intimité de chacun, par opposition à la vie publique ce qui, dans la vie de chacun, ne regarde personne d'autre que lui et ses intimes* »¹²². Il est logique que puisque la vie privée n'a aucun lien avec la prestation de travail, que l'employeur ne puisse pas surveiller la vie extra-professionnelle de ses salariés. Il existe alors d'un côté la sphère professionnelle et de l'autre la sphère personnelle. Ces deux univers sont distincts l'un de l'autre.

Les juges ont ensuite considéré qu'« *il serait trop restrictif de limiter (la vie privée) à un cercle intime où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober dans une certaine*

¹¹⁶ WAQUET P., *L'entreprise et les libertés du salarié*, Ed. Liaisons, 2003.

¹¹⁷ Cass., soc. 17 octobre 1973, Bull. civ. n°484.

¹¹⁸ C.civ art 9.

¹¹⁹ Cass., soc. 17 avril 1991, PAINSECQ, Bull. civ. 1991, V. n°201.

¹²⁰ Cass., soc. 22 janvier 1992, n°90-42.517, Bull. civ.1992, V. n°30.

¹²¹ Cons. Const. 23 juillet 1999, n°99-416 DC.

¹²² CORNU G., Dictionnaire, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} édition, PUF 2000, V. Vie privée.

mesure le droit de l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables (...). Il n'y a aucune raison de principe d'en exclure les activités professionnelles ou commerciales »¹²³. La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît, par l'application de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, le droit au respect de la vie privée des salariés au travail. L'univers privé des salariés et l'univers professionnel de ces derniers ne sont plus indépendants l'un de l'autre, ils se juxtaposent pour laisser place à l'existence d'une vie privée au sein même de l'entreprise. De nombreux auteurs sont favorables à cette solution. Par exemple, Jean Jacques Rousseau considère que « *Renoncer à sa liberté, c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à ses devoirs. Une telle renonciation est incompatible avec la nature de l'homme, et c'est ôter toute moralité à ses actions que d'ôter toute liberté à sa volonté* »¹²⁴. La vie privée, étant une liberté et un droit pour les salariés, ils ne peuvent aucunement y renoncer lorsqu'un contrat de travail est conclu. C'est d'ailleurs avec force que la chambre sociale de la Cour de cassation, en France, a jugé dans le célèbre arrêt Nikon que « *le salarié a le droit même au temps et au lieu de travail au respect de l'intimité de sa vie privée* »¹²⁵. Le salarié ne renonce pas aux droits et libertés fondamentales reconnus à tout homme lorsqu'il pénètre dans l'entreprise¹²⁶. La liberté est inhérente à la condition de l'homme, il est impossible d'y renoncer moyennant rémunération. La vie privée des salariés ne s'arrête pas aux portes de l'entreprise. Le pouvoir de surveillance de l'employeur ne peut donc pas être un pouvoir total et totalitaire¹²⁷. La vie privée tend à être protégée et à s'exercer pendant l'exécution de la prestation de travail. Aucun lien de subordination et aucune surveillance ne peut faire obstacle à ce droit.

La prise en compte de la vie privée au travail a évolué pour laisser place à un bouleversement des frontières entre la vie privée des salariés et la vie professionnelle (B). La légitimité du pouvoir de surveillance de l'employeur à l'égard de ses salariés est brouillée.

B. L'émergence de difficultés entravant la légitimité de la surveillance

La notion de vie privée apparaît trop extensive¹²⁸ et dangereuse pour l'employeur. La vie au travail n'étant pas la vie privée, étant une activité publique impliquant des rapports avec des

¹²³ Cour EDH, 16 décembre 1992, NIEMIETZ c. Allemagne, n° 13710/88.

¹²⁴ ROUSSEAU J-J., *Du contrat social*, 1762.

¹²⁵ Cass., soc. 2 octobre 2001, NIKON, n°99-42942, Bull. civ. 2001, V. n°291.

¹²⁶ BOSSU B., DUMONT F., VERKINDT P-Y., *Manuel de droit du travail*, Tome 1, Artois Presses université, 2005, p.328.

¹²⁷ BOSSU B., DUMONT F., VERKINDT P-Y., *Droit du travail*, LMD, Ed. 2011.

¹²⁸ BOSSU B., « *L'ascension du droit au respect de la vie personnelle* », La Semaine Juridique Social, n°26, 30 juin 2015, p.1241.

tiers tels que des collègues, des patrons ou encore des clients, il est compréhensible que l'entièreté de la vie privée des salariés ne puisse pas être protégée¹²⁹ au sein de l'entreprise. La Cour de cassation, pour éviter une excessivité de la protection des salariés, préfère recourir au concept de vie personnelle¹³⁰. Il faut y voir la vie privée entendue strictement avec la protection du droit à l'image, de la liberté de s'habiller, du droit au respect des correspondances mais aussi celle de l'exercice des libertés civiles comme la liberté de se marier ou de consommer et la protection de l'exercice de la citoyenneté comme la liberté d'opinion¹³¹. La vie personnelle ne se limite pas à la vie extraprofessionnelle, elle subsiste, de façon limitée pendant la vie professionnelle¹³². La vie privée est une composante de la vie personnelle. Quoi qu'il en soit, qu'il s'agisse de la vie privée ou de la vie personnelle des salariés, elles doivent être protégées. Pour l'employeur, qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre notion, la légitimité de sa surveillance est restreinte par leur respect. En effet, « *on ne saurait trop vite perdre de vue que l'entreprise est un lieu de vie dans lequel le salarié doit pouvoir évoluer sans être exposé au contrôle intrusif de l'employeur. Si elle n'est pas à proprement parlé privée, il y a incontestablement une sphère de vie personnelle au travail qui isole le salarié du pouvoir de direction de l'employeur* »¹³³. Ce dernier doit respecter la sphère privée de son salarié.

Pour autant, encore faut-il connaître et délimiter ces deux mondes, que sont le monde professionnel et le monde privé. Le droit des relations de travail offre une illustration vivante de la difficulté à tracer les frontières séparant vie privée, vie publique et vie professionnelle¹³⁴. En principe, relèvent de la vie privée les actes, les paroles ou les comportements ayant lieu au domicile du salarié. De la même manière, lorsqu'un acte a lieu pendant l'exécution du contrat de travail, celui-ci relève de la sphère professionnelle susceptible de faire l'objet de sanction disciplinaire. Est, par exemple, justifié le licenciement d'un salarié ayant conduit en état d'ébriété pendant son temps de travail¹³⁵. A l'inverse, « *le fait pour un salarié, qui utilise un véhicule dans l'exercice de ses fonctions, de commettre, dans le cadre de sa vie personnelle, une infraction entraînant la suspension ou le retrait de son permis de conduire ne saurait être regardé comme une méconnaissance par [l'employeur] de ses obligations découlant de son*

¹²⁹ LEVENEUR L., *Vie privée et familiale et vie professionnelle*, La personne en droit du travail, Ed. Panthéon-Assas, 1999, n°48.

¹³⁰ Cass., soc. 16 décembre 1997, Bull. civ. 1997, V. n°441.

¹³¹ WAQUET P., *La vie personnelle du salarié*, in Mélanges Verdier, Ed. Dalloz, 2001, p.513.

¹³² BOSSU B., « L'ascension du droit au respect de la vie personnelle », op.cit.

¹³³ LOISEAU G., *Focus sur la vie personnelle du salarié*, D. 2009, p.2395.

¹³⁴ TEYSSIE B., *Droit civil des personnes*, Ed. Litec, 9^{ème} édition, 2005, n°39, p.57.

¹³⁵ Cass., soc. 24 janvier 1991, n° 88-45022, non publié au bulletin.

contrat de travail »¹³⁶. Cette solution est logique étant donné que l'acte résulte de la vie privée du salarié. Pour autant, la solution est tout autre lorsque le contrat de travail fait de la détention du permis de conduire une obligation contractuelle. A ce titre, la perte de celui-ci, même intervenue au cours de la vie privée peut justifier un licenciement¹³⁷. L'employeur a donc, dans certain cas, un pouvoir légitime de surveillance sur ses salariés, même au titre de leur vie privée. En dehors du temps et du lieu de travail, des paroles et des comportements peuvent également avoir lieu, à la fois en dehors de la sphère professionnelle mais aussi en dehors de la sphère privée et rendre la frontière entre ces deux mondes encore plus délicate. Tel est le cas, par exemple, d'un salarié en congé maladie qui tient des propos injurieux à l'égard de sa hiérarchie à des collègues de bureau dans un lieu public. Logiquement, celui-ci échappe à l'autorité de l'employeur puisqu'il se trouve en dehors du temps et du lieu de travail mais pour autant, la question se pose de savoir s'il s'agit d'un acte de la vie personnelle dépourvu de sanction disciplinaire ou d'un fait relevant du pouvoir disciplinaire de l'employeur. La Cour de cassation se prononce en faveur de la dernière solution. A l'inverse, un salarié prenant ses fonctions en étant ivre ne peut faire l'objet d'un alcootest, pour des raisons de vie privée, si les conditions concernant ce contrôle ne sont pas réunies. Ces exemples démontrent que la limite entre ce qui est, ou ce qui reste, professionnel et ce qui est, ou qui devrait être, personnel n'est pas encore parfaitement fixée¹³⁸. Un salarié peut très bien pouvoir être surveillé légitimement dans sa vie privée que de ne pas l'être.

De la même manière et de façon encore plus évidente, les TIC tendent à brouiller la frontière entre la vie personnelle et la vie professionnelle des salariés. Même s'il existe une telle confusion, la vie privée des salariés semble néanmoins primer sur la vie professionnelle (II).

II. La vie privée comme instrument de protection des salariés contre la surveillance de l'employeur

Le respect de la vie privée, condition essentielle de la légitimité du pouvoir de l'employeur, est un droit fondamental pour les salariés. A ce titre, l'employeur voit son droit de surveillance limité aussi bien sur les biens professionnels (A) que sur les biens appartenant directement aux salariés (B).

¹³⁶ Cass., soc. 3 mai 2011, n° 09-67464, Bull. civ. 2011, V. n°105.

¹³⁷ Cass., soc. 12 février 2014, n° 12-11554, Bull. civ. 2014, V. n°49.

¹³⁸ WAQUET P., *Vie professionnelle et vie personnelle*, Dr. soc. 2010, n°1, p.14.

A. Les droits limités de l'employeur sur les biens professionnels

L'employeur, au titre de l'existence du contrat de travail, a l'obligation de fournir à ses salariés le matériel nécessaire à l'exécution de leur prestation de travail. De cette obligation découle le droit pour l'employeur de surveiller et de contrôler son utilisation. Puisque le matériel appartient à l'entreprise, il est logique que l'employeur puisse en surveiller et contrôler l'utilisation sans qu'aucun obstacle ne s'offre à lui. Cette solution est sans conséquence lorsqu'il s'agit d'une tondeuse, d'un outil mécanique ou plus simplement de biens professionnels ne pouvant pas être utilisés à titre personnel. Désormais, le raisonnement est tout autre. Avec l'évolution des TIC, le salarié a de plus en plus tendance à utiliser les outils professionnels à des fins personnelles. Le salarié disposant du droit au respect de sa vie privée même au temps et lieu de travail¹³⁹, il est normal que l'employeur ne puisse pas contrôler de manière absolue l'outil professionnel mis à disposition de celui-ci. L'employeur ne peut pas tirer avantage des outils de travail qu'il met à la disposition de ses salariés pour les besoins du travail, pour porter atteinte à leur vie privée¹⁴⁰.

Un exemple peut être donné avec les fichiers informatiques et les courriers électroniques. Au départ, ceux-ci sont insusceptibles de contrôle¹⁴¹, le respect de la vie privée prime sur les intérêts de l'employeur. Or, pour parfaire à un certain réalisme conforme à l'esprit de la protection de la vie privée¹⁴², il est nécessaire que l'employeur ait un droit de regard sur les outils lui appartenant. La vie privée doit tenir compte des intérêts contraires. Pour cela, tout fichier¹⁴³ contenu dans l'ordinateur, y compris les messages électroniques¹⁴⁴, ont un caractère professionnel. Pour autant, cette présomption est simple, les salariés peuvent identifier les fichiers et messages qu'ils estiment personnels comme personnels. Une limite est donc posée au pouvoir de surveillance de l'employeur : celui-ci doit respecter la vie privée des salariés. Même si une présomption de caractère professionnel des données figurant sur l'outil informatique mis à la disposition du salarié pour l'exécution de son travail existe, le salarié peut délimiter sa sphère d'intimité. Ce dernier doit, pour que sa vie privée soit protégée et pour empêcher l'employeur d'avoir accès aux données, utiliser le terme de « personnel ». En effet, ne confère pas un caractère personnel aux données, les initiales du salarié¹⁴⁵, le prénom du

¹³⁹ Cass., soc. 2 octobre 2001, NIKON, n° 99-42942, Bull. civ. 2001, V. n°291.

¹⁴⁰ Cass., soc. 20 janvier 2016, n°14-15360.

¹⁴¹ Cass., soc. 2 octobre 2001, NIKON, n° 99-42942, Bull. civ. 2001, V. n°291.

¹⁴² LOISEAU G. « *Vie privée du salarié : la CEDH valide la JP de la chambre sociale* », JCP, Ed. soc. n°12, 27 mars 2018, p.30

¹⁴³ Cass., soc.18 octobre 2006, n° 04-48.025, Bull. civ. V. n°308.

¹⁴⁴ Cass., soc. 17 juin 2009, n° 08-40.274, Bull. civ. 2009, V. n°153.

¹⁴⁵ Cass., soc. 21 octobre 2009, n° 07-43.877, Bull. civ. 2009, V. n°226.

salarié¹⁴⁶ ou encore la dénomination « *mes documents* »¹⁴⁷. De la même manière, le salarié ne peut pas identifier de « personnel » la totalité du disque dur d'un ordinateur. Même si ces solutions paraissent délicates et peu protectrices pour les salariés, il arrive parfois que l'identification soit assimilée à la vie privée des salariés alors même que l'utilisation du terme « personnel » n'a pas été utilisé. En effet, a été considéré que « *par son thème faisant référence aux vacances, par la formulation familière utilisée et par son orthographe, le libellé de l'objet du message lui conférait d'évidence un caractère nécessairement et strictement privé et interdisait à un tiers fut-il l'employeur d'en prendre connaissance à l'insu de son expéditeur* »¹⁴⁸. De la même manière, les juges ont déjà considéré, sans regarder si le salarié avait identifié le message de personnel, qu'un employeur n'avait pas à prendre connaissance des messages électroniques apparaissant sur la boîte mail professionnelle de son salarié alors même qu'il s'agissait d'une correspondance privée¹⁴⁹. Même si un fichier ou un courrier électronique n'a pas été identifié comme personnel, il se peut que l'employeur ne puisse pas avoir accès au contenu. La même solution s'applique aux courriers papiers¹⁵⁰ reçu sur le lieu de travail. Seules les connexions internet peuvent être librement consultées par l'employeur¹⁵¹, sauf si le salarié démontre que la connexion est personnelle.

Si le salarié délimite correctement sa vie privée, sauf en cas de risques ou d'événements particuliers¹⁵², l'employeur ne peut avoir accès aux fichiers, dossiers et courriers personnels qu'en la présence du salarié ou celui-ci dûment appelé. A ce jour, la Cour de cassation n'a jamais admis l'exception des circonstances exceptionnelles pour justifier l'ouverture d'un fichier ou d'un message électronique par l'employeur. Ce dernier a ainsi intérêt à respecter les conditions de surveillance afin de rendre légitime son pouvoir.

L'employeur n'est pas libre d'exercer une surveillance sur ses propres biens. La vie privée des salariés est protégée. La légitimité du pouvoir de surveillance de l'employeur est encore une fois limitée. De la même manière, et de façon plus logique, son pouvoir est mis en exergue à l'égard des biens appartenant aux salariés (B).

¹⁴⁶ Cass., soc. 8 décembre 2009, n° 08-44480, non publié au bulletin.

¹⁴⁷ Cass., soc. 10 mai 2012, n° 11-13.884, Bull. civ. 2012, V. n° 135.

¹⁴⁸ CA, Toulouse, 4^{ème} chambre, 6 février 2003, n° 02-02.519, RJS 2003, n° 1254.

¹⁴⁹ Cass., soc. 30 mai 2007, n° 05-43.102, JurisData, n° 2007-039426.

¹⁵⁰ Cass., soc. 11 juillet 2012, n° 11-22.972, RJS 2012, n° 763.

¹⁵¹ Cass., soc. 9 juillet 2008, n° 06-45.800, JurisData, n° 2008-044801.

¹⁵² Cass., soc. 17 mai 2005, n° 03-40.017, Bull. civ. 2005, V. n° 165.

B. Les droits limités de l'employeur sur les biens personnels

Les salariés, en plus, d'avoir accès aux biens professionnels mis à leur disposition pour exécuter leur prestation de travail, peuvent utiliser et apporter leurs biens personnels au sein même de l'entreprise. Ces derniers font l'objet d'une protection au titre du respect de la vie privée des salariés. Par exemple, les sacs à main, les objets personnels ou encore les armoires des salariés ne peuvent pas être contrôlés au bon vouloir de l'employeur. Sauf circonstances exceptionnelles, l'employeur, pour pouvoir exercer un contrôle, doit posséder l'accord du salarié, l'avertir de son droit de s'y opposer et de son droit d'exiger un témoin¹⁵³. Il est normal que l'employeur ne puisse pas surveiller à sa guise les objets personnels des salariés. Pour autant, certes l'utilisation des outils personnels menace la vie privée des salariés mais ils instituent également un nouveau rapport de force entre les droits des salariés et les pouvoirs du chef d'entreprise. Une conciliation doit être trouvée.

La clé USB permet d'illustrer ce propos. Le droit de propriété que le salarié exerce légitimement sur la clé USB présente un obstacle à l'accès par l'employeur aux revendications de son contenu¹⁵⁴. Même si la propriété peut laisser penser à une exclusion de la sphère professionnelle¹⁵⁵, pour des raisons tenant à la sécurité de l'entreprise, l'employeur peut tout de même exercer une surveillance sur le support de données alors même que celui-ci appartient au salarié. Cette solution est néanmoins limitée dans son principe. En effet, l'employeur peut seulement avoir accès aux fichiers non identifiés comme personnels que la clé contient, hors de la présence du salarié, simplement si cette dernière est connectée à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur pour l'exécution de sa prestation de travail¹⁵⁶. Seule cette situation met en place une présomption de professionnalité à l'égard de la clé USB personnelle du salarié, la surveillance est ponctuelle. À contrario, si la clé n'est pas branchée à l'ordinateur professionnel, l'employeur n'est pas légitime à exercer une surveillance sur son contenu. Le droit de propriété prime sur le pouvoir de surveillance de l'employeur. Un salarié refusant de remettre à son employeur la clé ne commet pas de faute susceptible de rompre son contrat de travail. La solution est la même concernant les disques durs externes ou encore les appareils de captation d'images et de sons dans l'entreprise. En effet, lorsqu'un dictaphone est retrouvé sur le lieu de travail en fonctionnement, il devient professionnel. Pour autant, les

¹⁵³ Cass., soc. 11 février 2009, n° 07-42.068, Bull. civ. 2009, V. n°40.

¹⁵⁴ SAENKO L., « *L'employeur, le salarié et sa clé USB* », Dalloz, IP/IT 2018, p.66.

¹⁵⁵ MORIN-GALVIN A., « *Le contrôle patronal de l'usage par le salarié d'un matériel personnel : le difficile équilibre entre les droits de l'employeur et ceux du salarié* », Chronique, Rev. de jurisprudence, RJS, 2014, p.235.

¹⁵⁶ Cass., soc. 12 février 2013, n° 11-28.649, Bull. civ. 2013, V. n°34.

salariés sont là encore protégés, l'employeur ne peut pas procéder à l'écoute des enregistrements réalisés par le salarié sur cet outil en son absence ou sans qu'il ait été dûment appelé¹⁵⁷.

Même si les juges semblent accorder un certain pouvoir à l'employeur, le respect de la vie privée des salariés reste primordial. Pour qu'une surveillance, même sans droit, soit légitime, d'autres voies de fait s'offrent à l'employeur. Il peut par exemple directement faire appel aux autorités publiques pour espérer qu'une perquisition soit réalisée sur l'instrument incriminé. C'est à l'employeur de faire les démarches nécessaires, il ne peut pas lui-même exercer de contrôle sans que ne soit réunies les conditions permettant de rendre légitime son pouvoir.

La question de la légitimité de la surveillance de l'employeur se pose également lorsque le salarié exerce sa prestation de travail directement avec ses outils professionnels¹⁵⁸. En effet, « *s'il paraît légitime et prévisible que [l'employeur] puisse exercer un contrôle de l'usage des biens professionnels dont le salarié pourrait faire un usage personnel fictif, fautif ou dévoyé, son pouvoir de direction ne peut, en tant que tel, se déployer de la même manière sur les biens appartenant au salarié* ». Ses TIC n'ont pas, en principe, à être assimilés à une présomption de professionnalité¹⁵⁹. Le bien est d'abord personnel avant d'être professionnel. Les juges ne se sont pas encore prononcés sur la surveillance que peut exercer l'employeur sur ces biens mais il est difficile de penser que ces derniers admettent un contrôle. Autoriser une telle surveillance reviendrait à faire primer le pouvoir de l'employeur sur la vie privée des salariés. L'utilisation du réseau informatique de l'entreprise ne peut pas légitimer un pouvoir absolu sinon tous les biens personnels tels que les smartphones, tablettes et téléphones portables pourraient être surveillés au détriment de la vie privée des salariés. Cette solution serait excessive.

L'employeur dispose de droits et d'obligations pour surveiller ses salariés. Pour autant, ce dernier doit respecter de manière irréversible le droit au respect de la vie privée de ses salariés. La légitimité de son pouvoir n'est pas absolue, elle est ponctuelle et exceptionnelle. La vie privée semble primer sur le pouvoir de surveillance de l'employeur. Il existe néanmoins des cas où l'employeur peut restreindre la vie privée des salariés (Section 2).

¹⁵⁷ Cass., soc. 23 mai 2012, n° 10-23.521, Bull. civ. 2012, V. n°156.

¹⁵⁸ L'on parle aussi de « Bring your own device ».

¹⁵⁹ MORIN-GALVIN A., « *Le contrôle patronal de l'usage par le salarié d'un matériel personnel : le difficile équilibre entre les droits de l'employeur et ceux du salarié* », Chronique, Rev. de jurisprudence, RJS, 2014, p.235.

Section 2 : Un pouvoir de surveillance autorisé par la proportionnalité du dispositif

L'employeur ne peut pas supprimer un droit ou une liberté appartenant à ses salariés, il peut simplement les restreindre. A ce titre, il peut restreindre la vie privée de ces derniers au sein de son entreprise. Pour autant, il doit respecter des conditions, la surveillance doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Le principe de proportionnalité du dispositif mis en place par l'employeur est essentiel afin de rendre légitime son pouvoir de surveillance (I). La disproportionnalité du dispositif entraîne l'illégitimité de la surveillance des salariés et permet d'en contester la mise en place (II).

I. Le principe de proportionnalité comme critère indispensable à la légitimité de la surveillance

L'employeur peut restreindre les droits et les libertés des salariés mais pour cela, il doit impérativement respecter le principe de proportionnalité du dispositif de surveillance mis en place à l'égard des salariés (A). Quoiqu'il en soit, il semble néanmoins difficile de prouver l'existence de ce principe (B).

A. La mise en place d'un dispositif de surveillance répondant au critère de proportionnalité

L'employeur doit justifier les raisons pour lesquelles il a décidé de mettre en place un dispositif de surveillance. Une telle justification peut être recherchée dans la finalité de l'entreprise. Il est logique que l'employeur ait un regard sur l'exécution du contrat de travail. De la même manière, pour des raisons de sécurité mais aussi selon l'activité de l'entreprise et du poste du salarié, le pouvoir de l'employeur peut être légitime. Même si la surveillance semble nécessaire pour des raisons de finalité, le dispositif mis en place est susceptible de restreindre la vie privée des salariés. L'évolution des technologies de l'information et de la communication ne cesse d'intensifier les possibilités de violation de ce droit. Les droits de l'homme étant protégés aussi bien à l'extérieur de l'entreprise qu'à l'intérieur, l'employeur ne peut les restreindre selon son envie. C'est pourquoi il est prévu 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* »¹⁶⁰. La conciliation entre les intérêts de l'employeur et la vie privée des salariés repose sur le principe de proportionnalité¹⁶¹. À ce titre, la surveillance mise en place doit être pertinente par

¹⁶⁰ C.trav. art. L1121-1.

¹⁶¹ BAREGE A., BOSSU B., « *L'ordinateur et la vie privée du salarié* », La Semaine Juridique Social, n°24, 12 juin 2007, p.1451.

rapport au but poursuivi. Elle doit être indispensable et l'employeur ne doit pas pouvoir atteindre le même objectif avec un moyen de surveillance moins intrusif dans la vie privée des salariés. Le dispositif doit réellement être nécessaire au bon fonctionnement de l'entreprise. Et enfin, la mise en place de la surveillance ne doit pas avoir un impact disproportionné par rapport au résultat attendu. Pour que le pouvoir de l'employeur soit légitime, toutes ces conditions doivent être respectées.

À l'inverse, la surveillance n'est pas valable. En effet, par exemple, une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié n'a pas été reconnue comme légitime parce qu'elle ne répondait pas au triptyque permettant de reconnaître la proportionnalité du dispositif. Les juges dans cette affaire ont considéré que même si le but poursuivi était légitime, à savoir surveiller l'activité d'un visiteur médical et le moyen utilisé pertinent pour aboutir à l'objectif fixé c'est-à-dire contrôler l'exécution de la prestation de travail, la surveillance devait aussi être nécessaire. Or, ce dernier critère fait défaut, l'employeur avait la possibilité de surveiller son salarié avec un procédé moins attentatoire à sa vie privée tels que des appels clients. Ainsi la filature, dans ce cas, est insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur¹⁶².

La proportionnalité du dispositif est un critère important, il est « *la suite indissociable de l'entrée en force des libertés dans la relation de travail* »¹⁶³. Sans lui, la surveillance des salariés ne serait pas légitime. Il est un instrument de défense des droits et libertés individuelles des salariés dans l'entreprise¹⁶⁴. La mise en place d'un système de vidéosurveillance dans l'entreprise, au même titre que n'importe quels mécanismes de contrôle et de surveillance, doit respecter le principe de proportionnalité. Il doit être mis en œuvre de manière pertinente et adéquate. « *Si le déploiement de tels dispositifs sur un lieu de travail répond généralement à un objectif sécuritaire (tel que le contrôle des accès aux locaux ou encore la surveillance de zones de travail à risques), il ne peut avoir pour seul objectif la mise sous surveillance spécifique d'un employé déterminé ou d'un groupe particulier d'employés* »¹⁶⁵. La surveillance par vidéosurveillance ne doit pas être excessive et elle doit être strictement nécessaire à l'objectif poursuivi. Ainsi, elle ne peut pas avoir pour seul but de contrôler l'activité professionnelle des salariés.

¹⁶² Cass., soc. 26 novembre 2002, n° 00-42.401, Bull. civ. 2002, V. n°352.

¹⁶³ MAZEAUD A., « *La proportionnalité en droit social* », p.65.

¹⁶⁴ Rapport Lyon-Caen, n°152, p.139.

¹⁶⁵ CNIL, *Guide Cnil pour les employeurs et les salariés*, 2010, p.16.

La proportionnalité du dispositif de surveillance permet de protéger la vie privée des salariés. La surveillance ne sera valable que si ce principe est respecté. Pour autant, la légitimité du pouvoir de surveillance de l'employeur semble, par le respect de cette exigence, compliqué à prouver (B).

B. La mise en place d'un dispositif de surveillance proportionné difficile à prouver

La proportionnalité de la mesure de surveillance est obligatoire afin de rendre légitime le pouvoir de l'employeur. Cette exigence est contrôlée et appréciée de manière restrictive. En effet, il semble compliqué pour un employeur de prouver que le dispositif de surveillance est justifié par la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché. Les juges s'efforcent de protéger efficacement le droit au respect de la vie privée des salariés au détriment parfois des intérêts de l'employeur.

Il est d'abord compliqué pour l'employeur de prouver la pertinence du dispositif par rapport au but poursuivi. En effet, même s'il arrive que la finalité du dispositif soit justifiée par des impératifs de sécurité, la mesure ne peut pas concerner tous les salariés. Tel est le cas de l'alcootest, même si ce dispositif est mis en place pour des raisons de sécurité, il ne peut, pour autant, concerner que les salariés exécutant un travail dangereux et dont les fonctions sont de nature à exposer les personnes ou les biens à un danger¹⁶⁶. Les ouvriers du bâtiment manipulant des machines dangereuses ou encore des salariés conduisant des véhicules d'entreprises peuvent faire l'objet d'un tel contrôle. L'employeur doit ainsi faire une distinction entre les salariés sous peine de rendre la surveillance disproportionnée. Une telle surveillance ne peut s'appliquer que pour certaines fonctions. Le but est que la liberté et le droit au respect de la vie privée soient au minimum restreint. Il serait illogique qu'un employé de bureau face l'objet d'une telle surveillance, son travail n'étant pas en lui-même dangereux, le contrôle d'alcoolémie entraînerait une atteinte disproportionnée à la vie privée du salarié. Dans cette optique, une clause d'un règlement intérieur ne peut pas interdire à tous les salariés, sauf à démontrer par le biais d'un éthylotest son état de sobriété, d'entrer en état d'ébriété dans l'enceinte de l'entreprise¹⁶⁷. De la même manière, l'employeur ne peut pas imposer une tenue vestimentaire¹⁶⁸ si ce n'est pas justifié par la tâche à accomplir. Cette contrainte n'est généralement possible que pour des raisons de sécurité ou pour l'exercice de certaines fonctions

¹⁶⁶ Cass., soc. 31 mars 2015, n° 13-25436, Bull. civ. 2015, V. n°69.

¹⁶⁷ CE, 8 juillet 1988, n°7148471542, ¼ SSR, recueil Lebon.

¹⁶⁸ MOULY J., CHALARON Y., « *Règlement intérieur et notes de service* », avril 2015, actualisation janvier 2019.

entraînant un contact avec la clientèle. L'employeur ne peut pas surveiller et imposer à sa guise la tenue de ses salariés.

Ensuite, l'employeur doit prouver que l'atteinte à la vie privée des salariés est vraiment nécessaire pour parvenir à l'objectif et prouver qu'aucun autre dispositif n'aurait pu être mis en place. L'employeur n'est pas légitime à exercer une surveillance si celle-ci est vraiment trop attentatoire à la vie privée des salariés. Par exemple, la mise en place d'un détecteur de métaux à la sortie d'une entreprise qui travaille sur des métaux précieux semble proportionnée¹⁶⁹. Le but est de protéger l'entreprise des vols sans pour autant mettre en place un dispositif trop attentatoire aux droits des salariés. A l'inverse la fouille des sacs, objets et véhicules du personnel ne paraît pas indispensable et peut être remplacée par un autre dispositif. Elle porterait une atteinte excessive à la vie privée des salariés. De la même manière, le dispositif de surveillance respecte le principe de proportionnalité s'il respecte le contrat de travail conclu entre les salariés et l'employeur. Si le salarié dispose d'une liberté d'organisation dans son travail ou d'une liberté dans ses déplacements comme les commerciaux ou encore les VRP, la surveillance ne peut pas se faire en contradiction avec celui-ci¹⁷⁰. Un tel système n'est possible qu'en tant que finalité accessoire, il ne peut être mis en place que si aucun autre moyen n'est possible¹⁷¹, il doit vraiment être le seul moyen possible pour assurer le contrôle. En effet, l'installation d'un système de géolocalisation est prohibée¹⁷² si l'employeur peut contrôler et surveiller le temps de travail par le biais de compte-rendu journalier, de fiches de chantier, d'enquêtes auprès des clients, de pointages ou encore par la connexion quotidienne des salariés à un programme informatique pour la rédaction de rapports. Généralement la proportionnalité du dispositif de surveillance n'est pas reconnue à cause de la possibilité pour l'employeur de mettre en place une mesure moins intrusive pour la vie privée des salariés.

Si la mise en place du dispositif de surveillance et de contrôle répond au principe de proportionnalité, l'employeur est légitime à exercer son pouvoir de surveillance. Il se peut néanmoins qu'un dispositif apparaisse disproportionné. Dans ce cas, les salariés peuvent le contester (II).

¹⁶⁹ CE, 8 juillet 1988, n°7148471542, ¼ SSR, recueil Lebon.

¹⁷⁰ CEDH, 2 septembre 2010, UZUN c/Allemagne, n°35623/05.

¹⁷¹ CE, 10^{ème} – 9^{ème} chambre, 15 décembre 2017, n° 403776, BS 3/18 inf. 217.

¹⁷² Cass., soc. 3 novembre 2011, n° 10-18.036, Bull. civ. 2011, V. n°247.

II. Le principe de proportionnalité contestable dans la mise en place du dispositif de surveillance

Les salariés peuvent contester le principe de proportionnalité de la mise en place de la mesure de surveillance. En effet, ils peuvent considérer que le système de surveillance porte atteinte à leur vie privée (A) ou encore entraîne à leur encontre une situation attentatoire à leur bien-être au travail (B).

A. Une disproportionnalité entraînant le non-respect de la vie privée des salariés

Le respect de la vie privée est primordial. L'employeur ne peut pas mettre en place un dispositif lui portant atteinte. En effet, « *Le sacrifice des libertés (individuelles des salariés) n'est pas inconditionnel, il est finalisé (...) le sacrifice doit être utile et n'est licite que dans cette mesure* »¹⁷³. La mesure de surveillance doit vraiment respecter le principe de proportionnalité pour que le pouvoir de l'employeur soit légitime. A défaut, si le dispositif est disproportionné, la surveillance de l'employeur est illégitime. Pour autant, même si la proportionnalité du dispositif de surveillance est une obligation pour l'employeur, il arrive que celui-ci passe outre cette exigence en abusant de la surveillance. Le nombre de plaintes reçues en 2012¹⁷⁴ concernant les dispositifs de surveillance montre le non-respect des obligations incombant à l'employeur. 700 plaintes dont 240 sont liées à la vidéosurveillance, 87 à la géolocalisation des véhicules professionnels, 49 à la cybersurveillance et 29 à la badgeuse prouve que l'employeur exerce un pouvoir illégitime à cause de la disproportionnalité du dispositif de surveillance mis en place. Un droit de dénonciation des surveillances abusives et excessives est alors accordé aux salariés, soit auprès des institutions représentatives du personnel, de l'inspecteur du travail ou de la CNIL. Il est important que les salariés puissent dénoncer, pour protéger leur vie privée, le pouvoir illégitime de l'employeur. Ces acteurs sont très vigilants. Ils peuvent à la fois exercer des contrôles inopinés mais aussi faire des enquêtes sur les plaintes qui leur sont adressées. Le but est d'améliorer la situation afin de protéger les droits des salariés.

À titre d'exemple, est qualifié de disproportionnée et d'illicite la surveillance des salariés n'ayant aucun but sécuritaire, et ayant pour objectif de contrôler et de surveiller l'activité professionnelle des salariés. La vidéosurveillance ne peut pas exister si elle a pour but d'espionner le personnel. L'employeur ne peut pas non plus prévoir la possibilité d'ouvrir à

¹⁷³ LYON-CAEN G., *Rapport au ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle, Les libertés publiques et l'emploi*, La Documentation française, 1992, n°151.

¹⁷⁴ DE GIVRY E., « *Informatique et libertés, TIC et surveillance du salarié : regards de la CNIL* », *La Semaine Juridique Sociale*, n°41, 8 oct. 2013, p.1394.

tout moment les armoires individuelles mises à la disposition des salariés dans des vestiaires sous peine de porter atteinte à la vie privée des salariés. De la même manière, si l'employeur a la possibilité d'imposer le port de badges ou d'insignes à ses salariés, son pouvoir n'est pas légitime s'il impose cette obligation qu'aux représentants élus du personnel et aux représentants syndicaux. L'employeur ne peut pas non plus, par le biais de la vidéosurveillance, sauf dans les casinos, surveiller de manière permanente et constante ses salariés¹⁷⁵. Il est impossible de diriger et de surveiller directement le poste de travail des employés. Les salariés disposant d'un droit à l'image, il est logique que l'employeur ne puisse pas y porter atteinte. La CNIL a eu l'occasion de mettre en demeure des sociétés sur ce point. En effet, elle a considéré qu'était excessive, l'installation de huit caméras de vidéosurveillance pour huit salariés¹⁷⁶. Il est inconcevable de mettre en place une caméra par salarié. Dans cette optique et au titre du respect à la vie privée des salariés, il ne peut en aucun cas surveiller les accès aux toilettes, aux locaux syndicaux, aux vestiaires ou encore aux salles de pauses¹⁷⁷. Il ne peut pas non plus équiper son dispositif de surveillance de microphone permettant d'entendre et d'enregistrer les conversations des salariés. Ce dispositif excessif portant atteinte à la liberté d'expression du salarié au sein de l'entreprise, l'employeur ne peut pas écouter les conversations qui ont lieu entre collègues. Aussi, si le salarié est soumis à une géolocalisation de son véhicule professionnel et s'il ne peut pas la désactiver dans le cadre de sa vie privée, le salarié peut encore contester la proportionnalité du dispositif. L'employeur exerce là encore une surveillance excessive portant atteinte à la vie privée du salarié¹⁷⁸. Pour donner un dernier exemple, n'est pas non plus licite et proportionné un logiciel permettant d'enregistrer les sites visités par le salarié et effectuant des captures d'écran toutes les secondes avec l'indication de l'heure, de la date et du nom de l'intéressé. Le salarié bénéficiant du droit au respect à sa vie privée au sein de l'entreprise, il n'est pas logique que l'employeur puisse surveiller les sites qu'il regarde, sachant que le salarié peut très bien surfer sur le net à titre personnel. Au même titre, il paraît également disproportionné d'installer une vidéosurveillance au sein du domicile du télétravailleur.

Au titre du respect de leur vie privée, les salariés peuvent contester le principe de proportionnalité de la mesure de surveillance mise en place. De la même manière, ces derniers peuvent aussi considérer que le dispositif, par sa disproportion, porte atteinte à leur bien-être (B).

¹⁷⁵ CNIL, délib n° 2009-201, 16 avril 2009.

¹⁷⁶ CNIL, décision n°2011-036, 11 déc. 2011,

¹⁷⁷ CNIL, communiqué, 12 sept. 2013, JCP E 2013, Focus.

¹⁷⁸ CA, Bordeaux, 25 novembre 2007, pourvoi n°07/05964.

B. Une disproportionnalité engendrant une atteinte au bien-être des salariés

Le salarié, au même titre que pour le respect de sa vie privée, peut contester la mise en place du dispositif de surveillance sur le fondement de mauvaises conditions de travail. Il se peut que la disproportionnalité de la mesure engendre un mal être à l'égard des salariés. Avec l'évolution de l'usage des technologies de l'information et de la communication, qu'il s'agisse des vidéosurveillances ou de tout autre moyen de contrôle permettant d'accélérer la circulation de l'information, le dispositif de surveillance peut engendrer du stress, de l'anxiété ou encore de l'angoisse à l'égard des salariés¹⁷⁹. Pire encore, la mise en place d'une surveillance excessive peut s'avérer devenir du harcèlement moral. Il arrive, en effet, que la mesure de surveillance ait pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail des salariés susceptible de porter atteinte à leurs droits et à leur dignité, d'altérer leur santé physique ou mentale ou de compromettre leur avenir professionnel¹⁸⁰. Existait un lien indissociable entre la vie privée des salariés et leur dignité¹⁸¹, l'employeur ne peut pas y porter atteinte. Le moyen de surveillance s'avère disproportionné lorsque l'employeur abuse de son pouvoir de surveillance¹⁸² en persécutant le salarié par une surveillance et un contrôle obsessionnel de tous ses faits et gestes.

C'est pourquoi la surveillance inutile permet de reconnaître la disproportionnalité du dispositif. Tel est le cas lorsqu'une vidéosurveillance est installée dans un magasin pour surveiller spécifiquement un salarié¹⁸³, alors même que les autres magasins de l'entreprise n'en disposent pas. A l'inverse, ne semble pas constituer une situation de harcèlement la mise en place de vidéosurveillance au sein d'une bijouterie. Étant une mesure de sécurité, permettant d'éviter les vols, l'employeur est tout à fait légitime d'exercer son pouvoir de surveillance. La surveillance tatillonne porte également atteinte à la vie privée des salariés engendrant une situation de mal être à leur égard. Cette surveillance permet à l'employeur de surveiller tous les actes que pourraient réaliser les salariés au sein de son entreprise mais aussi d'exercer de manière abusive un contrôle de la prestation de travail. En effet, par exemple, la mesure de surveillance est tatillonne lorsqu'elle a pour objectif de contrôler de manière attentive les absences d'un salarié dans le cadre de ses mandats électifs¹⁸⁴ ou encore lorsque la surveillance est faite de manière permanente et excessive dans le but de chercher une erreur réalisée dans la

¹⁷⁹ RADE C., « *Nouvelles technologies de l'information et la communication et nouvelles formes de subordination* », Droit social, 2002, p.26.

¹⁸⁰ C.trav. art. L1152-1.

¹⁸¹ Cass., civ. 16 septembre 2010, n° 09-67.456, Bull. civ. 2010, I, n° 174.

¹⁸² ADAM P., « *Harcèlement moral et surveillance de l'activité des salariés* », septembre 2014, actualisation déc. 2017, rubrique 206.

¹⁸³ Cass., soc. 14 mars 2012, n° 11-10.663, non publié au bulletin.

¹⁸⁴ Cass., soc. 31 octobre 2013, n° 12-19.370.

prestation de travail du salarié¹⁸⁵. Enfin, la surveillance vexatoire entraîne aussi la disproportion de la surveillance. Une illustration peut être donnée lorsqu'un salarié doit établir des fiches journalières totalement inutiles¹⁸⁶. Toutes ces situations entraînent pour le salarié de mauvaises conditions de travail pouvant permettre de reconnaître une situation de harcèlement moral.

Dès lors que la surveillance est poussée à son maximum, dès lors qu'elle s'avère être exacerbée¹⁸⁷, elle porte nécessairement atteinte à la dignité des salariés. Tel est le cas encore lorsqu'un salarié est obligé, sans motif légitime, de détailler ses activités sur un tableau quart d'heure par quart d'heure et de justifier de chacune de ses sorties de son bureau, même pour se rendre aux toilettes¹⁸⁸. La surveillance ne peut pas être démesurée. Le harcèlement moral peut encore être reconnu lorsqu'un salarié fait l'objet d'une surveillance spéciale par le chronométrage¹⁸⁹ de la réalisation de sa prestation de travail, de son temps de pause-café ou encore du temps que ce dernier passe dans les toilettes de l'entreprise. Constitue encore une situation de harcèlement la surveillance permanente de l'avancement du travail d'un salarié, ses allées et venues dans le service mais également le fait d'aller le chercher régulièrement aux toilettes¹⁹⁰. Ces situations portent tellement atteinte au respect de la vie privée des salariés et à leur dignité que les juges reconnaissent dans l'exercice de la surveillance une situation de harcèlement moral.

L'employeur peut ainsi risquer de mettre en œuvre une situation de harcèlement moral en instituant une surveillance excessive et abusive. Situation qui ne sera pour lui que néfaste à la fois au niveau des relations de travail qu'il entretient avec ses salariés ou au niveau de la production qu'il souhaite atteindre.

¹⁸⁵ Cass., soc. 21 septembre 2011, n° 10-13.880, non publié au bulletin.

¹⁸⁶ Tribunal de Chambéry, 25 novembre 2003, RG n°03/01294.

¹⁸⁷ Tribunal de Poitiers, 9 décembre 2003, RG n°02/0196.

¹⁸⁸ Tribunal de Metz, 30 mai 2005, inédit.

¹⁸⁹ CA, Poitiers, chambre soc. 9 décembre 2003, pourvoi n°02/01961.

¹⁹⁰ CA, Besançon, chambre soc. 24 juillet 2012.

Conclusion intermédiaire

Au vu de ce qu'il a été étudié, il est à la fois nécessaire de garantir les intérêts de l'employeur mais aussi de protéger la vie privée des salariés et au sens large leurs droits et libertés fondamentales. Parce que la liberté de chacun est limitée par l'obligation de respecter les droits d'autrui, il est primordial d'assurer une conciliation entre les intérêts et les droits de chacune des parties au contrat de travail. Pour autant, il semble indéniable que la protection du respect de la vie privée des salariés est privilégiée par rapport à la protection qui est aussi accordée à l'employeur afin de protéger son entreprise. Cette dernière passe au second rang pour faire primer les droits et libertés des salariés.

Sauf si la surveillance et le contrôle s'exercent de manière physique par l'employeur, il est difficile pour lui de surveiller ses salariés. La surveillance physique se faisant de plus en plus rare, il devient compliqué pour l'employeur de mettre en place un dispositif de surveillance. Sauf à démontrer que la mesure ne porte pas atteinte à la vie privée des salariés, en justifiant sa nécessité, sa finalité et sa proportionnalité au but recherché, l'employeur n'est pas légitime à instaurer une surveillance au sein de son entreprise. De nombreuses contraintes s'imposent à lui. Quand bien même, l'employeur respecterait la vie privée des salariés dans la mise en place de la mesure de surveillance, le dispositif n'est pas encore valable. Des procédures doivent également être respectées. Le principe de loyauté tend aussi à s'appliquer pour que la légitimité de la surveillance de l'employeur soit avérée (TITRE 2).

TITRE 2 : Une légitimité de la surveillance des salariés réglementée par l'importance de la loyauté des relations de travail

La légitimité du pouvoir de surveillance de l'employeur ne s'arrête pas au respect de la vie privée des salariés dans la mise en place d'un dispositif de surveillance. D'autres conditions sont encore à respecter. Les contrats de travail devant être négociés, formés et exécutés de bonne foi¹⁹¹, un principe de loyauté s'imisce au sein des relations de travail (CHAPITRE 1) engendrant des obligations aussi bien à l'égard des salariés que de l'employeur. La bonne foi et la loyauté sont d'ordre public, il est impossible d'y déroger même si les parties au contrat sont d'accord. Dans tous les cas, les salariés et l'employeur doivent honorer leurs engagements et agir sans léser les droits de l'un et de l'autre. La loyauté et la bonne foi permettent de rééquilibrer la relation inégalitaire existante entre les parties. C'est pourquoi l'employeur n'est pas légitime à mettre en place un dispositif de surveillance à l'insu de certains acteurs qu'il sera question d'étudier. Il doit respecter un principe de transparence permettant d'informer mais aussi de déclarer les mesures mises en place. Une fois cette condition supplémentaire honorée, l'employeur se verra légitime à rapporter la preuve d'un agissement quelconque d'un salarié en justice. La légitimité du dispositif de surveillance engendre la possibilité pour l'employeur de sanctionner son salarié (CHAPITRE 2).

¹⁹¹ C.civ. art. 1104, C.trav. art. L1222-1.

CHAPITRE 1 : Un pouvoir de surveillance rendu légitime par la loyauté du dispositif mis en place

La mise en place d'un dispositif de surveillance spécifique, qu'il s'agisse d'une vidéosurveillance, d'une géolocalisation ou encore d'écoutes téléphoniques, entraîne l'obligation pour l'employeur de respecter des modalités procédurales¹⁹². Pour que le pouvoir de surveillance de l'employeur soit légitime, ce dernier doit respecter, au titre de la loyauté des relations de travail, un principe de transparence (Section 1). Si cette modalité est satisfaite, la preuve résultant du dispositif de surveillance sera déclarée loyale et pourra être utilisée en justice (Section 2).

Section 1 : La transparence du dispositif de surveillance comme accessoire de sa légitimité

Le pouvoir de surveillance de l'employeur est un droit qui lui est reconnu. Pourtant ce dernier n'est pas libre dans la mise en place d'un dispositif de surveillance. Il doit à la fois informer la communauté de travail (I) de la mise en place d'une quelconque mesure de surveillance et de contrôle et informer les acteurs protecteurs des salariés (II).

I. Une transparence non négligeable à l'égard de la communauté de travail

La communauté de travail doit impérativement être informée de la mise en place d'une mesure de surveillance au sein de l'entreprise (A). C'est une obligation incombant à l'employeur par le biais de différents documents (B).

A. L'obligation d'informer les salariés

L'employeur a l'obligation de porter à la connaissance des salariés les dispositifs de surveillance mis en place au sein de l'entreprise. Cette obligation de transparence, inspirée de la loi du 6 janvier 1978¹⁹³, signifie qu'aucune donnée ne peut être collectée et utilisée par un moyen frauduleux et illicite. Cette exigence est d'abord apparue en 1992¹⁹⁴ avec l'article L121-8 du Code du travail, devenu L1221-9 en matière d'embauche. Puis, l'obligation d'information s'est généralisée. Désormais, le Code du travail prévoit qu'*« aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté*

¹⁹² BAREGE A., BOSSU B., « *Preuve et surveillance des salariés* », Les Cahiers du droit, vol. 54, n° 2 et 3, juin-sept. 2003, p.277 à 302

¹⁹³ Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifié par la loi n°2004-801 du 6 août 2004, puis par la loi n°2018-413 du 20 juin 2018 et enfin par l'ordonnance n°2018-1125 du 12 décembre 2018.

¹⁹⁴ Avec la loi n°92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, art. 26, JORF 1 janv. 1993.

préalablement à sa connaissance»¹⁹⁵. Si l'employeur ne respecte pas cette obligation, son pouvoir de surveillance ne sera pas légitime. Cette exigence semble aujourd'hui se justifier par la nécessité de clarifier les points de rencontre entre la vie professionnelle et la vie personnelle des salariés¹⁹⁶. En effet, l'information du moyen de surveillance permet au salarié averti de préserver au mieux les éléments de sa vie privée qu'il désire laisser secret.

De la même manière, aucune faute, dont la preuve serait obtenue par une mesure de surveillance occulte, ne pourrait être imputée au salarié. Il est ainsi impératif d'exécuter loyalement le contrat de travail et d'informer les salariés des dispositifs de surveillance pouvant être mis en place. C'est une obligation pour l'employeur mais aussi une nécessité, sans sa mise en place, la surveillance est illégitime. C'est pourquoi la technique de surveillance en elle-même doit être connue des salariés. Même si celle-ci est matériellement visible, le principe de transparence et de loyauté impose malgré tout que les salariés soient informés¹⁹⁷. Dès lors que le dispositif a pour but de surveiller et de contrôler l'activité des salariés, même si celui-ci n'est pas installé dans l'entreprise mais chez un client où les salariés travaillent¹⁹⁸, ces derniers doivent être avertis. Cette exigence ne s'applique cependant pas lorsque la surveillance s'exerce physiquement par un supérieur hiérarchique¹⁹⁹ ou par un service interne de surveillance pour contrôler la bonne exécution du travail. De la même manière, lorsque la mesure de surveillance mise en place n'a pas pour objectif de surveiller et de contrôler les salariés, l'obligation de transparence n'est pas nécessaire. Tel est le cas par exemple d'une vidéosurveillance mise en place au sein de locaux dans lesquels les salariés ne travaillent pas²⁰⁰ ou dans les locaux où l'accès aux salariés est interdit²⁰¹.

En plus de la technique de surveillance, les salariés doivent être informés de la finalité du dispositif. Ils doivent à la fois connaître l'utilité de la mesure et l'usage qui en est fait. Par exemple, un employeur peut mettre en place un système de géolocalisation afin de réaliser une étude et d'optimiser le temps nécessaire aux déplacements de commerciaux itinérants. Pour autant, s'il informe les salariés de cette finalité, il ne peut pas utiliser le dispositif à d'autres fins comme celle de contrôler le temps de travail des salariés. Le détournement de finalité n'est pas

¹⁹⁵ C.trav. art. L1222-4.

¹⁹⁶ PLANQUE J-C., « *Vers un assouplissement des conditions de licéité de la surveillance des salariés ?* », D. 2002, p.2292.

¹⁹⁷ Cass., soc. 15 mai 2001, n° 99-42.219, Bull. civ. 2001, V. n°167.

¹⁹⁸ Cass., soc. 12 janvier 2012, n° 10-23.482, Bull. civ. 2012, V. n°2.

¹⁹⁹ Cass., soc. 26 avril 2006, n° 04-43.582, Bull. civ. 2006, V. n°145.

²⁰⁰ Cass., soc. 31 janvier 2001, n° 98-44290, Bull. civ. 2001, V. n°28 ou Cass., soc. 19 avril 2005, n° 02-46.295, Bull. civ. 2005, V. n°141.

²⁰¹ Cass., soc. 19 janvier 2010, n° 08-45.092, non publié au bulletin.

possible²⁰², les données traitées doivent correspondre à ce qui a été décrit au salarié sinon le dispositif n'est pas loyal²⁰³. Concernant les modalités de l'information, celle-ci n'étant pas précisées au sein du Code du travail, la transparence peut intervenir par tous moyens. Qu'elle soit écrite, orale, individuelle ou collective (notamment par le biais de note de service affichée dans les locaux ou encore par affichage du règlement intérieur), elle est valable. Toutefois, il est tout de même recommandé à l'employeur de réaliser l'information par écrit²⁰⁴ et de manière individualisée²⁰⁵ afin d'éviter les contestations. La transparence du dispositif joue en faveur du salarié. S'il n'est pas informé de la technique et de la finalité de la mesure de surveillance mise en place, la surveillance de l'employeur ne sera pas légitime.

Même si l'employeur respecte cette obligation, l'écrit est fort souhaitable. Ce dernier doit, pour pouvoir sanctionner les salariés d'un quelconque abus, découvert par le dispositif de surveillance, mettre en place des « supports de prédilection » informant les salariés de leurs droits (B).

B. La nécessité de mettre de place des supports de prédilection

Il est fortement souhaitable que l'employeur informe les salariés de la mesure de surveillance par écrit. De la même manière, il a plutôt intérêt de délimiter clairement les droits et libertés que peuvent exercer les salariés dans l'entreprise afin de pouvoir en sanctionner les abus. Il est obligatoire d'informer les salariés du dispositif de surveillance mis en place mais il est également essentiel qu'ils sachent quel comportement ils peuvent adopter ou non au sein de l'entreprise. En effet « *à défaut d'abus manifeste et caractérisé, un employeur ne saurait reprocher un comportement à un salarié s'il n'a pas préalablement déterminé quelle était la règle* »²⁰⁶. Si l'employeur désire limiter les droits et libertés des salariés, à la fois sur les biens professionnels ou personnels des salariés mais également de manière générale dans l'enceinte de l'entreprise, il peut fixer les règles au sein d'un règlement intérieur, d'une note de service ou encore d'une circulaire.

La difficulté se pose concernant les TIC professionnelles. Même si le bien appartient à l'entreprise, l'employeur ne peut pas restreindre totalement les droits et libertés des salariés sur ces derniers. En effet, il ne peut pas mettre en place des mesures de surveillance

²⁰² Cass., soc. 3 novembre 2011, n° 10-18.036, Bull. civ. 2011, V. n°247.

²⁰³ Règlement européen 2016/679 du 27 avril 2016, article 6.

²⁰⁴ Circ. DRT 10 du 15 mars 1993, n°II-A-3 : BOMT n°93-10.

²⁰⁵ CNIL, délib. n° 2006-066, 16 mars 2006.

²⁰⁶ BOUCHET H., *La cybersurveillance des salariés dans l'entreprise*, Rapport d'étude et de consultation publique, CNIL, mars 2001, p.31.

disproportionnées et restreindre de manière abusive leurs droits. Qu'il s'agisse d'un ordinateur, d'une tablette, d'un téléphone, d'internet, de connexions sans fil ou encore de logiciels, la CNIL²⁰⁷ tend à autoriser l'utilisation du matériel professionnel à des fins personnelles. L'employeur ne peut, à titre d'exemple interdire totalement l'accès à internet à des fins privés²⁰⁸. Cette solution étant disproportionnée et violant l'article L1121-1 du Code du travail, une tolérance doit être admise. Dans tous les cas, la tolérance engendre une utilisation raisonnable du bien de la part des salariés. Un exemple peut être donné concernant l'utilisation de la messagerie professionnelle, la CNIL considère qu'« *un usage raisonnable dans le cadre des nécessités de la vie courante et familiale est toléré, à condition que l'utilisation du courrier électronique n'affecte pas le trafic normal des messages professionnels* »²⁰⁹. De la même manière, est toléré « *une consultation ponctuelle (...) des sites internet dont le contenu n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs et ne mettant pas en cause l'intérêt et la réputation de l'organisation* »²¹⁰. La tolérance est indispensable afin d'instituer une relation de confiance entre l'employeur et ses salariés.

Il est ainsi important que les règles de surveillance et de bonne conduite soient définies et transmises aux salariés. Pour cela, l'employeur peut instaurer une charte informatique ou un guide de bonne conduite. Le but est de sécuriser l'usage du réseau informatique et d'informer les salariés de leurs droits et obligations. La charte informatique se voit annexée au règlement intérieur et soumise aux mêmes formalités²¹¹ que ce dernier dès lors qu'elle prévoit des prescriptions générales et permanentes très précises. Pour cela, elle doit contenir des prescriptions sur l'utilisation à des fins privées de l'outil informatique mais aussi des prescriptions sur le contrôle et la surveillance de l'employeur, sur les droits et obligations des salariés, sur la procédure en cas de manquement et sur les sanctions. Si ces conditions sont respectées, la charte est opposable aux salariés. À l'inverse, lorsqu'elle ne délivre que des consignes de prudence, elle leur est inopposable. L'employeur peut aussi restreindre les droits et libertés des salariés sur ses propres biens personnels sous réserve de ne pas porter atteinte à leur vie privée²¹². Aussi, lorsque l'encadrement ne concerne que quelques salariés de

²⁰⁷ BOUCHET H., *La cybersurveillance des salariés dans l'entreprise*, Rapport d'étude et de consultation publique, CNIL, mars 2001, p.29 et suiv.

²⁰⁸ Cons. Const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC.

²⁰⁹ CNIL, Rapport : *La cybersurveillance sur les lieux de travail*, 5 fév. 2002, p.16.

²¹⁰ Ibidem p.14.

²¹¹ La charte informatique doit dans ce cas respecter les formalités de l'article L1321-4 et R1321-2 du Code du travail.

²¹² MORIN-GALVIN A., « *Le contrôle patronal de l'usage par le salarié d'un matériel personnel : le difficile équilibre entre les droits de l'employeur et ceux du salarié* », Chronique, Rev. de jurisprudence, soc. RJS 2014.

l'entreprise, les droits et obligations peuvent être inscrits directement dans leur contrat de travail.

Quoi qu'il en soit, dès lors que l'employeur souhaite mettre en place un dispositif de surveillance, il doit en informer les salariés mais aussi prévoir les droits et libertés de ceux-ci. S'il ne le fait pas, la surveillance est illégale. La transparence du dispositif ne s'arrête pas à la seule information de la collectivité de travail, l'employeur doit également prévenir et consulter les instances protectrices des salariés (II).

II. Une transparence indispensable à l'égard des instances protectrices des salariés

L'employeur ne peut pas seulement informer les salariés. Son obligation de transparence s'étend à d'autres acteurs. Il a l'obligation, pour que le dispositif de surveillance et de contrôle des salariés soit légitime, d'informer et de consulter le CSE de l'entreprise (A). Il doit également respecter les préconisations de la CNIL afin que le principe de transparence du dispositif de surveillance soit totalement respecté (B).

A. Le principe de consultation/information du Comité Social et Économique

Au départ et depuis de nombreuses années, l'employeur devait, pour rendre son pouvoir de surveillance légitime, consulter et informer les instances représentatives du personnel qu'étaient le Comité d'entreprise, le Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et les délégués du personnel. Désormais, ces dernières étant regroupées²¹³ à l'intérieur d'une même instance que l'on appelle le Comité social et économique²¹⁴, l'employeur doit s'y référer afin de pouvoir mettre en place un dispositif valable de surveillance des salariés. Tout comme le CE²¹⁵ auparavant, le CSE doit être « *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* »²¹⁶. Le CSE n'étant qu'un regroupement des instances, il est possible et opportun de considérer que les solutions qui étaient applicables aux IRP le sont aussi pour le CSE. Cette exigence d'information et de consultation du CSE concerne de nombreuses techniques de contrôle et de surveillance, à l'exception encore du contrôle direct par le supérieur hiérarchique. Il est logique que l'employeur soit obligé de respecter une telle obligation puisque la surveillance engendre généralement un traitement automatisé de gestion du personnel pouvant

²¹³ Pour toutes les entreprises à compter du 1^{er} janvier 2020 ;

²¹⁴ Ordonnance n°2017-1386 du 22 sept. 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice de la valorisation des responsabilités syndicales, JORF n°0223 du 23 sept. 2017.

²¹⁵ C.trav. art. L2323-32 al. 3 ancien, abrogé par l'ordonnance n°2017-1386 du 22 sept. 2017.

²¹⁶ C.trav. art. L2312-38.

porter atteinte à la vie personnelle des salariés. C'est pourquoi, l'employeur a l'obligation d'informer et de consulter le CSE lorsqu'il souhaite mettre en place « *un outil de pilotage commercial* »²¹⁷, une vidéosurveillance ou encore un auto communicateur.

Plus généralement, dès lors que la mesure de surveillance permet ou peut permettre au moins partiellement un contrôle et une surveillance des salariés, l'employeur doit respecter le principe d'information/ consultation. Lorsqu'un dispositif de surveillance n'a pas pour objet de surveiller directement les salariés, il est conseillé pour l'employeur de respecter tout de même le principe d'information/consultation du CSE. En effet, a été jugé illicite un système de vidéosurveillance n'ayant pas fait l'objet de la procédure d'information et de consultation du CSE²¹⁸. Dans cette affaire, l'employeur s'est vu illégitime d'apporter exceptionnellement la preuve fautive d'un salarié détectée par les vidéosurveillances destinées à surveiller les clients du magasin car ce dernier n'avait pas respecté son obligation. L'information/consultation du CSE est un véritable préalable indispensable²¹⁹ permettant au CSE de donner son avis sur la pertinence du dispositif et sur la proportionnalité de la mesure par rapport aux moyens utilisés et au but recherché²²⁰. Pour protéger les salariés, il est logique qu'un tel contrôle soit exercé et que la légitimité de la surveillance de l'employeur soit difficile à appréhender.

Qu'il s'agisse de mesures individuelles de surveillance ou de mesures collectives, l'employeur doit respecter cette obligation. Par exemple, ne sera pas valable une surveillance exercée par un système de géolocalisation alors même qu'une note avait été adressée aux utilisateurs des véhicules automobiles équipés d'un tel dispositif et que le CE avait été mis au courant de l'organisation d'une réunion d'information des conducteurs concernés par la mesure²²¹. L'employeur doit nécessairement, dès lors qu'il met en place un dispositif spécifique de surveillance informer et consulter le CSE. Une simple information ne suffit pas. De plus, dès lors que le dispositif de contrôle des salariés implique l'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise pouvant avoir un impact sur les conditions de santé et de sécurité ou sur les conditions de travail²²², une information et consultation du CSE s'impose également.

²¹⁷ Cass., soc. 10 avril 2008, n° 06-45.741, non publié au bulletin.

²¹⁸ Cass., soc. 7 juin 2006, n° 04-43866, Bull. civ. 2006, V. n°206.

²¹⁹ URBAN Q., « *Le contrôle de l'activité des salariés* », Comité d'entreprise : rôle et attributions en matière économique, avril 2015, actualisation mai 2018.

²²⁰ Circ. DRT n°93-10, 15 mars 1993, n°II-A-3 : BOMT n°93-10.

²²¹ Tribunal, Grenoble, 29 nov. 2006, Coradin c/ Stem, RG n°06/728.

²²² C.trav. art. L2312-8.

Dans de nombreux cas, l'employeur est contraint d'informer et de consulter le CSE. A défaut, son pouvoir de surveillance sera encore une fois illégitime. Dès lors que cette exigence est respectée, ce dernier doit encore respecter les préconisations de la CNIL (B).

B. Le respect des préconisations de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés

L'évolution des TIC ayant ouvert la voie à l'exploitation informatique des données à caractère personnel des salariés, il est logique que le traitement et la conservation de celles-ci soient protégés. C'est ainsi qu'au départ, lorsque la mesure de contrôle constituait un système de traitement automatisé de données à caractère personnel²²³, l'employeur devait déclarer le dispositif de surveillance auprès de la CNIL. Seules de rares mesures de contrôle étaient exclues de cette déclaration. Tel était le cas par exemple lorsqu'il existait un règlement de l'Union européenne²²⁴ imposant à l'employeur d'enregistrer des données. En ce sens, a été jugé légitime la mise en place d'un chronotachygraphe²²⁵, même en l'absence de déclaration à la CNIL, sur le fondement d'un règlement européen²²⁶ d'application directe imposant une telle mise en place à l'employeur sous peine de sanctions. Depuis le 25 mai 2018²²⁷, quelque soit le dispositif de surveillance, la déclaration auprès de la CNIL n'est plus un préalable à la légitimité du pouvoir de l'employeur. Cette solution peut paraître favorable à l'employeur, or, la suppression de la déclaration est remplacée par une autre obligation : l'employeur doit, depuis cette date, respecter le Règlement Général sur la Protection des Données. Le RGPD met en place de nombreuses obligations que l'employeur doit respecter dans la mise en place d'un dispositif de surveillance et plus spécifiquement sur les données personnelles qui sont collectées et traitées concernant les salariés.

L'employeur doit, pour que la mesure de contrôle soit valable, rendre le traitement et la collecte des données personnelles conforme à ce qu'il a été décrit aux salariés. Les données doivent être obtenues pour des « *finalités déterminées, explicites et légitimes* »²²⁸ et faire l'objet d'une utilisation « *adéquate, pertinente et limitée à ce qui est nécessaire au regard des*

²²³ 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, JORF, n°182, 6 août 2004, modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978.

²²⁴ LARDEUX G., « *Preuve : règles de preuve* », Répertoire de droit civil, oct. 2018.

²²⁵ Cass., soc. 14 janv. 2014, n° 12-16.218, Bull. civ. 2014, V. n°4.

²²⁶ Règlement CEE n°3821/85 du 20 déc. 1985 concernant l'appareil de contrôle dans le domaine des transports par route.

²²⁷ Avec l'entrée en application du règlement européen 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données.

²²⁸ Règlement européen 2016/679 du 27 avril 2016, 5.1.B.

finalités pour lesquelles elles sont traitées »²²⁹ . Les salariés peuvent également avoir accès aux données les concernant et possèdent un droit de rectification, de modification et de suppression des données personnelles. Aussi, l'employeur doit conserver les données pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées²³⁰. Désormais, de manière systématique, dès le choix du dispositif de surveillance ou de sa mise à jour, l'employeur doit prendre en compte les principes de protection des données.

Le RGPD tend à rendre encore plus difficile la mise en place d'un dispositif de surveillance des salariés. En plus de respecter ces préconisations, le RGPD²³¹ impose à l'employeur de réaliser une analyse d'impact relative à la protection des données lorsque « *le recours à des nouvelles technologies, compte tenu de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement, est susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques* »²³² . Le dispositif de surveillance de l'employeur portant nécessairement une atteinte aux droits et aux libertés des salariés, il est logique qu'il fasse l'objet d'une AIPD, sans quoi, la mesure de contrôle serait illégitime. Il est donc concevable qu'une telle analyse soit réalisée lorsqu'il existe une surveillance systématique des salariés par exemple ou encore lorsqu'est mis en place un système biométrique. De la même manière, encore pour protéger les salariés, la CNIL peut aussi établir une liste des types de dispositifs pouvant faire l'objet d'une analyse d'impact. La CNIL n'a désormais plus un rôle d'approbation mais bel et bien un rôle de contrôle du respect des préconisations rendues obligatoires par le RGPD. L'employeur n'a plus à déclarer le dispositif mais si la CNIL décide d'opérer un contrôle, ce dernier doit pouvoir prouver que les traitements et la collecte de données qu'il organise sont justifiés.

Le RGPD tend à améliorer le niveau de protection des salariés et permet également de rendre loyale et légale la surveillance de ces derniers. La transparence de la surveillance et du contrôle est un préalable obligatoire. Salariés comme instances protectrices de ceux-ci doivent connaître la mesure de contrôle mais aussi l'utilisation qui est faite des données collectées. L'employeur a intérêt de respecter toutes les obligations qu'il a été question d'étudier précédemment s'il veut voir reconnaître la légitimité de son pouvoir de surveillance. Une fois celui-ci reconnu, la preuve qu'il tient d'un dispositif de surveillance pourra être rapporté en justice (Section 2).

²²⁹ Ibidem 5.1.C.

²³⁰ Ibidem 5.1.E.

²³¹ CNIL, Rapport : *Ce qu'il faut savoir sur l'analyse d'impact relative à la protection des données*, 6 nov. 2018.

²³² Règlement européen 2016/679 du 27 avril 2016, art. 35.1.

Section 2 : La légitimité du dispositif de surveillance comme source de loyauté de la preuve

Au même titre que le droit civil²³³, il est strictement nécessaire que la preuve apportée par l'employeur soit loyale (I). La loyauté étant le corolaire du contrat de travail, il est logique que l'employeur respecte cette obligation. La validité du dispositif de surveillance est importante, sans elle, la preuve rapportée en justice serait déloyale. Cette solution peut paraître désavantageuse pour l'employeur. En effet, l'exigence de loyauté et de légitimité de la mesure de surveillance et de contrôle semble compromettre la vérité (II).

I. La légitimité comme attribut de la loyauté de la preuve

L'employeur, pour prouver le comportement ou un acte fautif d'un salarié, doit impérativement rapporter une preuve loyale (A) découlant d'un dispositif de surveillance légitime. Il arrive toutefois qu'une preuve, normalement illicite, soit utilisée et considérée en justice comme répondant au principe de loyauté (B).

A. Une preuve loyale indispensable

Par principe, la preuve en droit du travail est libre. Pourtant, « *Le procès [n'étant] pas un combat comme les autres, tous les coups ne sont pas permis* »²³⁴. La preuve en droit du travail n'est pas réellement libre, elle doit respecter certaines exigences. C'est pourquoi, elle doit respecter les règles de droit commun²³⁵ et se voir appliquer, devant les juridictions prud'homales, les dispositions du premier livre du code de procédure civile²³⁶. De manière générale, la preuve doit être obtenue de manière loyale. En ce sens, « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* »²³⁷. L'employeur ne peut rapporter de preuve obtenue en violation de la loi. La preuve doit être loyale. La loyauté de celle-ci est tellement importante qu'elle ne cesse d'être rappelée dans les décisions de justice. Même l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt de principe en date du 7 janvier 2011²³⁸ manifeste son attachement à la loyauté de la preuve en ce qu'elle permet la réalisation du droit de toute partie à un procès équitable. Tous les moyens supérieurs, celui du droit au respect de la vie privée et celui du droit au respect de la personne.

²³³ C.trav. art. L1221-1.

²³⁴ GUINCHARD S., BANDRAC M., « *Droit processuel* », Précis Dalloz, 1^{re} éd., 2001, p. 542.

²³⁵ C.trav. art. L1221-1.

²³⁶ C.trav. art. R1451-1.

²³⁷ CPC art. 9.

²³⁸ Ass. plé. 7 janvier 2011, n° 09-14316 09-14667, JurisData n° 2011-000038.

C'est sur ces deux principes que se forge la loyauté dans l'administration de la preuve. Cette dernière n'est pas valable si elle porte de manière excessive, atteinte à la vie privée des salariés.

De plus, même lorsque la mesure de surveillance ne porte pas nécessairement atteinte à ce droit, il se peut tout de même que la preuve soit déloyale à cause de sa réalisation clandestine. En effet, si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, c'est à la seule condition que le procédé ne soit pas clandestin²³⁹ ou dissimulé. A ce titre, lorsque le dispositif de contrôle n'a pas été préalablement porté à la connaissance des salariés²⁴⁰, la preuve est illicite. Qu'il s'agisse d'enregistrements de vidéosurveillance²⁴¹ ou encore de rapports rendus par un détective privé²⁴², la solution reste la même. Le principe de loyauté interdit ainsi « *le piège [et] le traquenard dans l'utilisation d'un droit* »²⁴³. Plus généralement, sont exclus les ruses, machinations et stratagèmes de nature à tromper une personne²⁴⁴. La tricherie et la tromperie sont interdites. Par exemple constitue des stratagèmes l'utilisation de lettres piégées²⁴⁵ à l'insu du personnel ou encore la mise en place de témoins²⁴⁶ par l'employeur ayant pour but de piéger un salarié. La loyauté dans l'administration de la preuve semble logique car il serait inconcevable que l'employeur puisse prouver une faute ou un comportement fautif de la part d'un salarié alors même que celui-ci agit de manière déloyale à l'encontre de ce dernier. Quoi qu'il en soit, l'employeur doit impérativement respecter les conditions qu'il a été question d'étudier précédemment afin de mettre en place un dispositif de surveillance spécifique. Seule la légitimité du dispositif de surveillance permet à l'employeur d'en utiliser la preuve. À l'inverse, si la preuve est obtenue en violation de ces règles, elle ne peut en aucun cas constituer une preuve valable susceptible de justifier une quelconque sanction disciplinaire ou un licenciement à l'encontre des salariés²⁴⁷. Dans ce cas, la preuve est illicite et sera rejetée par les juges prud'homaux.

La loyauté de la preuve est indispensable et obligatoire afin de rendre la preuve recevable en justice. Elle permet de protéger les droits et libertés des salariés. Sans légitimité, il n'y a pas de loyauté de la preuve. L'employeur a donc intérêt de respecter ses obligations, sans quoi il ne

²³⁹ Cass., soc. 14 mars 2000, Bull. civ. V. n°101.

²⁴⁰ Cass., soc. 22 mai 1995, n° 93-44.078, Bull. civ. V. n°164.

²⁴¹ Cass., soc. 20 novembre 1991, n° 88-43.120, Bull. civ. V. n°519.

²⁴² Cass., soc. 22 mai 1995, n° 93-44.078, Bull. civ. V. n°164.

²⁴³ PERROCHEAU V., « *Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves* », Petites affiches, n°99, 17 mai 2002, p.6.

²⁴⁴ DEBOVE F., FALLETTI F., JANVILLE T., Précis de droit pénal et de procédure pénale : PUF, 4^e édition, 2012, p.650.

²⁴⁵ Cass., soc. 4 juillet 2012, n° 11-30.266, Bull. civ. 2012, V. n°208.

²⁴⁶ Cass., soc. 19 novembre 2014, n° 13-18.749, RJS 2/15 n°77.

²⁴⁷ Cass., soc. 16 mars 2011, non publié au bulletin.

dispose d'aucun moyen pour prouver le comportement fautif de ses salariés. Pour autant, il existe tout de même des cas où la légitimité de la mesure de surveillance est avérée alors même que l'employeur n'a pas agi conformément à la loi (B).

B. Une preuve illégitime admise dans certains cas

Le terme de loyauté appartenant à l'origine au vocabulaire de la chevalerie, fait référence à l'honneur et à l'exigence morale impliquant l'absence de toute tricherie, duplicité ou trahison²⁴⁸. C'est pourquoi en droit du travail, la loyauté prohibe les procédés de surveillance clandestins, dissimulés et portant atteinte à la vie privée des salariés, les procédés probatoires frauduleux ou fondés sur des artifices subterfuges sont exclus²⁴⁹. Pourtant il existe des cas où la preuve est valable alors même que les conditions de la légitimité de la surveillance patronale ne sont pas remplies²⁵⁰. Tel est le cas lorsque l'employeur ne met pas en place de dispositif de surveillance spécifique. Par exemple, la preuve rapportée grâce à la simple surveillance d'un salarié sur son lieu de travail par son supérieur hiérarchique²⁵¹ est admise afin de prouver un comportement fautif. Au-delà de cette surveillance directe, l'employeur peut aussi utiliser la preuve obtenue par une caméra de vidéosurveillance mise en place dans les locaux où les salariés ne travaillent pas²⁵².

En plus de pouvoir prouver la faute d'un salarié sans que l'employeur ne respecte les conditions de la légitimité de son pouvoir de surveillance, si le dispositif résulte de la seule utilisation de techniques connues et légitimes²⁵³, la preuve sera également valablement recueillie en justice. A ce titre, si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectuée à l'insu de l'auteur des propos constitue un procédé déloyal rendant la preuve illicite en justice, à l'inverse, celle rapportée par l'utilisation d'un message écrit téléphonique est loyale car l'auteur des messages est présumé ne pas pouvoir ignorer que ces derniers sont enregistrés par l'appareil récepteur²⁵⁴. Salariés comme employeurs peuvent utiliser les SMS en justice sans que la preuve ne soit déloyale.

²⁴⁸ DE LAMY B., *De la loyauté en procédure pénale : Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale*, dans Mélanges J. PRADEL, 2006, Cujas, p.97.

²⁴⁹ RAVANAS J., « *Protection de la vie privée : la preuve illicite d'une relation « défectueuse » de travail* », D. 2003, p.1305.

²⁵⁰ BAREGE A., BOSSU B., « *Preuve et surveillance des salariés* », Les Cahiers du droit, vol. 54, n° 2 et 3, juin-sept. 2003, p.277 - 302.

²⁵¹ Cass., soc. 26 avril 2006, n° 04-43.582, Bull. civ. 2006, V. n°145.

²⁵² Cass., soc. 31 janvier 2001, n° 98-44.290, Bull. civ. 2001, V. n°28.

²⁵³ TEYSSIE B., « *La preuve en droit du travail* », in PUIGELIER C. (dir.), *La preuve*, Paris, Economica, 2004, page 73-78.

²⁵⁴ Cass., soc. 23 mai 2007, n° 06-43.209, JurisData n°2007-038970, JCP S 2007, 1601.

De manière analogue, les propos laissés sur un répondeur téléphonique peuvent aussi être utilisés en justice²⁵⁵ comme les relevés des communications téléphoniques permettant de vérifier la durée, le coût et les numéros des appels passés à partir de chaque poste de travail²⁵⁶. L'employeur peut également utiliser un constat d'huissier pour prouver la faute d'un salarié. En effet, un tel dispositif ne constituant pas en lui-même un procédé déloyal, il peut être utilisé en justice à la seule condition que ce dernier n'utilise pas de stratagèmes pour piéger le salarié. Pour cela, il ne peut en aucun cas utiliser une fausse identité²⁵⁷ pour extorquer des renseignements défavorables au salarié tout comme il ne peut pas organiser « *un montage en faisant effectuer, dans les différentes boutiques et par des tiers qu'il y avait dépêchés, des achats en espèces puis en procédant, après la fermeture du magasin et hors la présence du salarié, à un contrôle des caisses et du registre des ventes* »²⁵⁸. Ces situations sont illicites et rendent la preuve obtenue déloyale. A l'inverse, la loyauté de la preuve est reconnue lorsque l'huissier de justice effectue des constatations matérielles dans un lieu ouvert au public²⁵⁹.

A l'exception de ces situations, qui sont des cas spéciaux, autorisant l'employeur à fournir une preuve résultant d'une mesure de surveillance ne respectant pas les conditions vues précédemment, l'employeur est contraint de respecter les éléments rendant le dispositif de surveillance et de contrôle légitime. Si la légitimité tend à protéger les droits et les libertés des salariés, elle semble faire obstacle à la manifestation de la vérité (II).

II. La légitimité comme obstacle à la vérité

La légitimité du dispositif de surveillance et de contrôle des salariés mis en place par l'employeur constitue un obstacle à la manifestation de la vérité. A la lumière des autres branches du droit (A), les juges de la chambre sociale semblent plus exigeants sur l'existence de la loyauté de la preuve. Ils font primer la loyauté sur la vérité (B).

A. Une loyauté de la preuve différente selon les branches du droit

Le principe de loyauté ne s'applique pas de la même façon selon les branches du droit. L'employeur ne dispose pas des mêmes contraintes. En effet, en droit pénal, à la différence du droit du travail, il est prévu qu'« *hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction* »

²⁵⁵ Cass., soc. 6 février 2013, n°11-23.738, JurisData n°2013-001563, RJS 2013, n°316, JCP S 2013, 1149.

²⁵⁶ Cass., soc. 29 janvier 2008, non publié au bulletin, JCP S 2008.1396.

²⁵⁷ Cass., soc. 5 juillet 1995, Bull. civ. 1995, V. n°237.

²⁵⁸ Cass., soc. 18 mars 2008, n° 06-40852, Bull. civ. 2008, V. n°65.

²⁵⁹ Cass., soc. 19 janvier 2005, n° 02-44.082, non publié au bulletin.

²⁶⁰. La loyauté de la preuve ne semble pas nécessaire. La chambre criminelle a d'ailleurs décidé qu'« aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale »
²⁶¹. L'employeur peut très bien utiliser une mesure de surveillance et de contrôle qui n'a pas été portée à la connaissance des salariés. Par exemple, est admis la production de films obtenus par l'employeur grâce à une caméra cachée dans une bouche d'aération se situant au-dessus des caisses²⁶² d'un supermarché. La preuve d'un tel dispositif est admise devant les juges si le principe du contradictoire est respecté. Il suffit que les parties communiquent et échangent entre elles les pièces qui vont être utilisées durant le procès pour que la preuve soit valable. La liberté de la preuve en droit pénal peut s'expliquer par la protection qui est accordée à la collectivité dans son ensemble²⁶³. C'est la protection de l'ordre public qui permet de justifier l'administration de tout moyen de preuve et de faire primer la vérité sur le respect des droits fondamentaux de la personne.

En droit civil et plus spécifiquement en droit du travail, la preuve est également libre²⁶⁴. En principe, tous les moyens de preuve peuvent être utilisés par les parties pour prouver les faits ou comportements fautifs en cause. Pour autant, même s'il s'agit de faire surgir la vérité, tous les coups ne sont pas permis²⁶⁵. La loyauté est absolument nécessaire afin de rendre la preuve licite. L'employeur doit impérativement prouver que la mesure de surveillance qu'il met en œuvre répond aux conditions la rendant légitime. A défaut, « la déloyauté peut suffire à faire échouer une action quand bien même elle n'atteindrait pas l'intensité d'une véritable fraude »
²⁶⁶.

Puisqu'il existe une relation inégale²⁶⁷ entre l'employeur et ses salariés, il est logique que l'employeur ne puisse pas utiliser toutes les preuves dont ils disposent. En effet, il serait trop simple pour ce dernier de prouver un comportement ou acte fautif et il pourrait facilement porter atteinte aux droits et libertés des salariés, alors même que cette hypothèse est interdite par la

²⁶⁰ CPP art. 427.

²⁶¹ Cass., crim. 11 juin 2002, n° 01-85559, Bull. crim. 2002, n°131.

²⁶² Cass., crim. 23 juillet 1992, n° 92-82721, Bull. crim. 1992, n°274.

²⁶³ PERROCHEAU V., « Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves », Petites-affiches, n°99, 17 mai 2002, p.6.

²⁶⁴ FROUIN J-Y., « La preuve en droit du travail », Les modes de preuves, Semaine Sociale Lamy, n°1246, 2 oct. 2006.

²⁶⁵ AYNES L., *L'obligation de loyauté* : Arch. Phil. Droit, Dalloz, tome 44, 2000, p.202.

²⁶⁶ MOTULSKY H., « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, les droits de la défense en procédure civile », Mélanges ROUBLIER, 1961, n°16 - 18.

²⁶⁷ FROUIN J-Y., « La loyauté en droit du travail », Procédure n°12, dossier 23, déc. 2015.

loi. A l'inverse, la loyauté de la preuve n'est pas aussi difficile à rapporter par le salarié. Toutes les conditions permettant de rendre loyale la preuve rapportée par l'employeur ne sont pas à respecter par la partie faible au contrat. Le but est de tenir compte du déséquilibre probatoire entre les parties au contrat de travail. Par exemple, sans autorisation de son employeur, même à son insu, ce dernier peut appréhender et reproduire des documents de l'entreprise lorsque ces derniers sont strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à son employeur²⁶⁸.

Dans tous les cas, les juges préfèrent protéger les droits et libertés fondamentales des salariés, même s'il s'agit de faire primer la loyauté de la preuve sur la manifestation de la vérité (B).

B. Une loyauté de la preuve primant sur la vérité

La vérité semble mise à mal au profit de la loyauté de la preuve issue d'un dispositif de surveillance et de contrôle des salariés. En effet, en interdisant que les preuves déloyales soient produites en justice, le principe de loyauté entre en concurrence avec la vérité²⁶⁹. Selon les juges sociaux, la loyauté dans l'administration de la preuve a pour unique objectif de protéger les droits et libertés des salariés. Cette solution s'explique par le but même de l'existence du droit du travail qui permet de protéger la personne du salarié en raison de son état de subordination. Pour autant, l'exigence de loyauté et l'accroissement de la considération de la personne se faisant de plus en plus forte dans les relations de travail, elles font naître une difficulté encore plus élevée de faire apparaître la vérité. Si la déloyauté de l'employeur est fortement critiquée, celle des salariés ne se fait pas entendre. Les juges ont tendance à insister sur un dispositif de surveillance mis en place à l'insu des salariés sans se préoccuper du comportement déloyal et de la turpitude du salarié. Tel a été le cas dans l'arrêt Neocel²⁷⁰ où les juges ont particulièrement insisté sur la déloyauté de l'employeur dans la mise en place d'une caméra de vidéosurveillance sans prendre en considération l'infraction de vol qu'avait effectué le salarié.

La doctrine²⁷¹ estime que les juges encouragent la déloyauté des salariés en acceptant le détournement de finalité du droit au respect à la vie privée. En effet, le salarié dont le comportement a été particulièrement blâmable peut retourner à son profit l'illicéité de la preuve

²⁶⁸ Cass., soc. 31 mars 2015, n° 13-24410, Bull. civ. 2015, V. n°68.

²⁶⁹ PERROCHEAU V., « *Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves* », Petites-affiches, n°99, 17 mai 2002, p.6.

²⁷⁰ Cass., soc. 20 novembre 1991, NEOCEL, n° 88-43120, Bull. civ. 1991, V. n°519.

²⁷¹ KEFER F. « *La légalité de la preuve confrontée au droit à la vie privée du salarié* », La vie privée au travail : éd. Anthemis, n°39, 2011, p.56.

rapportée par l'employeur. D'autres auteurs tiennent à mettre un terme à la difficulté pour l'employeur de prouver un fait ou un comportement fautif d'un salarié en proposant des solutions alternatives à la loyauté absolue dans l'administration de la preuve dans les relations de travail. Ces derniers proposent d'analyser les manquements respectifs des deux parties. Si l'acte du salarié dépasse l'illicéité du manquement de l'employeur, ce dernier doit être sanctionné même si l'employeur n'a pas respecté la légitimité du dispositif de surveillance. Le but serait d'exercer une certaine balance entre la gravité respective des fautes reprochées²⁷² et de voir laquelle est la plus grave afin de pouvoir la sanctionner.

Même si cela devait remettre en question la protection de la partie la plus faible au contrat de travail, ces auteurs acceptent ces inconvénients afin de générer la reconstitution et la manifestation de la vérité. Dans l'exemple donné plus haut, le vol est plus grave que l'absence d'information des salariés, ainsi la preuve rapportée par l'employeur aurait été valable et aurait permis de sanctionner le salarié fautif. Dans cette hypothèse, les salariés peuvent très bien être sanctionnés alors même que la preuve obtenue par l'employeur découle d'une mesure de surveillance, qui est, elle-même déloyale et illégitime.

Pour autant, la doctrine refuse d'admettre tous les modes de preuve. Ne serait ainsi pas recueilli²⁷³ les preuves relevant de la violation d'une règle prescrite à peine de nullité ou encore violant les droits des personnes considérés comme étant les plus fondamentaux. À l'inverse, seraient admises « *les preuves déloyales ne portant pas atteinte au droit au respect de la vie privée des salariés chaque fois qu'elles sont proportionnées au regard du droit de l'employeur de prouver le comportement déloyal de son subordonné* »²⁷⁴. Si cette solution n'a pas encore été adoptée en droit social, la chambre civile²⁷⁵ n'y a pas été indifférente. En effet, elle a considéré qu'une compagnie d'assurance pouvait recourir à la filature par un détective privé pour démontrer l'autonomie conservée par une personne handicapée dès lors que celle-ci n'entraîne pas une atteinte disproportionnée à la vie privée de la personne. L'intéressé ayant été suivi « sur la voie publique ou dans des lieux ouverts au public, sans provocation aucune à s'y rendre », les juges ont valablement recueilli cette preuve.

²⁷² RAYNAUD J., « *Pour la réhabilitation, sous conditions, de la preuve dite déloyale en droit du travail* », La Semaine juridique, Entreprises et affaires, 2013, p.1044.

²⁷³ KEFER F. « *La légalité de la preuve confrontée au droit à la vie privée du salarié* », La vie privée au travail : éd. Anthemis, note 47, p.48.

²⁷⁴ RAYNAUD J., « *Pour la réhabilitation, sous conditions, de la preuve dite déloyale en droit du travail* », La Semaine juridique, Entreprises et affaires, 2013, p.1044.

²⁷⁵ Cass., civ. 31 octobre 2012, n° 11-17476, Bull. civ. 2012, I, n°224.

Même si certains auteurs semblent favorables à la mise en place d'une analyse de la gravité des fautes respectives entre les parties au contrat, d'autres s'y opposent afin d'éviter la remise en cause de la protection de la partie la plus faible au contrat. Quoiqu'il en soit les juges continuent de faire primer le respect des droits et des libertés des salariés sur la manifestation de la vérité. Même s'il s'avère difficile pour l'employeur de démontrer la vérité. La légitimité de la mesure de surveillance et de contrôle permet tout de même, c'est d'ailleurs l'un de ses objectifs, de sanctionner les salariés fautifs (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 2 : Un pouvoir de surveillance rendu légitime par la nécessité de sanctionner les salariés fautifs

Après avoir respecté les conditions inhérentes à la légitimité de la mise en place d'une mesure de surveillance et de contrôle des salariés et après avoir mis en œuvre une preuve loyale, il est logique que l'employeur, partie forte au contrat de travail, puisse sanctionner le comportement fautif d'un de ses salariés. S'il doit respecter une certaine loyauté envers ses salariés, ces derniers doivent également la mettre en œuvre. La légitimité du dispositif de surveillance devrait entraîner par principe la validité de la sanction à l'égard des salariés. Pour autant, devant les juges, une telle légitimité ne suffit pas, l'employeur doit encore démontrer l'abus de droit qu'aurait pu exercer son subordonné ou encore la faute qu'il aurait pu réaliser (Section 1). Même si la légitimité de la surveillance est acquise, l'employeur n'est pas assuré d'obtenir gain de cause devant les juridictions prud'homales. En effet, pour protéger les droits et libertés des salariés, les juges sont très pointilleux et n'hésitent pas à donner raison aux salariés. Quoiqu'il en soit, l'action de l'employeur ne reste pas toujours caduque. Il arrive qu'il obtienne gain de cause (Section 2).

Section 1 : L'établissement de la faute du salarié

Devant les juges prud'homaux, la loyauté de la preuve et la légitimité du dispositif de surveillance et de contrôle des salariés ne suffisent pas à sanctionner ces derniers. En effet, selon le contenu de la surveillance, l'employeur n'est pas libre d'utiliser la preuve en résultant. Dans tous les cas, il doit prouver la faute de ses subordonnés. Si dans des cas précis, le comportement fautif du salarié semble aisé à établir (I), il reste des cas où la faute est difficile à appréhender (II).

I. Une faute justifiée dans des cas précis

Si l'employeur veut obtenir gain de cause, il doit démontrer que l'acte ou le comportement, qu'il considère comme fautif, même s'il relève de la vie privée des salariés, cause un trouble objectif à l'entreprise (A). De la même manière, s'il prouve que le salarié a eu un comportement déloyal, il peut être légitime à exercer une sanction à son encontre (B).

A. L'exigence d'un trouble objectif à l'entreprise

Si la légitimité du dispositif de surveillance des salariés est légitime, l'employeur devrait pouvoir utiliser n'importe quel contenu devant les juges. Pourtant, seul le contenu se rapportant à la vie professionnelle²⁷⁶ des salariés peut être rapporté. Cette solution est logique étant donné que les salariés ont chacun le droit au respect de leur vie privée au sein de l'entreprise. Pour autant, si l'employeur ne peut sanctionner un salarié sur un motif tiré de sa vie privée²⁷⁷, il en est tout autrement lorsque son comportement crée un trouble objectif au sein de l'entreprise²⁷⁸. Dans ce cas et depuis un arrêt célèbre²⁷⁹ « Léger », même si le contenu est privé, l'employeur peut s'en servir en justice. Le trouble objectif à l'entreprise étant une notion prétorienne, elle a pour objectif de protéger à la fois les droits et libertés des salariés mais également l'intérêt de l'entreprise²⁸⁰. Même si les salariés disposent de droits et de libertés, ils ne doivent pas se réaliser au détriment de l'employeur. A titre d'exemple, si en principe un salarié peut recevoir du courrier à titre personnel au travail, cette possibilité peut encombrer le courrier professionnel et porter atteinte à l'entreprise dès lors que le salarié en reçoit un nombre innombrable²⁸¹.

Dès qu'un acte perturbe le fonctionnement de l'entreprise, l'employeur est tout à fait légitime d'en sanctionner l'auteur. Pour autant, le trouble objectif à l'entreprise implique qu'il soit subjectif²⁸². Il ne doit pas résulter du simple sentiment de l'employeur, il faut des éléments précis et vérifiables. De plus, il doit être suffisamment caractérisé vis-à-vis de la finalité de l'entreprise et des fonctions occupées par les salariés dans l'entreprise. A titre d'exemple constitue un trouble objectif à l'entreprise justifiant une sanction du salarié la publicité de sa condamnation pénale ayant entraîné la désorganisation d'un service, l'intervention à plusieurs

²⁷⁶ Cass., soc. 5 juillet 2011, n° 10-17284, inédit, non publié au bulletin.

²⁷⁷ Cass., soc. 17 avril 1991, PAINSECQ, Bull. civ. 1991. V. n°201.

²⁷⁸ FABRE A., *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Préface de LYON CAEN A., LGDJ, Ed. lextenso, Tome 59, 2010.

²⁷⁹ Cass., soc. 20 novembre 1991, LEGER, n° 89-44.605, Bull. civ. 1991, V. n°512, JurisData n°1991-003219.

²⁸⁰ WAQUET P., « Le « trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à redéfinir », Rev. trav. 2006, p.304.

²⁸¹ BAREGE A., BOSSU B., « Un fait tiré de la vie privée ne peut constituer une faute », La Semaine Juridique Sociale, n°28, 10 juil. 2007, p.1538.

²⁸² DRAI L., « Contrôle par l'employeur de l'usage des technologies de l'information et de la communication par ses salariés », Fasc. 1192, 26 janv. 2016, mise à jour le 1^{er} mars 2018.

reprises de l'employeur pour faire cesser les rumeurs mais également la mise en place d'une cellule psychologique²⁸³. Si un tel dispositif n'avait pas eu à se mettre en place, le trouble n'aurait certainement pas été avéré. De la même manière, constitue un trouble objectif à l'entreprise le comportement personnel d'un salarié qui, occupant les fonctions de directeur de deux foyers de travailleurs migrants, chargé de l'encaissement des redevances locatives pour l'association, avait cessé depuis près de 14 mois de régler ses propres loyers malgré des rappels et des procédures contentieuses²⁸⁴. Si le salarié occupait une autre fonction, peut-être que le trouble n'aurait pas été avéré. Un acte relevant de la vie privée des salariés peut également justifier la théorie du trouble objectif. Tel est le cas lorsque la maladie prolongée impose un remplacement définitif de ce dernier²⁸⁵. Ici c'est bien le gêne occasionné par l'absence du salarié qui motive la rupture du contrat et non l'état de santé de ce dernier. Cette théorie semble difficile à reconnaître, l'employeur doit prouver de manière spécifique en quoi l'acte personnel du salarié engendre un trouble pour son entreprise. De plus, même si un tel trouble est avéré, la rupture du contrat ne constitue plus²⁸⁶ un licenciement pour faute grave²⁸⁷. Il s'agit désormais d'un licenciement pour motif personnel. Une protection est encore accordée au salarié.

De la même manière, si l'employeur démontre qu'un salarié a eu un comportement déloyal, le contenu de la légitimité du dispositif de surveillance peut s'imposer (B).

B. L'existence d'une déloyauté du salarié

Le contrat de travail fait découler une obligation de loyauté à l'égard des salariés. S'ils ne respectent pas leurs obligations professionnelles, une sanction peut être prononcée à leur encontre. Si l'employeur doit respecter la vie privée de ses salariés, il existe des cas où celle-ci ne rentre pas dans le cadre du contrat de travail. En ce sens, a été considéré que « *s'il est exact que l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci, sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public* »²⁸⁸. Dès lors que l'employeur surprend ou détient la preuve qu'un salarié n'exécute pas ses obligations professionnelles, il peut le sanctionner. Il est tout à fait logique de sanctionner un salarié de

²⁸³ Cass., soc. 26 septembre 2012, n° 11-11247, non publié au bulletin.

²⁸⁴ Cass., soc. 11 avril 2012, n° 10-15.764.

²⁸⁵ Cass., soc. 13 mars 2001, n° 99-40.110, Bull. civ. V. n°84.

²⁸⁶ Ch. Mixte, 18 mai 2007, n° 05-40803, Bull. civ. 2007, n°3.

²⁸⁷ Comme c'était le cas depuis un arrêt Cass., soc. 3 décembre 2002, n° 00-44.321, Bull. civ. V. n°361.

²⁸⁸ Cass., soc. 24 mars 1998, Bull. civ. 1998, V. n°171, JurisData n°1998-001346.

confession musulmane qui refuse, dans une boucherie, de manipuler de la viande de porc à cause de ses convictions religieuses.

Le salarié doit également avoir un comportement loyal. Ainsi, fait preuve de déloyauté le salarié qui procède de manière volontaire, avant d'être placé en arrêt maladie, à la mise en place d'un mot de passe personnalisé afin de rendre inaccessible par l'employeur les fichiers professionnels stockés sur son ordinateur professionnel. La déloyauté est d'autant plus caractérisée dès lors que ce dernier refuse de le communiquer²⁸⁹. Puisque l'employeur ne peut pas avoir accès aux documents de l'entreprise, le salarié commet une faute. Cette solution s'applique également à un salarié qui crypte son ordinateur pour faire obstacle à toute consultation alors même qu'il n'en a pas eu l'autorisation²⁹⁰.

La loyauté impose également aux salariés de ne pas commettre des agissements susceptibles de porter préjudice à leur employeur. Constitue ainsi une déloyauté susceptible de justifier une sanction disciplinaire le fait pour un salarié d'inciter de nombreux collègues à intenter une action en justice et à signer une pétition contre leur employeur²⁹¹. De tels faits remettent en cause la probité de l'employeur et souligne la déloyauté du salarié. De la même manière, est déloyal l'envoi d'un courriel à partir d'une messagerie professionnelle, à une personne extérieure de l'entreprise dès lors qu'un tel courriel contient des informations confidentielles et des remarques de nature à déconsidérer les personnes de l'entreprise²⁹². Même si l'employeur semble protégé, une place est tout de même laissée aux droits et libertés des salariés. En effet, ne constitue pas une faute le courriel de dénigrement de l'employeur envoyé à un collègue, en dehors du temps et du lieu de travail, à partir d'une messagerie personnelle²⁹³. Est également un acte déloyal, le fait de porter atteinte à l'image de l'entreprise en créant un site pornographique sadomasochiste à partir de son ordinateur professionnel dont la connexion impose que le nom de la société apparaisse²⁹⁴ mais aussi le fait pour un cadre membre du comité de direction, de tenir des propos insultants à l'égard de la direction dont certains membres étaient nommément cités sur un blog dont la structure était accessible à tous²⁹⁵. Quoi qu'il en soit, l'employeur doit impérativement prouver cette déloyauté, sans quoi son action sera caduque.

²⁸⁹ Cass., soc. 23 mai 2012, n° 11-11.522, JurisData n°2012-010843.

²⁹⁰ Cass., soc. 18 octobre 2006, n° 04-48.025, Bull. civ. V. n°308.

²⁹¹ CA, Limoges, 23 février 2009, n° 08/01112.

²⁹² Cass., soc. 16 mai 2013, n° 12-13.372.

²⁹³ Cass., soc. 26 janvier 2012, n° 11-10.189, JurisData n°2012-001015.

²⁹⁴ CA, Grenoble, 10 novembre 2003, n° 00/04741, JurisData n°2003-239606.

²⁹⁵ CA, Dijon, 21 mars 2013, n° 12/00511, JurisData n°2013-009297.

S'il existe des cas spécifiques permettant à l'employeur de rompre le contrat de travail, il reste tout de même difficile pour lui de prouver la faute d'un salarié, même si cette dernière résulte d'un dispositif de surveillance mis en place légitimement (II).

II. Une faute restant difficile à établir

Généralement, l'employeur utilise l'abus de droit afin de prouver la faute d'un de ses salariés. Pour autant, la définition de cette notion n'étant pas légale, elle entraîne une incertitude à l'égard de l'employeur (A) qui aura des difficultés à prouver le comportement abusif d'un salarié. De la même manière, même si le dispositif de surveillance est légitime, il arrive qu'existent des doutes quant à la preuve obtenue (B).

A. L'imparfaite définition de l'abus de droit

Pour qu'il y ait abus, le salarié doit faire preuve de déloyauté à l'égard de son employeur. Le principe étant la loyauté dans les relations de travail, elle est « *inséparable de la relation à l'autre* »²⁹⁶. L'employeur comme les salariés doivent respecter ce principe. Si l'employeur a l'obligation de mettre en place un dispositif de surveillance légitime répondant aux différentes conditions qu'il a été question d'évoquer mais également au principe de loyauté, il est logique que le salarié ne puisse pas abuser des droits et libertés qui lui sont conférés au détriment de son employeur²⁹⁷.

Le salarié doit avoir une attitude d'intégrité et d'honnêteté vis-à-vis de ce dernier. Il doit adopter un comportement rentrant dans le cadre de ses obligations contractuelles mais aussi agir conformément à ce que l'employeur peut légitimement attendre de lui. S'il fait du tort à son employeur, son comportement sera normalement qualifié d'abusif. Pour autant, puisque l'abus ne possède pas de définition, il est strictement limité et restreint à un petit nombre de cas. En effet, même si le titulaire d'un droit abuse de celui-ci, en détournant la norme de sa finalité et en l'utilisant afin de causer un trouble à autrui, il est difficile pour l'employeur de le prouver. Les juges vont apprécier souverainement l'existence de l'abus dans la relation de travail tout en tenant compte des droits et libertés des salariés et des avertissements qui auraient pu être donnés aux salariés.

²⁹⁶ AYNES L., *L'obligation de loyauté*, Arch. Phil. Droit, Dalloz, tome 44, 2000, p.199.

²⁹⁷ BAREGE A., BOSSU B., *L'éthique et le rapport de travail*, tome 47, 2012, page 241 et suiv.

Le cas du droit à la liberté d'expression, qui est reconnue à la fois dans les textes internationaux²⁹⁸ et nationaux²⁹⁹, permet de démontrer l'imparfaite définition de l'abus. Depuis longtemps³⁰⁰, cette liberté prévaut dans l'entreprise mais également en dehors de celle-ci. Ce n'est qu'au titre de l'article L1121-1 du Code du travail qu'une restriction peut être apportée à ce droit. Sauf à démontrer un abus quelconque, l'employeur ne peut sanctionner les salariés. Depuis de nombreuses années, la Cour de cassation tente de cerner, sans en donner une définition précise, l'abus de droit dans la liberté d'expression afin de limiter son appréciation. Ce n'est que parce que cette notion ne dispose pas de définition légale précise que les juges souhaitent en délimiter les contours. Même si l'employeur considère qu'il existe un abus, les juges peuvent en décider autrement. La Cour de cassation n'admet l'abus dans la liberté d'expression que s'il existe des propos injurieux, diffamatoires, insultants ou excessifs³⁰¹. A ce titre, ne constitue pas un abus dans la liberté d'expression le fait de critiquer la nouvelle organisation d'un service³⁰². Si l'employeur prouve l'existence d'une expression outrageante, méprisante, invective ou encore l'allégation ou l'imputation d'un fait lui portant atteinte, les juges pourront peut-être rendre légitime la sanction disciplinaire exercée à l'encontre du salarié en cause. Pour autant, même si de tels propos existent, les juges³⁰³ vont également analyser la teneur des propos, le contexte dans lequel ils ont été tenus et la publicité qui en est faite. Il faut vraiment que l'abus soit important pour qu'il puisse justifier une sanction disciplinaire.

Quoi qu'il en soit, même si la possibilité de sanctionner l'abus existe, il paraît difficile d'en rapporter la preuve. En effet, puisque les juges statuent souverainement, une Cour de cassation peut très bien estimer qu'une situation est constitutive d'un abus alors qu'une autre peut en décider autrement. Même si l'employeur fait le nécessaire pour prouver l'abus d'un salarié, il se peut que les juges estiment les preuves insuffisantes alors que d'autres reconnaitront le caractère abusif. L'incertitude plane pour l'employeur et remet en cause la légitimité de la mesure de surveillance qu'il a mise en place au sein de son entreprise.

Si l'appréciation de l'abus de droit est difficile à appréhender, à délimiter et à prouver pour sanctionner un salarié, elle l'est tout autant lorsque la preuve ne permet pas d'établir l'évidence de l'auteur des faits et qu'elle fait semer le doute (B).

²⁹⁸ A la fois dans l'article 10 de la CEDH, dans l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et dans l'article 11 de la DDHC.

²⁹⁹ C.trav. art. L2281-1.

³⁰⁰ Cass., soc. 28 avril 1988, CLAVAUD, n° 87-41.804, Bull. civ. 1988, V. n°257.

³⁰¹ Cass., soc. 14 octobre 2015, n° 14-12.478, JurisData n°2015-022829.

³⁰² Cass., soc. 14 décembre 1999, n° 97-41.995, Bull. civ. 1999, V. n°488.

³⁰³ Cass., soc. 6 mai 2015, n° 14-10781, non publié au bulletin.

B. L'existence de circonstances douteuses

Quelque soit la mesure de surveillance mise en place, en plus de rendre le dispositif de contrôle légitime, l'employeur doit démontrer que les faits sont bien imputables au salarié qu'il pense fautif s'il veut pouvoir le sanctionner. S'il ne démontre pas qui est réellement l'auteur des faits, il sera illégitime à exercer une quelconque sanction à l'égard d'un salarié. Si prouver qui est l'auteur d'un abus est aisé par le biais d'une vidéosurveillance, l'imputabilité est délicate à révéler lorsqu'il s'agit d'un abus réalisé grâce aux technologies de l'information et de la communication³⁰⁴. En effet, dans ce cas, le doute plane et ne permet pas de rendre valable une sanction. Par exemple, lorsque l'employeur contrôle l'usage d'un outil informatique mis à la disposition d'un salarié dans le cadre de l'exécution de sa prestation de travail, il est compliqué pour lui de prouver qui se trouvait devant l'ordinateur lorsque l'abus a été réalisé. La solution est encore plus difficile lorsque le salarié nie être l'auteur des faits. Si l'outil informatique laisse une trace des opérations effectuées (téléchargements illégaux ou encore utilisation abusive de la messagerie professionnelle à des fins personnelles) sur celui-ci, il n'en garde pas nécessairement l'auteur. C'est pourquoi il est logique que l'imputabilité ne soit pas rapportée lorsque n'importe quelle personne, autre que le salarié, peut avoir accès un ordinateur professionnel ne comportant aucun mot de passe³⁰⁵. De la même manière, l'employeur ne peut sanctionner un salarié dès lors que les connexions internet abusives auraient pu être réalisées par n'importe quel salarié étant donné la facilité du mot de passe. Dès lors que les codes d'accès à l'ordinateur sont uniquement composés des initiales de son utilisateur et que les bureaux sont accessibles à tous³⁰⁶, l'imputabilité est difficile à établir.

Encore à titre d'exemple, dès lors qu'existe un doute sur l'authenticité d'un document incriminant un salarié, ce dernier ne peut être sanctionné. Les techniques de fraude et de manipulations informatiques étant aujourd'hui très diverses, il est nécessaire de protéger les salariés. Tel est le cas lorsqu'un procès-verbal démontre l'installation de trois logiciels étrangers sur l'ordinateur professionnel d'un salarié alors même que celui-ci a été réalisé vingt-quatre heures après la communication du mot de passe de l'outil informatique et en dehors de la présence du salarié en question³⁰⁷. Ce laps de temps entre la communication des codes d'accès et la réalisation du procès-verbal laisse planer le doute sur l'existence d'une fraude. En

³⁰⁴ DE BENALCAZAR I., *Droit du travail et nouvelles technologies*, Gualino éditeur, 2008.

³⁰⁵ CA, Paris, 22^{ème} chambre, SA Brairim France c/N., 7 décembre 2004, n° 03-33571.

³⁰⁶ CA, Aix-en-Provence, 9^{ème} chambre, 8 juillet 2016, A, B c/ Sté Ari, n°14/11313, RJS 11/16 n°671.

³⁰⁷ CA, Rouen, 14 mai 1996, SARL Médical Informatique contre Madame Ledieu, JCP éd. E, 1997, II 931.

effet, l'employeur ou tout autre personne aurait très bien pu installer ces logiciels afin de rendre coupable l'utilisateur principal de l'ordinateur.

Quoi qu'il en soit et quelque soit l'abus, dès lors qu'existe un doute sur l'auteur des faits incriminés, le doute profite au salarié³⁰⁸. La solution est la même lorsque l'employeur surveille et qu'il a connaissance de propos diffusés sur les réseaux sociaux³⁰⁹. Sauf à démontrer que le compte appartient bien au salarié, la fiabilité de l'auteur des propos n'est pas assurée. En effet, si « *Créer un compte Facebook prend à peine quelques minutes, laisser des messages sur un mur ou sur un profil prend encore moins de temps* »³¹⁰. Le compte peut très bien être créé par une autre personne que celle concernée. Il est ainsi difficile pour l'employeur de prouver l'identité de l'auteur des propos.

Si la mesure de surveillance est légitime, l'employeur n'est pas certain de pouvoir sanctionner un salarié. En effet, il ne doit exister aucun doute quant à l'auteur des agissements. Quoi qu'il en soit, même s'il s'avère difficile pour l'employeur de sanctionner un salarié grâce à la mesure de surveillance et de contrôle qu'il a mise en place, il arrive tout de même que ce dernier obtienne gain de cause (Section 2).

Section 2 : L'aboutissement de l'acte fautif du salarié

Dès lors que l'employeur prouve que le salarié est bien l'auteur de la faute en question, il peut facilement le sanctionner sur le fondement de l'existence d'un usage déraisonnable. Un tel usage entraînant un usage excessif des biens par le salarié, qu'ils soient professionnels ou personnels, il est logique qu'il soit sanctionné (I). Dans cette optique, l'employeur peut également obtenir gain de cause devant les juridictions pénales (II).

I. La sanction de l'usage déraisonnable des biens pendant l'exécution de la prestation de travail

Dès lors qu'un usage déraisonnable est reconnu pendant l'exécution de la prestation de travail, une sanction disciplinaire, généralement un licenciement, peut être prononcé à l'égard du salarié fautif (A). S'il semble facile de démontrer un tel usage sur un bien, il en est tout autrement lorsqu'il s'agit de démontrer l'abus sur les réseaux sociaux (B).

³⁰⁸ C.trav. art. L1235-1.

³⁰⁹ DRAI L., « *Contrôle par l'employeur de l'usage des technologies de l'information et de la communication par ses salariés* », Fasc. 1192, 26 janv. 2016, mise à jour le 1^{er} mars 2018.

³¹⁰ Ibidem.

A. L'usage déraisonnable des biens comme source principale du licenciement

L'employeur ne peut interdire une utilisation personnelle des biens professionnels mis à la disposition des salariés pour l'exécution de leur prestation de travail, tout comme il ne peut interdire une utilisation, pendant les heures de travail des biens personnels des salariés. Une telle décision risquant d'être considérée comme abusive par les tribunaux, il est conseillé pour l'employeur d'admettre une utilisation raisonnable³¹¹ de ces biens dans une charte informatique ou dans un règlement intérieur par exemple. Les juges vont apprécier au cas par cas si les limites de l'usage raisonnable sont franchies pour admettre une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'à la rupture du contrat de travail. Dès lors que les salariés ne respectent pas les règles fixées par l'employeur, une faute grave est reconnue. Dans la plupart des cas, si un usage raisonnable est admis, constitue une faute, le fait pour un salarié d'utiliser sa messagerie électronique professionnelle à des fins personnelles de manière habituelle voire systématique³¹². De la même manière, si un acte peut entraîner la responsabilité de l'employeur, l'utilisation raisonnable n'est pas caractérisée. Tel est le cas lorsqu'un salarié visite des sites prohibés.

De plus, dès lors qu'existe une entrave au bon fonctionnement de l'entreprise, une sanction peut être prononcée. Par exemple, constitue une faute grave l'utilisation de la connexion Internet à des fins non professionnelles pendant des durées excessives. En ce sens, est justifié le licenciement d'un salarié dont les connexions à des fins personnelles pendant l'exécution de la prestation de travail représentent au total quarante et une heure sur le mois³¹³. Une telle solution est logique, le temps que passe le salarié à surfer sur le net à des fins personnelles entraîne une absence de productivité pour l'entreprise. De la même manière, lorsque le dispositif de surveillance révèle une fréquence des connexions Internet importante, cette dernière peut justifier un licenciement. Tel est le cas lorsqu'un salarié se connecte plus de 10 000 fois³¹⁴ en dix-sept jours sur des sites de vêtements, de voyages ou encore sur les réseaux sociaux. A l'inverse, le licenciement est disproportionné lorsque le salarié utilise son ordinateur professionnel qu'à six reprises en deux mois³¹⁵. L'usage déraisonnable de la messagerie professionnelle peut également être avéré lorsqu'un salarié en abuse à titre personnel. Par exemple présente « *un caractère abusif l'échange d'un nombre important de messages ludiques pour la plupart à connotation personnelle marquée, qui, à l'évidence, par leur longueur, leur*

³¹¹ CNIL, Rapport : « *La cybersurveillance sur les lieux de travail* », Doc. Fr. 2004, p.12.

³¹² CA, Limoges, 23 février 2009, n° 08-01112.

³¹³ Cass., soc, 18 mars 2009, n° 07-44247, non publié au bulletin, JurisData n°2009-048024.

³¹⁴ Cass., soc. 26 février 2013, n° 11-27.372, non publié au bulletin.

³¹⁵ CA, Lyon, 18 novembre 2011, n° 11/01261, JurisData n°2011-029005.

*répétition et leur contenu, ne pouvaient que distraire le salarié de ses tâches, le temps qu'elle passait à conserver avec ses collègues et à gloser sur les états d'âme des uns et des autres étant autant de temps qu'elle ne consacrait pas à l'entreprise »*³¹⁶. En général, dès lors que l'employeur démontre l'excessivité de l'utilisation d'un bien, il obtient gain de cause et se voit légitime de sanctionner un salarié. Pour encore donner un exemple, est justifié le licenciement d'un salarié, qui, en six mois a effectué 65 heures 35 d'appel à titre personnel pour un coût de 828,58 euros alors même que l'accès à des sites de rencontres était interdit³¹⁷ ou encore est justifié la sanction émise à l'égard du salarié ayant passé 16 heures au téléphone à des fins personnelles en à peine deux mois³¹⁸. A contrario n'est pas déraisonnable le fait pour un salarié de passer cinq appels personnels à partir de son téléphone professionnel³¹⁹.

La mesure de surveillance et de contrôle des salariés doit impérativement révéler une utilisation déraisonnable d'un bien pour que le licenciement soit légitime. Même s'il semble facile pour l'employeur de prouver une telle utilisation, il en est autrement lorsque le soi-disant abus découle de propos émis sur les réseaux sociaux (B).

B. L'utilisation déraisonnable des réseaux sociaux comme source incertaine de sanction

Comme il a été indiqué précédemment dans ce développement, la notion de l'abus est incertaine. L'employeur se trouve face à l'incertitude d'obtenir gain de cause lorsqu'il souhaite sanctionner un salarié. Tel est le cas spécifiquement concernant la liberté d'expression des salariés. Puisqu'il s'agit d'une liberté fondamentale, il est difficile pour l'employeur de prouver un quelconque abus même lorsque le dispositif de surveillance est légitime. Il faut vraiment que l'abus soit important pour qu'il soit caractérisé de déraisonnable. Si l'employeur ne peut interdire à ses subordonnés de s'exprimer au sein de l'entreprise³²⁰, il est encore plus difficile pour celui-ci d'encadrer et de limiter cette liberté lorsqu'elle est exercée dans le cadre de la vie privée. Cette problématique se retrouve lorsque des propos ont été divulgués sur les réseaux sociaux³²¹. En effet, les supports du web tels que les blogs, forums de discussions, Twitter, Youtube, Facebook et autres réseaux sociaux deviennent des « vecteurs de diffusion d'injures »³²², généralement à l'égard de l'entreprise ou de l'employeur.

³¹⁶ CA, Rennes, 4 juillet 2000, n° 99/4167, JurisData n°2000-150780.

³¹⁷ Cass., soc. 29 janvier 2008, n° 06-45279, non publié au bulletin.

³¹⁸ CA, Bordeaux, 23 avril 2001, n° 98/04994, JurisData n°2001-146200.

³¹⁹ Cass., soc. 6 janvier 2010, n° 08-70.259.

³²⁰ Cass., soc. 28 avril 1988, CLAVAUD, n°87-41.804, Bull. civ. 1988, V. n°257.

³²¹ SERENO S., « Facebook : espace privé ou public ? », Gaz. Pal. 4 déc. 2018, n°338f4, p.58.

³²² HUYETTE M., *A propos des injures sur Facebook*, Blog Paroles de juges, 25 avril 2013.

S'il semble facile pour l'employeur de prouver l'utilisation déraisonnable d'un bien de l'entreprise, il en est tout autrement lorsqu'il s'agit de démontrer celle de la liberté d'expression. En effet, l'employeur doit connaître l'étendue du contrôle qu'il peut opérer sur les éléments diffusés sur les réseaux sociaux. Pour autant, ces derniers ayant eux-mêmes une nature indéterminée, il est difficile pour l'employeur de savoir si les propos en question relèvent de la vie privée du salarié ou de la vie publique. Afin de limiter raisonnablement cette liberté, les juges prud'homaux considèrent que le paramétrage du compte du réseau social en question est important afin de déterminer la portée des propos. En effet, par exemple si les propos injurieux diffusés sur Facebook ne sont accessibles qu'aux seules personnes agréées par le salarié composant un groupe de quatorze personnes, les propos sont considérés comme relevant d'une conversation de nature privée³²³ insusceptible de justifier une sanction disciplinaire même si ces derniers dénigrent l'employeur. Le débat portera ainsi sur la violation de la vie privée du salarié émetteur. A l'inverse, sont reprochables et susceptibles de légitimer une sanction les propos tenus publiquement, mais là encore l'employeur devra prouver l'abus. De la même manière, si les propos sont émis pendant l'exécution du contrat de travail, il n'y a aucun doute, ils relèvent de la vie professionnelle et peuvent justifier une sanction disciplinaire si l'employeur démontre encore une fois l'abus dans la liberté d'expression du salarié. Tel est le cas lorsqu'un salarié utilise sa messagerie électronique professionnelle pour émettre, dans des conditions permettant d'identifier l'employeur, un courriel contenant des propos antisémites³²⁴. Si une telle solution est applicable à la messagerie, elle l'est probablement aux propos émis sur les réseaux sociaux.

Quoi qu'il en soit, que les propos soient émis dans le cadre de la vie personnelle ou dans le cadre de la sphère publique, l'employeur doit encore prouver qu'il n'a soit pas porter atteinte à la vie privée des salariés, soit démontrer qu'existe un abus dans la liberté d'expression. Dans les deux cas, l'incertitude d'obtenir gain de cause règne. Même si la problématique des réseaux sociaux a un impact sur la légitimité de la mesure de surveillance, il existe des cas où le contrôle va s'avérer efficace au pénal (II).

II. La diversité des sanctions résultant de la déloyauté des parties au contrat

L'employeur peut décider d'aller au pénal afin de voir sanctionner son salarié. En effet, il existe des cas où la rupture du contrat de travail ne suffit pas. Une infraction peut être commise par le salarié et peut justifier une sanction pénale (A). De la même manière, il se peut également

³²³ Cass., soc. 12 septembre 2018, n° 16-11-690.

³²⁴ Cass., soc. 2 juin 2004, n° 03-45269, Bull. civ. 2004, V. n°152.

que l'employeur soit sanctionné pour avoir mis en œuvre une mesure de surveillance illégitime (B).

A. L'existence de sanction pénale à l'encontre du salarié

Dans certains cas, il s'avère insuffisant de sanctionner le salarié sur le seul fondement du manquement à une obligation résultant du contrat de travail. En effet, la déloyauté du salarié peut engendrer une infraction pénale de droit commun engageant ainsi sa responsabilité pénale. Tel est le cas lorsque le dispositif de surveillance révèle un vol de la part du salarié. Par exemple constitue un vol susceptible de justifier une sanction pénale et le licenciement pour faute grave du salarié le fait pour un chef de rayon boucherie de sortir une marchandise sans la payer puis de dissimuler ses agissements³²⁵. Pour autant, afin de pouvoir sanctionner le salarié fautif, les juges vont analyser la gravité des faits en tenant compte de l'importance du vol, des circonstances, du statut du salarié mais également de son ancienneté. Ainsi, n'est pas un vol et ne constitue pas une faute grave, le fait pour un salarié, ayant 20 ans d'ancienneté, de dérober un couteau³²⁶. Les juges du travail sont très à même de protéger une fois encore les salariés même lorsque ces derniers ont commis une faute.

Au pénal, la solution est tout autre, les juges n'hésitent pas à sanctionner les salariés. Le vol étant « *la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* »³²⁷, il est logique qu'un tel comportement soit sanctionné. De la même manière, les juges sanctionnent la violation, la révélation ou les tentatives de révélations du secret de fabrique de l'entreprise³²⁸. Le contenu des sites internet visités peut aussi rendre passible le salarié d'une sanction pénale comme le fait de visiter des sites pédophiles³²⁹. Le fait de télécharger illégalement peut également faire l'objet de sanctions pénales³³⁰ tout comme le fait de réaliser une escroquerie à l'égard de l'entreprise³³¹. L'employeur semble obtenir plus facilement gain de cause devant les juges pénales que devant les juges prud'homaux. En effet, la chambre criminelle estime que constitue un abus de confiance, puni³³² de 3 ans d'emprisonnement et de 750 000 euros d'amende, le fait pour un salarié d'utiliser sa messagerie professionnelle pour envoyer ou recevoir des courriers se rapportant à des thèmes sexuels mais également le fait de consulter et d'alimenter le site

³²⁵ Cass., soc. 18 décembre 2000, n°98-42.036.

³²⁶ Cass., soc. 24 mai 2000, n° 99-41.314, non publié au bulletin.

³²⁷ C. pén. art.311-1.

³²⁸ Cass., crim. 24 juin 1985, n° 83-92.873.

³²⁹ CA, Douai, 28 février 2005, n° 01/1258, JurisData n°2005-272271.

³³⁰ CA, Colmar, 23 juin 2016, n° 15/0809.

³³¹ Cass., soc. 24 juin 1998, n° 96-40150, Bull. civ, n°338.

³³² C.pén. art. 314-1.

pornographique qu'il a créé pendant ses heures de travail³³³. De la même manière, les juges considèrent que « l'utilisation, par un salarié, de son temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles il perçoit une rémunération de son employeur constitue un abus de confiance »³³⁴. Si les juges prud'homaux sont exigeants vis-à-vis de l'employeur afin que celui-ci puisse sanctionner son salarié au titre du droit du travail, les juges pénales ne le sont pas du tout. L'employeur a tout intérêt à intenter une action au pénal pour obtenir gain de cause.

De la même manière, des sanctions peuvent également être prononcées à l'égard de l'employeur lorsque celui-ci met en place un dispositif de surveillance qui n'est pas légitime et qu'il ne respecte pas les conditions énumérées précédemment (B).

B. L'existence de diverses sanctions à l'encontre de l'employeur

L'employeur peut également faire l'objet de sanctions. Lorsque ce dernier met en place un dispositif de surveillance sans avoir respecté les conditions qu'il a été question d'étudier précédemment, il est logique qu'il soit sanctionné, sans quoi, rien ne l'inciterait à respecter la loi. C'est ainsi que constitue un délit d'entrave³³⁵ passible d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 3750 euros le fait pour l'employeur de ne pas consulter les institutions représentatives du personnel avant de mettre en place une mesure de contrôle. De la même manière, lorsque l'employeur ne respecte pas la vie privée des salariés, ce dernier peut faire l'objet de sanctions au titre du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée. Tel est le cas lorsqu'un employeur dissimule un magnétophone à déclenchement vocal dans le faux plafond du bureau dans lequel se trouve ses salariés³³⁶. Ce fonctionnement entraîne incontestablement une atteinte à la vie privée des salariés susceptible de légitimer des sanctions à l'encontre de l'employeur.

L'atteinte au secret des correspondances est aussi sanctionnée d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende³³⁷ lorsque l'employeur ne respecte les conditions d'accès un à document, à un fichier ou encore à un mail appartenant personnellement à un de ses salariés. Ce dernier peut également être sanctionné de la même peine³³⁸ suite à l'enregistrement d'images d'une personne à son insu dans un lieu privé ou suite à la captation de paroles prononcées à titre privé ou confidentiel. A ce titre, l'employeur n'a plutôt pas intérêt de mettre

³³³ Cass., crim. 19 mai 2004, n° 03-83.953, Bull. crim., 2004, n°126.

³³⁴ Cass., crim. 19 juin 2013, n° 12-83.031, n°3138 FS-PBR.

³³⁵ C.trav. art. L2328-1.

³³⁶ Cass., crim. 24 janvier 1995, n° 94-81.207, non publié au bulletin.

³³⁷ C.pén. art.226-15.

³³⁸ C.pén. art.226-1.

en place un système de vidéosurveillance ou tout autre dispositif de contrôle sans en informer ses salariés, sans quoi celui-ci pourrait aussi être sanctionné pour collecte frauduleuse, déloyale et illicite de données à caractère personnel, et se voir punir de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende³³⁹. Même si l'employeur respecte les conditions rendant légitime une mesure de surveillance, il peut là encore être condamné à un an d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende s'il conserve pendant une durée excessive des données à caractère personnel³⁴⁰. A côté de ces différentes sanctions, existe une sanction redoutable pour les entreprises : celle relative à leur image. Dès lors qu'une mise en demeure est publiée à la vue du grand public, l'entreprise perd en réputation et son image se dégrade.

Par ces différentes sanctions, il est incontestable que l'employeur est fortement sanctionné s'il ne respecte pas les conditions légales et jurisprudentielles encadrant la mise en place d'une mesure de surveillance et de contrôle. L'illégitimité de la surveillance engendre nécessairement une sanction.

³³⁹ C.pén. art.226-18.

³⁴⁰ C.pén. art.226-20.

Conclusion générale

Pour conclure, l'employeur doit mettre en place une surveillance répondant à de nombreux impératifs. Même si la surveillance des salariés est vivement nécessaire afin de contrôler l'exécution de la prestation de travail de ses subordonnés et d'en sanctionner les manquements, l'apparition de la vie personnelle et de la vie privée au travail n'a fait que freiner cette possibilité. Si son pouvoir de contrôle découle à la fois de son statut d'employeur et de son statut d'entrepreneur pour protéger à la fois les intérêts de son entreprise et les salariés eux-mêmes, il est soumis à de nombreuses exigences tendant à protéger les droits et les libertés des salariés. En effet, la mesure de surveillance doit être mise en place légitimement, sans quoi elle n'est pas valable.

Le respect de la vie privée des salariés, la consultation des institutions représentatives du personnel, la loyauté du dispositif ou encore la transparence de la mesure à l'égard des subordonnés sont autant de conditions que l'employeur doit respecter pour rendre valable le contrôle. Comme il a été question de l'étudier, les juges prud'homaux sont très protecteurs des droits et libertés des salariés et n'hésitent pas à déclarer la mesure de surveillance illégitime si elle entrave, même légèrement, les droits des salariés. Les exigences sont très strictes.

Les juges font primer les droits et libertés des salariés sur les droits de l'employeur. Il est inconcevable que l'employeur puisse exercer, sauf à démontrer que la mesure est proportionnée au but recherché et justifié par la nature de la tâche à accomplir, une surveillance au détriment de ses salariés même s'il s'agit de protéger l'entreprise. Même si une telle situation est difficile à prouver pour l'employeur, une conciliation doit être trouvée entre les intérêts de son entreprise et les droits et libertés des salariés.

Quoi qu'il en soit, malgré les inconvénients découlant de l'illégitimité d'un dispositif de surveillance, de nombreux employeurs continuent à ne pas respecter les préconisations attendues. Récemment encore, la CNIL a considéré qu'Apple était un « véritable paradis pour l'espionnage des salariés ». En effet, dans cette affaire, les salariés sont en permanence surveillés par des caméras de vidéosurveillance, que ce soit au sein même des boutiques de vente que dans les salles de pauses, sans qu'une telle mise en place soit proportionnée aux intérêts de l'entreprise. Cette dernière a ainsi été mise en demeure de régulariser la situation. Pour autant, même si les salariés sont protégés vis-à-vis de la mise en place d'un tel dispositif,

ne faudrait-il pas sanctionner plus efficacement les entreprises afin qu'elles respectent la législation ?

Toutes les entreprises ne violent pas leurs obligations. En effet, certains employeurs mettent en place des dispositifs de surveillance s'avérant être légitimes. Pour autant, une telle validité est encore remise en question par la nécessité de protéger les salariés. La preuve découlant d'une telle mesure n'est pas nécessairement licite et n'est pas forcément prise en compte par les juges du travail. Là encore, l'employeur se trouve face à des difficultés l'empêchant de sanctionner le salarié soi-disant fautif. En effet, l'employeur doit encore prouver que la faute est imputable au salarié et il doit démontrer la réalité de la preuve. La légitimité du dispositif devant en principe rendre la preuve en découlant légitime, semble remise en question.

L'évolution des technologies de l'information et de la communication ne fait que renforcer cette remise en cause et ne cesse d'augmenter les risques d'échecs pour l'employeur. La subordination n'étant plus la même qu'auparavant, il est logique qu'il soit compliqué pour l'employeur d'installer une mesure de surveillance comme il est tout à fait logique de le freiner dans la possibilité qu'il possède de sanctionner un salarié.

Quoi qu'il en soit, certes il existe une conciliation entre les droits et les libertés des salariés et les intérêts de l'employeur mais celle-ci est difficile à mettre en œuvre. Les droits et libertés des salariés priment sur les intérêts de l'entreprise. La légitimité de la mesure de surveillance et de contrôlé est remise en question.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux

- AUREZO G., DOCKES E., *Droit du travail*, 29^{ème} Ed., Dalloz, 2015.
- BONNECHERE M., *Le droit du travail*, Ed. La découverte, Paris, 2008.
- BOSSU B., DUMONT F., VERKINDT P-Y, *Droit du travail*, LMD, Ed. 2011.
- BOSSU B., DUMONT F., VERKINDT P-Y., *Manuel de droit du travail*, Tome 1, Artois Presses université, 2005.
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000.
- Circ. DRT 10 du 15 mars 1993, n°II-A-3 : BOMT n°93-10.
- Code civil, Ed. Lexis Nexis, 2017.
- Code pénal, Ed. Dalloz, 2017.
- Code de procédure civile, Ed. Dalloz, 2019.
- Code de procédure pénale, Ed. Dalloz, 2018.
- Code du travail, Ed. Dalloz, 2018.
- Convention Européenne des droits de l'Homme et du citoyen, 1950.
- CORNU G. Dictionnaire, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} édition, PUF 2000.
- Déclaration de Philadelphie, OIT, 1944.
- Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 1789.
- DOCKES E., *Droit du travail*, Relations individuelles, Hypercours, 5 avril 2007.
- Dictionnaire Larousse.
- Dictionnaire de la langue française, Edition de la connaissance.
- FEVRIER F., *Pouvoirs de contrôle de l'employeur et droits des salariés à l'heure d'Internet : Les enjeux de la cybersurveillance dans l'entreprise*, sept. 2003, Mémoire sous la dir. De GUIOMARD F.
- DURAND P., JAUSSAUD R., *Traité de droit du travail*, Ed. Dalloz, tome 1, 1947.
- HAURIOU M., *Précis du droit administratif et droit public*, Ed. Dalloz, 1993.
- Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.
- Loi n°82-689 du 4 août 1982, relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, JORF, 6 août 1982.
- 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, 1 janv. 1993.

- 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, JORF, n°182, 7 août 2004.
- Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF, 9 août 2016.
- Ordonnance n°2017-1386 du 22 sept. 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice de la valorisation des responsabilités syndicales, JORF n°0223 du 23 sept. 2017.
- PELLEGRIN M., TRESCA J., *Droits fondamentaux et Droit du travail*, 26 mars 2010.
- Règlement CEE n°3821/85 du 20 déc. 1985.
- Règlement européen 2016/679 du 27 avril 2016.

II. Ouvrages spéciaux

- AYNES L., *L'obligation de loyauté* : Arch. Phil. Droit, Dalloz, tome 44, 2000.
- BAREGE A., BOSSU B., *L'éthique et le rapport de travail*, tome 47, 2012.
- BARTHELEMY J., *Techniques d'organisation de l'entreprise*, Droit social, Ed. Liaisons sociales, 2009.
- BERNOUX P., *La sociologie des entreprises*, Paris, coll. Le Seuil, 1995.
- BOUCHET H., *A l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié*, Droit social, 2002.
- DE BENALCAZAR I., *Droit du travail et nouvelles technologies*, Ed. Gualino éditeur, 2008.
- DEBOVE F., FALLETTI F., JANVILLE T., *Précis de droit pénal et de procédure pénale* : PUF, 4^e édition, 2012.
- DE LAMY B., *De la loyauté en procédure pénale : Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale*, dans Mélanges J. PRADEL, 2006.
- DELEUZE G., *Pourparlers*, Minuit, 1990.
- DEMOULAIN M., *Nouvelles technologies et droits des relations de travail, Essai sur une évolution des relations de travail*, Ed. Panthéon Assas, 2012.
- FABRE A., *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Préface de Lyon-Caen A., LGDJ, Ed. Lextenso, Tome 52, 2010.
- FOUCAULT M., *Surveiller et punir*, Coll. Tell, Paris : Gallimard, 1975.
- JONAS H., *Une éthique pour la civilisation technologique*, Ed. du Cerf, 1990.
- LEVENEUR L., *Vie privée et familiale et vie professionnelle*, La personne en droit du travail, Ed. Panthéon-Assas, 1999, n°48.

- LOISEAU G., *Focus sur la vie personnelle du salarié*, D. 2009.
- MARX K., *Le Capital*.
- MIALON M-F., *Les pouvoirs de l'employeur*, LGDJ, 1996.
- MICHELET J., *Le Peuple*, Paris, Coll. Hachette et Paulin, 1846.
- PLANTIER P., *Le livret des ouvriers*, Paris, Thèse de droit, 1900.
- RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1951.
- ROUSSEAU J-J., *Du contrat social*, 1762.
- TEYSSIE B., *Droit civil des personnes*, Ed. Litec, 9^{ème} édition, 2005, n°39.
- WAQUET P., *La vie personnelle du salarié*, in *Mélanges Verdier*, Ed. Dalloz, 2001.
- WAQUET P., *L'entreprise et les libertés du salarié*, Ed. liaisons, 2003.
- WAQUET P., *Vie professionnelle et vie personnelle*, Dr. soc. 2010, n°1.
- WEBER M., *Le savant et le politique*, Paris, Ed. 10/18, 2002.

III. Revues et doctrines

- ADAM P., « *Harcèlement moral et surveillance de l'activité des salariés* », septembre 2014, actualisation décembre 2017, rubrique 206.
- BAREGE A., BOSSU B., « *L'ordinateur et la vie privée du salarié* », La Semaine Juridique Social, n°24, 12 juin 2007, p.1451.
- BAREGE A., BOSSU B., « *Un fait tiré de la vie privée ne peut constituer une faute* », La Semaine Juridique Social, n°28, 10 juil. 2007, p.1538.
- BAREGE A., BOSSU B., « *Preuve et surveillance des salariés* », Les Cahiers du droit, vol. 54, n° 2 et 3, juin-sept. 2003, p.277 – 302.
- BERAUD J-M., « *Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail* », Dr. ouv. 1997, p.529 et suiv.
- BIDET A., PORTA J., *Le travail à l'épreuve du numérique*, Rev. du travail, 2016, p.328.
- BOSSU B., « *L'ascension du droit au respect de la vie personnelle* », La Semaine Juridique Social, n°26, 30 juin 2015.
- BOSSU B., « *L'impact du numérique sur les frontières du salariat* », Bulletin Joly Travail, n°2, 1 oct. 2018.
- DARBON D. « *Gouvernance et fabrique de l'ordre politique : la réinvention de la légitimité et le retour des classes moyennes* », *Légitimité et enracinement des pouvoirs*, Chroniques de la gouvernance 2009/2010, 2010.

- DAVENAS L., PEPIN G., « *Conséquences juridiques et financières de l'accident du salarié sous l'emprise d'une substance psychoactive* », *Annales de toxicologie analytique*, n°1, vol. XIV, 2002.
- DECHOZ J., « *Les rapports de travail : du lien de subordination au lien d'assujettissement* », *Le Droit Ouvrier*, janv. 2014, n°78612.
- DE GIVRY E., « *Informatique et libertés, TIC et surveillance du salarié : regards de la CNIL* », *La Semaine Juridique Social*, n°41, 8 oct. 2013.
- DRAI L., « *Contrôle par l'employeur de l'usage des technologies de l'information et de la communication par ses salariés* », Fasc. 1192, 26 janv. 2016, mise à jour 1^{er} mars 2018.
- EMERAS M., « *Le domicile du salarié* », *JCP, La semaine juridique*, Ed. soc. n°3, 20 janv. 2015.
- ETIEVANT G., « *Les impacts du numérique sur l'organisation et les conditions de travail* », Ed. Tissot, 2017.
- FROUIN J-F, *La loyauté en droit du travail*, Procédure n°12, dossier 23, déc. 2015.
- FROUIN J-Y., « *La preuve en droit du travail* », *Les modes de preuves, Semaine Sociale Lamy*, n°1246, 2 oct. 2006.
- GUINCHARD S., BANDRAC M., « *Droit processuel* », *Précis Dalloz*, 1^{re} éd., 2001, p. 542.
- KEFER F. « *La légalité de la preuve confrontée au droit à la vie privée du salarié* », *La vie privée au travail : éd. Anthemis*, n°39, 2011, p.56.
- La banque royale du Canada, « *Les relations humaines d'un contremaître* », *bull. mensuel*, vol. 42, n°4, Montréal, mai 1961.
- LARDEUX G., « *Preuve : règles de preuve* », *Répertoire de droit civil*, oct. 2018.
- LAVAL C., « *Surveiller et prévenir : La nouvelle société panoptique* », *Rev. du MAUSS* 2012/2, n° 40, p.47-72.
- LINHART D., « *Le management du taylorisme à la « sur-humanisation »* », *Rev. Filmer le travail*, 9 fév. 2016.
- LOISEAU G. « *Vie privée du salarié : la CEDH valide la JP de la chambre sociale* », *JCP*, Ed. soc. n°12, 27 mars 2018, p.30.
- MAZEAUD A., *Contrat de travail : exécution*, jan. 1993, actualisation mai 2018.
- MAZEAUD A., « *La proportionnalité en droit social* ».
- MOULY J., CHALARON Y., « *Règlement intérieur et notes de service* », avril 2015, actualisation janvier 2019.

- MORIN GALVIN A., « *Le contrôle patronal de l'usage par le salarié d'un matériel personnel : le difficile équilibre entre les droits de l'employeur et ceux du salarié* », Chronique, Rev. de jurisprudence soc., RJS, 2014.
- MOTULSKY H., « *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, les droits de la défense en procédure civile* », Mélanges ROUBLIER, 1961, n°16 – 18.
- PAILLUSSEAU J., « *L'efficacité de l'entreprise et la légitimité du pouvoir* », LPA n°74, n°PAI199607404, 19 juin 1996, p.17.
- PERROCHEAU V., « *Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves* », Petites affiches, n°99, 17 mai 2002, p.6.
- PLANQUE J-C., « *Vers un assouplissement des conditions de licéité de la surveillance des salariés ?* », D. 2002, p.2292.
- RAYNAUD J., « *Pour la réhabilitation, sous conditions, de la preuve dite déloyale en droit du travail* », La Semaine juridique, Entreprises et affaires, 2013, p.1044.
- RADE C., « *Nouvelles technologies de l'information et la communication et nouvelles formes de subordination*, » Droit social, 2002.
- RAVANAS J., « *Protection de la vie privée : la preuve illicite d'une relation « défectueuse » de travail* », D. 2003.
- ROZES L., « *Entreprise* », avril 1991, actualisation mars 2012.
- SAENKO L., « *L'employeur, le salarié et sa clé USB* », Dalloz, IP/IT 2018, p.66.
- SAVATIER J., « *Pouvoir patrimonial et direction des personne* », Le pouvoir patronal, Dr. soc. n° spéc. janv. 1982, p.1.
- SERENO S., « *Facebook : espace privé ou public ?* », Gaz. Pal. 4 déc. 2018, n°338f4, p.58.
- TEYSSIE B., « *La preuve en droit du travail* », in PUIGELIER C. (dir.), La preuve, Paris, Economica, 2004, page 73-78.
- URBAN Q., « *Le contrôle de l'activité des salariés* », Comité d'entreprise : rôle et attributions en matière économique, avril 2015, actualisation mai 2018.
- VAN DER BERGH K., « *Plateformes numériques mise au travail : mettre fin à une supercherie* », Rev. du travail, 2018, p.318.
- WAQUET P., « *Le « trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à redéfinir* », Rev. trav. 2006, p.304.

IV. Rapports et études

- AUROUX J., *Les droits des travailleurs*, Rapport au Président de la République, LDF Paris, 1981.
- BALL K., MURAKAMI WOOD D., *Rapport de synthèse sur la société de surveillance*, sept. 2006.
- BOUCHET H., *La cybersurveillance des salariés dans l'entreprise*, Rapport d'étude et de consultation publique, CNIL, mars 2001.
- CNIL, *Analyse des flux https : bonnes pratiques et questions*, communiqué, 31 mars 2015.
- CNIL, communiqué, 12 sept. 2013, JCP E 2013, Focus.
- CNIL, décision n°2011-036, 11 déc. 2011.
- CNIL, délib. n° 2006-066, 16 mars 2006.
- CNIL, délib. n° 2009-201, 16 avril 2009.
- CNIL, Fiche pratique « *Keylogger : des dispositifs de cybersurveillance particulièrement intrusifs* », 2013.
- CNIL, *Guide pour les employeurs et les salariés*, 2010.
- CNIL, *Guide « La sécurité des données personnelles »*, 2010.
- CNIL, Rapport : *Ce qu'il faut savoir sur l'analyse d'impact relative à la protection des données*, 6 nov. 2018.
- CNIL, Rapport : *La cybersurveillance sur les lieux de travail*, Doc. Fr. 2004.
- CNIL, Rapport : *La cybersurveillance sur les lieux de travail*, 5 fév. 2002.
- Étude OLFE0, *La réalité de l'utilisation du web en entreprise*, 2016.
- INRS, *Pratiques addictives en milieu de travail*, mars 2013.
- JEAMMAUD A., LE FRIANT M., LYON CAEN A., *L'ordonnancement des relations de travail*, Recueil Dalloz, 1998.
- Les Cahiers Lamy du CE, N° 77, 1er déc. 2008.
- LYON-CAEN G., *Rapport pour le ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle*, Les libertés publiques et l'emploi, Paris, coll. Rapports officiels, 1991.
- LYON-CAEN G., *Rapport au ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle*, Les libertés publiques et l'emploi, La Documentation française, 1992, n°151.
- Rapport Lyon-Caen, n°152.

V. Sites internet

- BERNAJUZZAN J-P., *La légitimité*, blog du 5 mai 2019.
- HUYETTE M., *A propos des injures sur Facebook*, Blog Paroles de juges, 25 avril 2013.
- HUYGHE F-B., *La société de surveillance*, 24 oct. 2008.
- LE CROM J-P., *Le livret ouvrier, entre assujettissement et reconnaissance de soi*, HAL, 6 déc. 2007.

VI. Jurisprudences

Cour Européenne des droits de l'Homme et du citoyen :

- Cour EDH, 16 décembre 1992, NIEMIETZ c. Allemagne, n° 13710/88.
- CEDH, 2 septembre 2010, UZUN c/Allemagne, n°35623/05.

Conseil Constitutionnel :

- Cons. Const. 23 juillet 1999, n°99-416 DC.
- Cons. Const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC.

Assemblée plénière :

- Ass. plén. 7 janvier 2011, n° 09-14316 09-14667, JurisData n° 2011-000038.

Chambre mixte :

- Ch. Mixte, 18 mai 2007, n° 05-40803, Bull. 2007, n°3.

Conseil d'État :

- CE, ass. 22 juin 1951, DAUDIGNAC, Rec. 362, D. 1951 p.589, concl. GAZIER.
- CE, section, 1^{er} février 1980, Peintures CORONA, n°06361, recueil Lebon.
- CE, 8 juillet 1988, n°7148471542, ¼ SSR, recueil Lebon.
- CE, 4^{ème}s et 5^{èmes} chambres réunies, 5 décembre 2016, pourvoi n°394178, recueil Lebon.
- CE, 10^{ème} – 9^{ème} chambre, 15 décembre 2017, n° 403776, BS 3/18 inf. 217.

Cour de cassation :

- Chambre civile
 - Cass., civ. 31 octobre 2012, n° 11-17476, Bull. 2012, I. n°224.
- Chambre criminelle
 - Cass., crim. 24 juin 1985, n° 83-92.873.

- Cass., crim. 23 juillet 1992, n° 92-82721, Bull. crim, 1992, n°274.
 - Cass., crim. 24 janvier 1995, n° 94-81.207, non publié au bulletin.
 - Cass., crim. 11 juin 2002, n° 01-85559, Bull. crim. 2002, n°131.
 - Cass., crim. 19 mai 2004, n° 03-83.953, Bull. crim, 2004, n°126.
 - Cass., crim. 19 juin 2013, n° 12-83.031, n°3138 FS-PBR.
- Chambre sociale
 - Cass., soc. 31 mai 1956, BRINON, JCP 1956, II, 9397, obs. ESMEIN.
 - Cass., soc. 17 octobre 1973, Bull. civ. n°484.
 - Cass., soc. 28 avril 1988, CLAVAUD, n° 87-41.804, Bull. civ. 1988, V. n°257.
 - Cass., soc. 24 janvier 1991, n° 88-45022, non publié au bulletin.
 - Cass., soc. 17 avril 1991, PAINSECQ, Bull. civ. 1991, V. n°201.
 - Cass., soc. 20 novembre 1991, LEGER, n° 89-44.605, Bull. civ. 1991, V. n°512, JurisData n°1991-003219.
 - Cass., soc. 20 novembre 1991, NEOCEL, n° 88-43.120, Bull. civ, V. n°519.
 - Cass., soc. 22 janvier 1992, n°90-42.517, Bull. civ. 1992, V. n°30.
 - Cass., soc. 22 mai 1995, n° 93-44.078, Bull. civ. V. n°164.
 - Cass., soc. 5 juillet 1995, Bull. civ. 1995, V. n°237.
 - Cass., soc. 13 novembre 1996, n° 94-13187, Bull. civ. 1996, V. n°386.
 - Cass., soc. 16 décembre 1997, Bull. civ. 1997, V. n°441.
 - Cass., soc. 24 mars 1998, Bull. civ. 1998, V. n°171, JurisData n°1998-001346.
 - Cass., soc. 24 juin 1998, n° 96-40150, Bull. civ. n°338.
 - Cass., soc. 14 décembre 1999, n° 97-41.995, Bull. civ. 1999, V. n°488.
 - Cass., soc. 14 mars 2000, Bull. civ. V. n°101.
 - Cass., soc. 18 décembre 2000, n°98-42.036.
 - Cass., soc. 24 mai 2000, n° 99-41.314, non publié au bulletin.
 - Cass., soc. 31 janvier 2001, n°98-44.290, Bull. civ. 2001, V. n°28.
 - Cass., soc. 13 mars 2001, n° 99-40.110, Bull. civ. V. n°84.
 - Cass., soc. 15 mai 2001, Bull. civ. V. n°168, RJS 2001.830.
 - Cass., soc. 15 mai 2001, n° 99-42.219, Bull. civ. 2001, V. n°167.
 - Cass., soc. 2 octobre 2001, NIKON, n°99-42942, Bull. civ. 2001, V. n°291.
 - Cass., soc. 28 février 2002, n° 00-1005, Bull. civ. 2002, V. n°81.
 - Cass., soc. 10 juillet 2002, n° 00-42.368, Dr. ouvrier 2002, p.535, note Wauquier.
 - Cass., soc. 26 novembre 2002, n° 00-42.401, Bull. civ. 2002, V. n°352.

- Cass., soc. 3 décembre 2002, n° 00-44.321, Bull. civ. V. n°361.
- Cass., soc. 2 juin 2004, n° 03-45269, Bull. civ. 2004, V. n°152.
- Cass., soc. 13 juillet 2004, n°02-15142, Bull. civ. 2004, V. n°205.
- Cass., soc. 19 janvier 2005, n° 02-44.082, non publié au bulletin.
- Cass., soc. 19 avril 2005, n° 02-46.295, Bull. civ. 2005, V. n°141.
- Cass., soc. 17 mai 2005, n° 03-40.017, Bull. civ. 2005, V. n°165.
- Cass., soc. 23 novembre 2005, n° 03-41.401, Bull. civ. V. n°333.
- Cass., soc. 26 avril 2006, n° 04-43582, Bull. civ. 2006, V. n°145.
- Cass., soc. 7 juin 2006, n° 04-43866, Bull. civ. 2006, V. n°206.
- Cass., soc. 18 octobre 2006, n° 04-48.025, Bull. civ. V. n°308.
- Cass., soc. 23 mai 2007, n° 06-43.209, JurisData n°2007-038970, JCP S 2007, 1601.
- Cass., soc. 30 mai 2007, n° 05-43.102, JurisData, n°2007-039426.
- Cass., soc. 29 janvier 2008, n° 06-45279, non publié au bulletin.
- Cass., soc. 29 janvier 2008, non publié au bulletin, JCP S 2008.1396.
- Cass., soc. 18 mars 2008, n° 06-40852, Bull. civ. 2008, V. n°65.
- Cass., soc. 10 avril 2008, n° 06-45.741, non publié au bulletin.
- Cass., soc. 9 juillet 2008, n° 06-45.800, JurisData, n°2008-044801.
- Cass., soc. 11 février 2009, n° 07-42.068, Bull. civ. 2009, V. n°40.
- Cass., soc. 18 mars 2009, n° 07-44247, non publié au bulletin, JurisData n°2009-048024.
- Cass., soc. 17 juin 2009, n° 08-40.274, Bull. civ. 2009, V. n°153.
- Cass., soc. 21 octobre 2009, n° 07-43.877, Bull. civ. 2009, V. n°226.
- Cass., soc. 8 décembre 2009, n° 08-44480, non publié au bulletin.
- Cass., soc. 6 janvier 2010, n° 08-70.259.
- Cass., soc. 19 janvier 2010, n° 08-45.092, non publié au bulletin.
- Cass., civ. 16 septembre 2010, n° 09-67.456, Bull. civ. 2010, I. n°174.
- Cass., soc. 16 mars 2011, non publié au bulletin.
- Cass., soc. 3 mai 2011, n° 09-67464, Bull. civ. 2011, V. n°105.
- Cass., soc. 5 juillet 2011, n° 10-17284, inédit, non publié au bulletin.
- Cass., soc. 21 septembre 2011, n° 10-13.880, non publié au bulletin.
- Cass., soc. 3 novembre 2011, n° 10-18.036, Bull. civ. 2011, V. n°247.
- Cass., soc. 12 janvier 2012, n° 10-23.482, Bull. civ. 2012, V. n°2.
- Cass., soc. 26 janvier 2012, n° 11-10.189, JurisData n°2012-001015.
- Cass., soc. 14 mars 2012, n° 11-10.663, non publié au bulletin.

- Cass., soc. 11 avril 2012, n° 10-15.764.
- Cass., soc. 10 mai 2012, n° 11-13.884, Bull. civ. 2012, V. n°135.
- Cass., soc. 23 mai 2012, n° 10-23.521, Bull. civ. 2012, V. n°156.
- Cass., soc. 23 mai 2012, n° 11-11.522, JurisData n°2012-010843.
- Cass., soc. 4 juillet 2012, n° 11-14241, non publié au bulletin.
- Cass., soc. 4 juillet 2012, n°11-30.266, Bull. civ. 2012, V. n°208.
- Cass., soc. 11 juillet 2012, n° 11-22.972, RJS 2012, n°763.
- Cass., soc. 26 septembre 2012, n° 11-11247, non publié au bulletin.
- Cass., soc. 6 février 2013, n°11-23.738, JurisData n°2013-001563, RJS 2013, n°316, JCP S 2013, 1149.
- Cass., soc. 12 février 2013, n° 11-28.649, Bull. civ. 2013, V. n°34.
- Cass., soc. 26 février 2013, n° 11-27.372, non publié au bulletin.
- Cass., soc. 16 mai 2013, n° 12-13.372.
- Cass., soc. 19 juin 2013, n° 12-14246.
- Cass., soc. 31 octobre 2013, n° 12-19.370.
- Cass., soc. 14 janv. 2014, n° 12-16.218, Bull. civ. 2014, V. n°4.
- Cass., soc. 12 février 2014, n° 12-11554, Bull. civ. 2014, V. n°49.
- Cass., soc. 19 novembre 2014, n° 13-18.749, RJS 2/15 n°77.
- Cass., soc. 31 mars 2015, n° 13-24410, Bull. civ. 2015, V. n°68.
- Cass., soc. 31 mars 2015, n° 13-25436, Bull. civ. 2015, V. n°69.
- Cass., soc. 6 mai 2015, n° 14-10781, non publié au bulletin.
- Cass., soc. 14 octobre 2015, n° 14-12.478, JurisData n°2015-022829.
- Cass., soc. 25 novembre 2015 n° 14-24444, Bull. civ. 2016, n°840, Soc., n°504.
- Cass., soc. 20 janvier 2016, n°14-15360.
- Cass., soc. 12 septembre 2018, n° 16-11-690.

Cour d'appel :

- CA, Rouen, 14 mai 1996, SARL Médical Informatique contre Madame Ledieu, JCP éd. E, 1997, II 931.
- CA, Grenoble, 10 novembre 2003, n° 00/04741, JurisData n°2003-239606.
- CA Reims, soc. 4 avril 2007, n° 04-01403.
- CA, Reims, soc. 2 mai 2007, n°04-2466, RJS 2009, 102.
- CA, Toulouse, 4^{ème} chambre, 6 février 2003, n° 02-02.519, RJS 2003, n°1254.

- CA, Versailles, 15^{ème} chambre, 31 mars 1995, Bouharroun Fontaine c/ SA Laboratoires Janssenn, n° 93-11809.
- CA, Rennes, 4 juillet 2000, n° 99/4167, JurisData n°2000-150780.
- CA, Bordeaux, 23 avril 2001, n° 98/04994, JurisData n°2001-146200.
- CA, Poitiers, chambre soc. 9 décembre 2003, pourvoi n°02/01961.
- CA, Paris, 22^{ème} chambre, SA Braitrim France c/N., 7 décembre 2004, n° 03-33571.
- CA, Douai, 28 février 2005, n° 01/1258, JurisData n°2005-272271.
- CA, Bordeaux, 25 novembre 2007, pourvoi n°07/05964.
- CA, Limoges, 23 février 2009, n° 08/01112.
- CA, Lyon, 18 novembre 2011, n° 11/01261, JurisData n°2011-029005.
- CA, Besançon, chambre soc. 24 juillet 2012.
- CA, Dijon, 21 mars 2013, n° 12/00511, JurisData n°2013-009297.
- CA, Colmar, 23 juin 2016, n° 15/0809.
- CA, Aix-en-Provence, 9^{ème} chambre, 8 juillet 2016, A, B c/ Sté Ari, n°14/11313, RJS 11/16 n°671.

Tribunal :

- Tribunal de Chambéry, 25 novembre 2003, RG n°03/01294.
- Tribunal de Poitiers, 9 décembre 2003, RG n°02/0196.
- Tribunal de Metz, 30 mai 2005, inédit.
- Tribunal de Grenoble, 29 nov. 2006, Coradin c/ Stem, RG n°06/728.

Table des matières

Sommaire	3
Table des abréviations	5
Introduction	7
TITRE 1 : Une légitimité de la surveillance des salariés sous l'égide d'une conciliation entre les intérêts de l'employeur et la vie privée des salariés.....	18
CHAPITRE 1 : Un pouvoir de surveillance rendu légitime par le statut de l'employeur.	19
Section 1 : Un pouvoir de surveillance découlant de la qualité de chef d'entreprise	19
I. Une surveillance essentielle pour la gestion, le contrôle et la direction de l'entreprise	19
A. Un pouvoir de surveillance découlant du statut de l'entreprise.....	20
B. Un pouvoir de surveillance découlant du droit de propriété à l'égard de l'entreprise	21
II. Une surveillance nécessaire pour la protection des intérêts de l'entreprise	23
A. Un pouvoir de surveillance fondée sur la productivité de l'entreprise.....	23
B. Un pouvoir de surveillance fondée sur la sécurité de l'entreprise.....	25
Section 2 : Un pouvoir de surveillance découlant de la qualité d'employeur	27
I. Une surveillance inévitable dans le cadre du contrat de travail	27
A. Un pouvoir de surveillance découlant du lien de subordination	28
B. Un pouvoir de surveillance différent selon les situations du travail.....	30
II. Une surveillance obligatoire pour des raisons de sécurité	31
A. Un pouvoir de surveillance inhérent à la santé des salariés	32
B. Un pouvoir de surveillance associé à la sécurité des salariés.....	34
CHAPITRE 2 : Un pouvoir de surveillance rendu légitime par le respect de la vie privée des salariés	36
Section 1 : Un pouvoir de surveillance encadré par le respect de la vie privée des salariés	36

I. La vie privée comme condition essentielle de la légitimité de la surveillance des salariés	36
A. L'apparition de la vie privée au travail comme condition de la surveillance.....	37
B. L'émergence de difficultés entravant la légitimité de la surveillance	38
II. La vie privée comme instrument de protection des salariés contre la surveillance de l'employeur	40
A. Les droits limités de l'employeur sur les biens professionnels	41
B. Les droits limités de l'employeur sur les biens personnels	43
Section 2 : Un pouvoir de surveillance autorisé par la proportionnalité du dispositif ...	45
I. Le principe de proportionnalité comme critère indispensable à la légitimité de la surveillance	45
A. La mise en place d'un dispositif de surveillance répondant au critère de proportionnalité.....	45
B. La mise en place d'un dispositif de surveillance proportionné difficile à prouver	47
II. Le principe de proportionnalité contestable dans la mise en place du dispositif de surveillance	49
A. Une disproportionnalité entraînant le non-respect de la vie privée des salariés...	49
B. Une disproportionnalité engendrant une atteinte au bien-être des salariés	51
Conclusion intermédiaire	53
TITRE 2 : Une légitimité de la surveillance des salariés régie par l'importance de la loyauté des relations de travail	54
CHAPITRE 1 : Un pouvoir de surveillance rendu légitime par la loyauté du dispositif mis en place	55
Section 1 : La transparence du dispositif de surveillance comme accessoire de sa légitimité	55
I. Une transparence non négligeable à l'égard de la communauté de travail	55

A.	L'obligation d'informer les salariés	55
B.	La nécessité de mettre de place des supports de prédilection.....	57
II.	Une transparence indispensable à l'égard des instances protectrices des salariés... 59	
A.	Le principe de consultation/information du Comité Social et Économique.....	59
B.	Le respect des préconisations de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés	61
	Section 2 : La légitimité du dispositif de surveillance comme source de loyauté de la preuve	63
I.	La légitimité comme attribut de la loyauté de la preuve	63
A.	Une preuve loyale indispensable	63
B.	Une preuve illégitime admise dans certains cas	65
II.	La légitimité comme obstacle à la vérité.....	66
A.	Une loyauté de la preuve différente selon les branches du droit	66
B.	Une loyauté de la preuve primant sur la vérité	68
	CHAPITRE 2 : Un pouvoir de surveillance rendu légitime par la nécessité de sanctionner les salariés fautifs	70
	Section 1 : L'établissement de la faute du salarié	70
I.	Une faute justifiée dans des cas précis	71
A.	L'exigence d'un trouble objectif à l'entreprise	71
B.	L'existence d'une déloyauté du salarié	72
II.	Une faute restant difficile à établir	74
A.	L'imparfaite définition de l'abus de droit.....	74
B.	L'existence de circonstances douteuses	76
	Section 2 : L'aboutissement de l'acte fautif du salarié.....	77
I.	La sanction de l'usage déraisonnable des biens pendant l'exécution de la prestation de travail	77

A. L’usage déraisonnable des biens comme source principale du licenciement.....	78
B. L’utilisation déraisonnable des réseaux sociaux comme source incertaine de sanction	79
II. La diversité des sanctions résultant de la déloyauté des parties au contrat.....	80
A. L’existence de sanction pénale à l’encontre du salarié.....	81
B. L’existence de diverses sanctions à l’encontre de l’employeur.....	82
Conclusion générale	84
Bibliographie	86
Table des matières	97